

# La prueba de daño en materia de acceso a la información. Análisis crítico y propuesta metodológica para su aplicación

Benjamín Alejandro CERVANTES PÉREZ



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas



# Benjamín Alejandro

CERVANTES PÉREZ

Licenciado y maestro en derecho por la UNAM. Ha publicado artículos y ofrecido conferencias relacionados con el tema que aquí presenta. Se ha desempeñado como servidor público especializado en temas de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales. Actualmente, forma parte del equipo de la Unidad General de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y es miembro fundador de Innovación Cívica, A. C.

LA PRUEBA DE DAÑO EN MATERIA DE ACCESO A LA  
INFORMACIÓN. ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTA  
METODOLÓGICA PARA SU APLICACIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 355

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Rosa María González Olivares  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Carlos Martín Aguilera Ortiz  
*Elaboración de portada*

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

LA PRUEBA DE DAÑO  
EN MATERIA DE ACCESO  
A LA INFORMACIÓN. ANÁLISIS  
CRÍTICO Y PROPUESTA  
METODOLÓGICA  
PARA SU APLICACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
MÉXICO, 2021

Primera edición: 21 de abril de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN en trámite

## CONTENIDO

|                                                                                                       |        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Prólogo . . . . .                                                                                     | XI     |
| Issa LUNA PLA                                                                                         |        |
| Introducción . . . . .                                                                                | 1      |
| <br>CAPÍTULO PRIMERO. ESTÁNDARES DEL DERECHO DE ACCE-<br>SO A LA INFORMACIÓN . . . . .                | <br>9  |
| I. El derecho de acceso a la información en México . . .                                              | 10     |
| 1. El reconocimiento constitucional del acceso a la in-<br>formación en 1977 . . . . .                | 11     |
| 2. La reglamentación del derecho de acceso a la infor-<br>mación . . . . .                            | 16     |
| II. Estándares internacionales del derecho de acceso a la<br>información. . . . .                     | 22     |
| 1. El derecho de acceso a la información en el sistema<br>universal de derechos humanos. . . . .      | 23     |
| 2. El derecho de acceso a la información en el sistema<br>interamericano de derechos humanos. . . . . | 27     |
| III. Las excepciones al derecho de acceso a la información                                            | 36     |
| <br>CAPÍTULO SEGUNDO. LA PRUEBA DE DAÑO . . . . .                                                     | <br>43 |
| I. La evolución de la prueba de daño en México . . . . .                                              | 44     |
| 1. El viejo estándar de la prueba de daño . . . . .                                                   | 46     |

|                                                                                                        |        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 2. El nuevo estándar de la prueba de daño . . . . .                                                    | 56     |
| II. Algunas consideraciones sobre la prueba de daño . . .                                              | 61     |
| 1. ¿Es la prueba de daño un control de constitucionalidad? . . . . .                                   | 62     |
| 2. La prueba de daño como palanca democratizadora                                                      | 70     |
| <br>CAPÍTULO TERCERO. LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN LOS SUJETOS OBLIGADOS . . . . .            | <br>73 |
| I. La prueba de daño en la UNAM . . . . .                                                              | 74     |
| 1. Análisis de la Resolución CTUNAM/011/17. . . . .                                                    | 75     |
| 2. Análisis de la Resolución CTUNAM/073/17. . . . .                                                    | 78     |
| 3. Análisis de la Resolución CTUNAM/21/16 . . . . .                                                    | 80     |
| II. La prueba de daño en el INE . . . . .                                                              | 82     |
| 1. Análisis de la Resolución INE-CT-R-0255-2017. . .                                                   | 84     |
| 2. Análisis de la Resolución INE-CT-R-0244-2017. . .                                                   | 87     |
| 3. Análisis de la Resolución INE-CT-R-0067-2017. . .                                                   | 88     |
| III. La prueba de daño en la SCJN. . . . .                                                             | 91     |
| 1. Análisis de la Resolución CT-VT/A-18-2017. . . . .                                                  | 92     |
| 2. Análisis de la Resolución CT-CI/A-5-2016 . . . . .                                                  | 94     |
| 3. Análisis de la Resolución CT-CI/A-11-2017 . . . . .                                                 | 97     |
| IV. Consideraciones finales sobre la aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados. . . . . | 100    |
| 1. Ambigüedad normativa en la identificación del responsable de la prueba de daño . . . . .            | 100    |
| 2. Necesidad de argumentos racionales en la prueba de daño . . . . .                                   | 102    |
| 3. Falta de metodología adecuada . . . . .                                                             | 103    |

|                                                                                                                      |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| CAPÍTULO CUARTO. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD<br>Y LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS . . . . .                           | 105     |
| I. Los principios según Robert Alexy . . . . .                                                                       | 106     |
| 1. Los principios como mandatos a optimizar. . . . .                                                                 | 107     |
| 2. La derrotabilidad de las reglas y los principios . . . .                                                          | 108     |
| 3. El carácter <i>prima facie</i> de los principios y las reglas .                                                   | 112     |
| 4. La subsunción y la ponderación . . . . .                                                                          | 114     |
| II. El principio de proporcionalidad . . . . .                                                                       | 116     |
| III. Etapas del principio de proporcionalidad . . . . .                                                              | 120     |
| 1. El principio de idoneidad . . . . .                                                                               | 121     |
| 2. El principio de necesidad o medio más benigno . . .                                                               | 126     |
| 3. El principio de proporcionalidad en sentido estricto                                                              | 131     |
| IV. La racionalidad del principio de proporcionalidad . . .                                                          | 147     |
| 1. Crítica a la racionalidad del principio de proporcio-<br>nalidad . . . . .                                        | 149     |
| 2. La legitimidad en el principio de proporcionalidad                                                                | 152     |
| V. Adopción de los estándares del principio de proporcio-<br>nalidad en la aplicación de la prueba de daño . . . . . | 155     |
| <br>CAPÍTULO QUINTO. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA<br>APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO . . . . .                     | <br>157 |
| I. La estructura del principio de proporcionalidad para<br>la prueba de daño . . . . .                               | 159     |
| II. Principios a ponderar en la prueba de daño . . . . .                                                             | 165     |
| III. Propuesta metodológica para la prueba de daño . . . .                                                           | 169     |
| 1. Primera etapa de la prueba de daño: examen de ido-<br>neidad . . . . .                                            | 169     |

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Segunda etapa de la prueba de daño: examen de necesidad . . . . .               | 171 |
| 3. Tercera etapa de la prueba de daño: examen de proporcionalidad . . . . .        | 172 |
| IV. Caso práctico de aplicación de la prueba de daño: <i>Caso Puebla</i> . . . . . | 179 |
| Prueba de daño del <i>Caso Puebla</i> . . . . .                                    | 181 |
| V. Consideraciones adicionales para la propuesta metodológica. . . . .             | 190 |
| 1. Principio de máxima publicidad como carga argumentativa . . . . .               | 191 |
| 2. Regla-resultados de la prueba de daño . . . . .                                 | 194 |
| Conclusiones . . . . .                                                             | 197 |
| Fuentes de información. . . . .                                                    | 205 |

## PRÓLOGO

Los tiempos que se viven en esta segunda década del siglo XXI no han sido los más propicios para los gobiernos democráticos en América Latina. Las crisis económicas, el aumento de la pobreza, la violencia y la inseguridad aquejan a los países con gobiernos cooptados por elites y grupos vinculados a grandes escándalos de corrupción. En este escenario, el respeto a los derechos humanos y la justicia social pasa a último plano de las agendas políticas y económicas, y se convierte en la retórica populista predilecta.

El derecho de acceso a la información es una batalla ganada a favor de los ciudadanos frente a los gobiernos de principios de siglo. El trofeo le pertenece a las luchas sociales y políticas que cerraron el ciclo de gobiernos autoritarios, empoderando a las personas para buscar, conocer y recibir información, con la esperanza de supervisar y ejercer contrapesos sociales. De manera que entramos a la etapa de decadencia democrática con esta herramienta de defensa de derechos que, a su vez, es una garantía constitucional.

La creación de leyes de transparencia y acceso a la información en la región latinoamericana dan cuenta del amplio interés que la materia ha suscitado y de la experiencia regional por la búsqueda de mayor apertura gubernamental hacia la ciudadanía. Las reformas constitucionales y las leyes responden a estándares regionales que tienen por objetivo favorecer el acceso a los ciudadanos y eliminar al máximo los obstáculos burocráticos y discrecionales que impiden el ejercicio libre del derecho.

A pesar de los avances normativos y los ánimos reformadores, el derecho de acceso a la información está lejos de solucionar

los problemas de opacidad, discrecionalidad, autoritarismo, en fin, de comprometer a los gobiernos a rendir cuentas y actuar de manera íntegra de frente a la ciudadanía. En el centro del problema está la posibilidad que tienen los gobiernos no democráticos y mal administrados de reservar o declarar confidencial la información que les incomoda, estorba o evidencia, pues los criterios previstos en las leyes para reservar información son oraciones afirmativas con ideas “paraguas”, tales como la seguridad nacional o la estabilidad económica y financiera. Una y otra vez, se ven casos de acceso a la información relacionada con hechos de corrupción, abuso de poder del Estado o violaciones a derechos humanos, que después de los litigios, terminan analizados a la ligera y sin reglas de análisis que deriven en argumentaciones lógicas coherentes con el derecho y la dogmática crítica del derecho.

Si este derecho y las leyes que lo desarrollan fueron creadas para vigilar los actos del Estado, y al momento de interpretarse las restricciones y judicializarse permiten ocultar la verdad de los hechos de violaciones a derechos humanos y de corrupción, por ejemplo, dejan entonces de cumplir con su función sustantiva. De ahí que desde el estudio del derecho son indispensables las herramientas para discernir de manera lógica y precisa, con base en principios y valores jurídicos, la defensa del derecho frente al probable daño que pudiera causar la apertura de información reservada. Las conocidas como “pruebas de daño” se estipularon en algunas leyes de Latinoamérica, y también en la ley mexicana (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información). La complejidad de estas pruebas reside en diseñar modelos de interpretación que se apliquen en aquellos casos donde no es posible garantizar al mismo tiempo un derecho y proteger los intereses legítimos del Estado, logrando la menor restricción posible al derecho humano.

Este libro de Benjamín Alejandro Cervantes Pérez viene a llenar el vacío académico por diversas razones. Primero, porque a pesar de la extensa regulación, no existen suficientes estudios doctrinales del derecho de acceso a la información en México

## PRÓLOGO

XIII

para interpretar dogmáticamente la garantía del derecho y su protección frente a otros derechos e intereses protegidos. Segundo, porque este libro toma casos de estudios y resoluciones de comités de transparencia y órganos garantes para analizar el problema desde la práctica administrativa y judicial federal y estatal en México, cuando se trata de la interpretación del derecho de acceso a la información y sus límites. Tercero, porque propone un modelo de análisis para el intrincado y complejo diseño de las pruebas de daño que, aunque a todas luces es un ejercicio técnico jurídico, ilustra la necesidad de la existencia de serias herramientas jurídicas. En suma, este libro puede traer ideas y soluciones a la práctica cotidiana garante de los órganos especializados en la materia en México y otros países, así como a tribunales y cortes constitucionales que, en su función democrática, protegen la dignidad y el derecho de las personas a acceder a la información de sus gobiernos.

Ciudad Universitaria, UNAM, agosto de 2020  
Issa LUNA PLA

## INTRODUCCIÓN

La prueba de daño es una herramienta interpretativa que se erige como obligación para los sujetos obligados en materia de transparencia en México, en el momento en que se pretende reservar información a raíz de una solicitud de acceso. Su finalidad es legitimar las reservas de información a través de las cuales se limita el derecho de acceso a la información de las personas, a través de la ponderación entre el riesgo y el beneficio que pudiera representar la divulgación de la información solicitada.

Sin embargo, la prueba de daño no ha sido entendida en su justa dimensión y ha tenido serios problemas en su interpretación e implementación. En la realidad cotidiana de los sujetos obligados y órganos garantes en el país no existe homogeneidad en la concepción de la prueba de daño ni racionalidad en su aplicación que legitime las reservas de información.

Esto detona la necesidad de realizar una propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño con la intención de racionalizar y legitimar las reservas de información y así proteger el derecho de acceso a la información de las personas, bajo una perspectiva de máxima publicidad.

En otras palabras, la prueba de daño es un método de protección amplia al derecho fundamental de acceso a la información, erigiéndose, a su vez, como un modelo novedoso en la región latinoamericana para dirimir las controversias que surjan en la restricción de ese derecho.

El derecho de acceso a la información se ha reconocido como un pilar fundamental para la participación democrática de cualquier sociedad. Su protección debe estar garantizada en el actuar

de los Estados y sus órganos. La relación entre transparencia y democracia ha sido desarrollada de manera vasta para demostrar que la primera sirve como herramienta que posibilita a las personas a participar en la toma de decisiones de asuntos públicos que les conciernen directamente, teniendo como engrane el acceso a la información que sirve para conocer en todo momento las intenciones, conducta y desempeño de los gobernantes y del uso que se hace del presupuesto público.

Uno de los principios rectores en la interpretación del derecho de acceso a la información que ayuda a fortalecer el vínculo transparencia-democracia es el de máxima publicidad. Este principio refiere, sucintamente, que la actuación de los órganos del Estado debe estar dirigida siempre a publicitar la información que poseen, y que la excepción debe ser la clasificación de ésta.

Podríamos decir que entre mayor publicidad se le da a la información, mayor capacidad de la sociedad para participar en los asuntos públicos que le conciernen, y, con ello, en el fortalecimiento de la democracia. *A contrario sensu*, entre menor publicidad, menor democracia.<sup>1</sup>

Es por ello que las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información deben interpretarse de manera restrictiva, a la luz del principio de máxima publicidad.

De ahí la importancia de herramientas como la prueba de daño para interpretar adecuadamente los principios en conflicto cuando se pretende reservar cierta información por un supuesto riesgo de daño. Sin embargo, para que las decisiones derivadas de la aplicación de este tipo de herramientas interpretativas sean legítimas y conformes a un sistema democrático, deben cumplir con ciertos parámetros y estándares reconocidos en la normativa internacional y en la teoría de los derechos fundamentales, esencialmente los reconocidos por el principio de proporcionalidad, para que la decisión que se tome sea lo más racional posible.

---

<sup>1</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, en *El acceso a la información pública como herramienta para el fortalecimiento de la democracia*, México, INAI, 2018, p. 102.

Desde 2002 se decía que existía una obligación implícita para las autoridades de aplicar una prueba de daño. En la exposición de motivos de la primera Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (Ley Federal) se contemplaba que, en el caso de los supuestos de reserva, no bastaba con que se actualizara el contenido de la información por referirse a una de las materias reservadas, por ejemplo, seguridad nacional o seguridad pública, sino que era necesario además que existiera un elemento de daño que permitiera afirmar que su divulgación podría afectar gravemente la conducta de una de las funciones del Estado, o bien poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona.

Sin embargo, el esquema que se estableció para la aplicación de la prueba de daño resultó problemático, pues se exigía argumentar en favor de criterios vagos que demostraran un daño “presente”, “probable” y “específico”.<sup>2</sup> Su vaguedad radicó en que no existía una diferenciación conceptual entre las categorías de daño citadas, lo que hacía que los sujetos obligados recurrieran a argumentaciones subjetivas, repetitivas y, por lo tanto, no racionales.<sup>3</sup>

Lo rescatable de esta primera metodología es que identificaría el núcleo desde el cual debían revisarse las reservas de la

---

<sup>2</sup> El primer esquema de prueba de daño se reconoció en los Lineamientos para la Clasificación y Desclasificación de la Información para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, del entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

<sup>3</sup> Respecto de la racionalidad de los argumentos en forma de decisiones jurídicas, Robert Alexy propone que se deben comprobar dos tipos de fundamentaciones: la fundamentación interna, que es comprobar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como justificación, y la justificación externa, que consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Respecto a la racionalidad en las decisiones jurídicas que devienen de una ponderación, Alexy propone una estructura (el principio de proporcionalidad) a través de la que es posible presentar argumentos y decisiones racionales. Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 213-223.

información para evitar ejercicios discrecionales, consistente en demostrar un daño.

Debido a las deficiencias del esquema anterior de la prueba de daño, el nuevo esquema reconocido a partir de 2015 a través de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley General) y los respectivos Lineamientos Generales de Clasificación y Desclasificación de la Información que emitió el Sistema Nacional de Transparencia (Lineamientos Generales) propone estándares más robustos para justificar las reservas de información.

Esta herramienta fortalecida nace en el seno del nuevo constitucionalismo que exige realizar interpretaciones más amplias sobre los principios que contempla la norma fundamental. Toma como base los elementos que aporta el principio de proporcionalidad,<sup>4</sup> con la intención de tener mayor certeza en el ejercicio de ponderación de principios que están en juego en el derecho de acceso a la información.

La finalidad de la presente obra es profundizar sobre la fundamentación de la prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad y proponer una metodología para su correcta aplicación. Se sostiene que los parámetros reconocidos en la normativa vigente en materia de acceso a la información para la prueba de daño fueron contruidos para que la misma sea aplicada por los sujetos obligados bajo el esquema que ofrece el principio de proporcionalidad de la teoría de los derechos fundamentales. Por lo tanto, resulta indispensable clarificar este esquema para su aplicación sencilla y correcta.

Esta metodología se debe construir siempre teniendo en cuenta la autonomía deliberativa de cada órgano que decide. Es decir, no se debe implementar como un manual con respuestas

---

<sup>4</sup> En el apartado correspondiente se demuestra la correlación que existe entre las etapas del principio de proporcionalidad de Robert Alexy y los requisitos que exige el parámetro reconocido en la Ley General para la prueba de daño.

definitivas, pues cada caso en concreto debe responder no sólo a las circunstancias normativas y fácticas posibles, sino también a las institucionales. Lo anterior no implica llegar al otro extremo, so pretexto de proteger dicha autonomía institucional que termine por no respetar el estándar constitucional en la materia.

Para explorar las inquietudes anteriores, el libro se estructura en cinco capítulos. Es necesario advertir que no se han desarrollado estudios comprensivos sobre el tema ni estudios que enfrenten el problema específico que aquí se identifica.<sup>5</sup>

En el primer capítulo se abordan los estándares del derecho de acceso a la información, en donde se realiza una contextualización normativa nacional e internacional, que ayudan a entender los principios y elementos de este derecho. Posteriormente, se profundiza sobre las excepciones en el ejercicio del derecho de acceso a la información y la obligación que existe para los sujetos obligados de realizar una prueba de daño cuando se pretende reservar cierta información y limitar el ejercicio de este derecho fundamental.

El capítulo segundo profundiza sobre la prueba de daño, y se aborda la evolución de esta herramienta en el régimen constitucional mexicano. Se plantea la aplicación y deficiencia que se presentaba con el viejo estándar a través del análisis de un caso relativo a la interposición de un recurso de revisión en materia de seguridad nacional. Bajo este análisis, se logran entender los verdaderos propósitos del nuevo esquema previsto por las últimas reformas en la materia. Asimismo, se analizan algunas consideraciones en torno a la prueba de daño, como el comportamiento

---

<sup>5</sup> Además del autor de esta investigación, sólo un trabajo académico hace referencia directa a este ejercicio interpretativo, de los autores Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas, citado en la primera nota al pie de página. Sin embargo, este trabajo data de 2007, por lo que no es posible sacarlo a colación bajo los nuevos parámetros de la normativa aprobada en la materia en 2014 y 2015. Posterior a ello, el autor de esta investigación ha escrito los artículos “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, publicado por el INAI, y “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

de esta herramienta como un tipo de control de constitucionalidad en sede administrativa y su aporte al sistema democrático mexicano.

En el capítulo tercero se analiza la aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados bajo el esquema vigente. La intención primigenia de éste es conocer, a grandes rasgos, la realidad de la prueba de daño al interior de los sujetos obligados; es decir, demostrar que no se está aplicando correctamente la prueba de daño y, por lo tanto, la información se reserva de manera discrecional al no ponderarse los principios en pugna. Esta discrecionalidad en la reserva y simulaciones de pruebas de daño, en el fondo, es un daño al ejercicio de un derecho fundamental e, indirectamente, a la construcción de una sociedad democrática.

Se realiza un análisis de casos, tomando como referencia la reglamentación interna de la prueba de daño y algunas resoluciones emitidas por los comités de transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto Nacional Electoral; los tres, sujetos obligados ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

En las consideraciones finales del capítulo tercero se concluye sobre la falta de racionalidad en las decisiones que fundamentan las reservas de información y la necesidad de adoptar una metodología para aplicar la prueba de daño de manera clara y sencilla, respetando el estándar de la Ley General.

El capítulo anterior provoca que se dedique un solo capítulo, el cuarto, a la profundización del fundamento teórico que dota de sentido a la prueba de daño: el principio de proporcionalidad. En ese capítulo se advierte que la satisfacción de un principio generalmente se da en relación con aquello exigido por otros principios, lo que se logra a través de un ejercicio de balance o ponderación. La ponderación o proporcionalidad es la forma específica de aplicación de los principios.

En este capítulo se profundiza en las etapas que componen este ejercicio interpretativo para desentrañar sus requerimientos

## INTRODUCCIÓN

7

y, posteriormente, llevar esos estándares a la prueba de daño. Asimismo, se retoman las críticas que se han realizado al principio de proporcionalidad para sostener la racionalidad de este tipo de herramientas para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

De todos los capítulos anteriores se advierte que el nuevo estándar de la prueba de daño es adecuado y robusto para fundamentar racionalmente las decisiones que restringen el derecho de acceso a la información a través de las reservas por alguna causal prevista en la legislación, pero también advierten sobre la necesidad y urgencia de que los sujetos obligados conozcan los parámetros y alcances para poder aplicar adecuadamente la prueba de daño, a la luz del principio de proporcionalidad, para así reducir la discrecionalidad en sus decisiones. Una de las dificultades para materializar dicha prueba es que la normativa en la materia establece un parámetro complejo para aplicar en cada caso en concreto, pero no se desarrolla en ningún otro instrumento cómo realizar la prueba de daño. Esta complejidad dificulta y posterga un verdadero examen de proporcionalidad en materia de acceso a la información.

Por tal motivo, se considera necesaria la construcción de una metodología clara para realizar adecuadamente una prueba de daño al interior de los sujetos obligados, propuesta que se desarrolla en el capítulo quinto.

En este último capítulo se propone una metodología a través de reglas específicas y claras de interpretación y argumentación. Esta metodología pretende facilitar la aplicación de la prueba de daño para los sujetos obligados. Su construcción es concreta y clara en cada una de las etapas que deben comprobarse en la prueba de daño.

Una vez que se identifican las reglas de la metodología, basadas en el lenguaje y la lógica del derecho de acceso a la información, se analiza un caso práctico de aplicación de la prueba de daño. Se toma como referencia el caso de la solicitud de acceso a la información relativa a los audios entre la torre de control y el

helicóptero accidentado en el que perdieron la vida la entonces gobernadora de Puebla y el entonces senador de la República (*Caso Puebla*), información que fue reservada, en principio, por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

La finalidad última es que este trabajo tenga una implicación real en la actividad de los cientos de sujetos obligados en materia de transparencia y acceso a la información e, incluso, de los órganos garantes del país, anticipando un escenario posible de adopción de la metodología aquí propuesta.

Además, se abre un campo de investigación que presenta muchas alternativas desde la trinchera del acceso a la información y, particularmente, desde la prueba de daño. Ofrece oportunidades serias para la consolidación de varios intereses nacionales; por ejemplo, la relación entre la prueba de daño y democracia, la relación entre la prueba de daño y el constitucionalismo discursivo, o el análisis de la fundamentación de las argumentaciones ofrecidas bajo este esquema.

Que dejen de prevalecer los intereses políticos por encima de los intereses de la sociedad, en la limitación del derecho de acceso a la información cuando se decreta una reserva, será una tarea ardua poder consolidar su implementación, pero los horizontes que promete son importantes para la construcción de instituciones más democráticas. Los estándares de la prueba de daño en México harán de esta herramienta una metodología digna de seguir en diversas latitudes del mundo, ya que contribuye al fortalecimiento del derecho fundamental de acceso a la información.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *cit.*, p. 115.

## CAPÍTULO PRIMERO

### ESTÁNDARES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Para ubicar la funcionalidad y el alcance de la prueba de daño, es necesario profundizar sobre los elementos y principios que integran el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental.

El presente capítulo es descriptivo, y profundiza en los aspectos relevantes que permitieron adquirir al acceso a la información el carácter de derecho fundamental en México. En un primer momento se abordan los antecedentes sociales y jurídicos más importantes en nuestro país que terminaron en el reconocimiento amplio de tal derecho en el texto fundamental. Complementariamente, un segundo apartado se encarga del análisis jurisprudencial a nivel internacional ilustrando los estándares más importantes del acceso a la información en los organismos de derechos humanos.<sup>7</sup>

Estos dos apartados constituyen el estudio del contenido de ese derecho; detallan cuáles son los elementos y principios a través de los cuales el derecho de acceso a la información debe ejercerse e interpretarse.

Posteriormente, en un tercer apartado se analizan las excepciones al derecho de acceso a la información a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, y que se encuentran reconocidas en la

---

<sup>7</sup> Este apartado toma como referencia lo publicado por el autor, en colaboración con la doctora Issa Luna Pla, en “El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 9a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, noviembre de 2016.

normativa mexicana. Se profundiza sobre la posibilidad de la clasificación de la información como excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información y la obligación de realizar una prueba de daño o de interés público, según sea el caso, como un examen que demuestre la necesidad de clasificar dicha información.

## I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de las personas a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas o sujetos que reciben dinero del presupuesto público, y a ser informados oportuna y verazmente por éstas, dotando así a las personas del conocimiento necesario para el ejercicio de otros derechos.<sup>8</sup>

El ejercicio de este derecho se ha convertido en un requisito indispensable para la consolidación de la democracia, ya que promueve el ejercicio de las libertades de las personas y la rendición de cuentas de las autoridades.<sup>9</sup>

Este derecho podría catalogarse como de reciente creación y reconocimiento. Si bien sus antecedentes históricos se remontan hasta 1766 cuando Suecia promulga la Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a Actas Públicas, no es sino hasta los años sesenta del siglo pasado cuando comienza a tomar forma como un derecho fundamental en los nuevos Estados democráticos.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Luna Pla, Issa, “Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social”, *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre de 2003, pp. 74 y 75.

<sup>9</sup> Peschard M., Jacqueline y Astorga O., Fidel, *Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 13 (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 3).

<sup>10</sup> Aunque los antecedentes que estudian los inicios del derecho de acceso a la información marquen como punto de partida la creación de la ley citada en Suecia en 1766, no es del todo atinado afirmar que en dicho momento histórico surgió el derecho de conocer la información en posesión del gobierno, pues la

El surgimiento en el Estado mexicano ha sido *sui generis*. Su reconocimiento en el texto constitucional empezó desde 1977, pero jamás se pudo implementar como una “garantía individual” y además recibió interpretaciones restrictivas para su ejercicio.

No obstante, el impulso que la sociedad civil organizada y la academia le dieron a la construcción de los elementos del derecho de acceso a la información hicieron que no sólo se implementara como tal, sino que, además, México pasara a formar parte de los primeros Estados en hacer un reconocimiento amplio de ese derecho, construyendo un aparato administrativo para su ejercicio y garantía.

Por lo anterior, los antecedentes en nuestro país se analizarán en dos momentos históricos importantes. El primero, un análisis desde el reconocimiento en la Constitución en 1977 y el impulso que se realizó por parte del movimiento social/académico llamado Grupo Oaxaca para su reglamentación adecuada. El segundo, los logros que se obtuvieron a partir de la reglamentación de ese derecho.

### 1. *El reconocimiento constitucional del acceso a la información en 1977*

Como se aclaró anteriormente, el derecho a la información ha sido reconocido en el artículo 6o. constitucional desde 1977;

---

intención del Parlamento en turno solamente era provocar el derrocamiento del Rey y así realizar un cambio de régimen. Esto se refleja, por ejemplo, en que el acceso a la información se pensó como derecho hasta 1966 cuando Estados Unidos de América [del Norte] aprueba el documento *The Freedom of Information Act*. Véase Martínez Becerril, Rigoberto, *El derecho de acceso a la información en México. Su ejercicio y medios de impugnación*, México, INFOEM, 2009, pp. 15 y s.

Sobre los antecedentes internacionales del derecho, se puede consultar Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E., *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, IFAI, 2008.

Para consultar el estado que guarda el reconocimiento del acceso a la información como derecho fundamental en el mundo, es posible consultar la siguiente herramienta: “The right to information around the world”, *Article 19*, disponible en: <https://www.article19.org/right-to-information-around-the-world/>.

sin embargo, este derecho no había tenido el desarrollo suficiente como para considerarlo un derecho fundamental de las personas. De hecho, la inclusión en el texto constitucional en ese año tenía como únicos destinatarios a los partidos políticos, considerados en aquel entonces como la vía a través de la cual la población tendría la posibilidad de acceder a información objetiva, al permitírseles el acceso a los medios de comunicación.<sup>11</sup>

Este sentido se confirmó a través de un criterio emitido por la Suprema Corte en 1992, en el que estableció que el derecho a la información, adicionado al artículo 6o. en 1977, constituía una garantía social correlativa a la libertad de expresión, consistente en la permisión que tienen los partidos políticos. Por lo tanto, este derecho no debía comprenderse como una garantía individual en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estimara oportuno, solicitara y obtuviera de los órganos del Estado determinada información.<sup>12</sup>

Esta limitación interpretativa surgió dentro del contexto del monopolio de poder y los medios de comunicación por parte del partido político hegemónico en México, por lo que resultaba cuesta arriba proponer algunos cambios en su lógica de actuar y gobernar. Tanto las autoridades como los medios de comunicación sólo ayudaban a fortalecer los lazos entre las elites políticas y se olvidaban de la ciudadanía, legitimaban el sistema de un

---

<sup>11</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El derecho de acceso a la información a la luz de la reforma en materia de derechos humanos”, en Peschard Mariscal, Jacqueline (coord.), *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: nuevos paradigmas para su garantía*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2015, p. 36.

<sup>12</sup> Este criterio nació a raíz del Amparo 10556/83, a través del cual se ventiló el asunto relativo a la solicitud de información que se realizó a la Secretaría de Hacienda, relativa al endeudamiento por empréstitos del Estado mexicano. En el amparo, la defensa, dirigida por Ignacio Burgoa, defendía que el derecho consagrado en el artículo 6o. constitucional no podía entenderse si no se reconocía el ejercicio individual por parte de las personas. Tesis 2a. I/92 (8a.), “Información. Derecho a la, establecido por el artículo 6o. de la Constitución federal”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, agosto de 1992.

solo partido dominante, mantenían la imagen de un presidente omnipotente, se permitía la fabricación de información por parte del gobierno para difundirla en sus propios términos, entre otras prácticas que el viejo régimen acostumbraba a realizar para maquillar la realidad mexicana.

Sin embargo, estos mismos factores de hegemonía y control excesivo trajeron consigo una fractura importante en el modelo de dominación priísta, ocasionando diversos cambios en el régimen democrático del país.<sup>13</sup>

Por ejemplo, la misma Suprema Corte en 1996, ante la investigación por violaciones graves a derechos humanos en los hechos ocurridos en Aguas Blancas el 28 de junio de 1995, integró la tesis de jurisprudencia en donde denunciaba, justamente, que las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumían ante ésta conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vedaba la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general. Aseguró que, ante estas prácticas, las autoridades incurren en una violación grave a las garantías individuales, especialmente del derecho a la información. Agregó que este proceder de las autoridades incorpora a la vida política una cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación de la verdad.<sup>14</sup>

Es decir, la Corte aceptó que, en pleno ocaso del siglo XX, el Estado mexicano incurría en una violación grave a los derechos

---

<sup>13</sup> Para profundizar sobre el contexto en que nació el derecho de acceso a la información, véase Luna Pla, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México, UNAM, 2009, 193 pp.

<sup>14</sup> Tesis P. LXXXIX/96 (9a.), “Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6o. también constitucional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, junio de 1996.

fundamentales a través de la falta total del reconocimiento del derecho de acceso a la información.

Este último criterio permeó en las interpretaciones de los siguientes asuntos resueltos en la propia Corte, y se adoptó un tercer criterio en 2000, en el que se reconocía la ampliación del derecho de acceso a la información como una garantía individual y una obligación del Estado a informar verazmente.<sup>15</sup>

Este cambio de interpretación reflejaba la crisis al interior del mismo modelo hegemónico y generó el ambiente propicio para impulsar, desde los movimientos sociales y la academia, una agenda en materia de acceso a la información. En el momento en que la alternancia política se materializó en 2000, se llegó a un consenso social sobre la necesidad de crear una ley reglamentaria del artículo 6o. constitucional.

Afortunadamente para el desarrollo de las discusiones en torno al derecho de acceso a la información, el movimiento social identificado como Grupo Oaxaca<sup>16</sup> definió el discurso desde los estándares internacionales, las disciplinas jurídicas, de administración pública y desde la ciencia política.<sup>17</sup>

De esta manera, se comenzó a perfilar al acceso a la información como un derecho fundamental en México, considerándose como una palanca para que las personas pudieran conocer la

---

<sup>15</sup> Tesis P. XLV/2000 (9a.), “La Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó originariamente el artículo 6o. constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente este concepto a garantía individual y a obligación del Estado a informar verazmente”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, abril de 2000. Los amparos en revisión que sostuvieron esta interpretación fueron el relacionado con la reclamación de la veracidad del informe anual de labores del presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (2137/97), el caso sobre las solicitudes de acceso a las actas del cabildo de un ayuntamiento (3137/98), la solicitud de acceso a un expediente clínico (3008/98), y el caso de acceso a un expediente de queja ante la CNDH (2099/1999).

<sup>16</sup> El Grupo Oaxaca se conformó principalmente por la Asociación Mexicana de Editores, la Asociación de los Editores de los Estados, La Jornada, Grupo Reforma, académicos y universidades.

<sup>17</sup> Luna Pla, Issa, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

información gubernamental, y no solamente para conocer y enterarse de noticias, como se había interpretado desde la libertad de expresión. Así, se introducía el principio de propiedad ciudadana para entender la lógica del derecho, pues la información que ostentaban los servidores públicos no debía entenderse como propiedad del Estado.

Una vez que el Congreso comenzó a revisar y discutir las iniciativas de ley en la materia en 2001, el Grupo Oaxaca, además de haber presentado su propio proyecto de ley, decidió realizar un Decálogo del Derecho de Información, en donde se incluían los principios mínimos mediante los cuales se debía construir la ley reglamentaria:<sup>18</sup>

- 1) El derecho a la información es un derecho humano universal.
- 2) La información pública le pertenece a las personas.
- 3) Máxima apertura de los poderes del Estado.
- 4) Obligación de publicar y entregar la información que posee el Estado.
- 5) Procedimientos ágiles, sencillos y a costos mínimos.
- 6) Mínimas excepciones a la norma.
- 7) Organismo autónomo para promover la apertura y resolver controversias.
- 8) Tras la pista del dinero.
- 9) Consistencia jurídica.
- 10) Promoción del federalismo.

Estos principios cambiaron el esquema desde el cual era entendido este derecho, colocando a las personas como sujetos de ese derecho y poseedores de la información. Se limitaba la posibilidad de las autoridades de considerarse propietarias de la información que tenían en sus archivos. Además, surgió el eje a través del cual debía interpretarse y aplicarse el acceso a la información: el principio de máxima publicidad.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 97.

Respetando el contenido aportado por el Grupo Oaxaca, el 11 de junio de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (Ley Federal) y entró en vigor un año más tarde, garantizando que cualquier persona pudiera solicitar información a los órganos del Estado. De esta manera, comenzó en México una nueva etapa en el desarrollo de los derechos humanos en general, considerando que el derecho a la información ha sido un detonante para la garantía de otros derechos.

## 2. *La reglamentación del derecho de acceso a la información*

La Ley Federal aprobada en 2002 trajo consigo los primeros parámetros para que las personas pudieran ejercer realmente su derecho de acceso a la información. Bajo el principio de máxima publicidad como eje rector de las actuaciones de las autoridades, se previó una lista clara de obligaciones *ex officio* en materia de transparencia que las autoridades debían publicar, sin necesidad de mediar una solicitud de información. Asimismo, se incluyó un listado de excepciones acotado y definido por la propia ley.

Aunque el régimen establecido obligaba particularmente al Poder Ejecutivo federal, los demás órganos del Estado debían conformar sus propios procedimientos para garantizar el acceso a la información en su posesión. Se dejó reservada la potestad de las entidades federativas de regular la materia bajo los parámetros que consideraran pertinentes, lo que hicieron sucesivamente después de publicarse la Ley Federal.

Para garantizar el acceso a la información en posesión del Poder Ejecutivo federal, se creó al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) como órgano garante en la materia, facultado para resolver las controversias que pudieran suscitarse en el ejercicio del acceso a la información. En la ley se consideró al IFAI como un órgano descentralizado de la administración pública federal.

En 2006, se amplía el parámetro de interpretación del derecho de acceso a la información, a través de una reforma a la Ley Federal, cuyo artículo 6o., párrafo segundo, establece expresamente:

El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.

A partir de ese momento, en toda la jurisprudencia nacional en torno al tema de acceso a la información debían permear las interpretaciones realizadas en los tratados y los criterios emitidos por los organismos internacionales especializados en derechos humanos, así como los jueces nacionales que resolvieran controversias en la materia. Este parámetro se vio reforzado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, en la que se reconoce esta obligación para todas las autoridades mexicanas.

En general, la creación de esta primera ley se constituyó como un parteaguas para el acceso a la información en México, pudiéndose potencializar otros derechos fundamentales.<sup>19</sup> Sin embargo, como todo derecho progresivo, pronto necesitó actualización y armonización.

En 2007, se añadió un segundo párrafo al artículo 6o. de la Constitución, en el que se reconocían los principios y bases que debían regir el derecho de acceso a la información a nivel nacio-

---

<sup>19</sup> Parra profundizar sobre el diagnóstico del acceso a la información en su etapa inicial, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*, México, IFAI, 2004.

nal.<sup>20</sup> La intención de esta reforma era mitigar una problemática: no todas las leyes en nuestro país cumplían con el contenido del artículo 6o., pero, sobre todo, existían asimetrías e incongruencias en la regulación del acceso a la información, ocasionando que existieran modalidades distintas en función de la ubicación geográfica, del partido político que gobernara o del gobernador en turno.<sup>21</sup>

A partir de este momento, desde el texto constitucional se reconocieron los principios básicos en la materia a través de los cuales debían elaborarse las leyes en la materia, especialmente las locales. Estos principios son los siguientes:<sup>22</sup>

- 1) *Principio de publicidad.* Este principio indica que la información en posesión de las autoridades es, por naturaleza, pública. La práctica que devino desde la creación de la Ley Federal y las leyes locales fue que, a través de la reserva de la información, se limitaba el acceso a la información. Por lo tanto, el reconocimiento de este principio intentaba acabar con esa práctica discrecional.
- 2) *Principio de máxima publicidad.* Este principio tiene varias implicaciones; la primera es que, en la interpretación del acceso a la información, la regla siempre debe ser la pu-

---

<sup>20</sup> Sobre los propósitos y alcances de la reforma constitucional de 2007, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, 3a. ed., México, IFAI, 2007.

<sup>21</sup> Sobre la problemática de la armonización de las legislaciones, Fundar emitió una nota informativa en la que daba cuenta de los pendientes que existían en ese momento sobre la materia, disponible en: <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/flaig.pdf>.

<sup>22</sup> Estos principios son profundizados en López Ayllón, Sergio, “La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?”, en Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 4-12.

blicidad, y la excepción, la reserva de ésta; es decir, una interpretación restrictiva de las excepciones a su ejercicio. La segunda implicación es que cuando se restrinja el acceso no es suficiente que la información se encuentre dentro de un supuesto de reserva, sino que es necesario comprobar, a través de la prueba de daño, que su publicación pueda generar una afectación a algún otro principio superando al interés de conocerla. La tercera implicación es que, ante la duda de si la información es pública o no, debe optarse siempre por su publicidad; es decir, si no es claro que el daño supera al interés, entonces no debe restringirse su acceso.

Es necesario hacer notar que de este principio nace el desarrollo de los siguientes temas que se analizan en esta investigación; sin embargo, en su momento lo retomaremos.

- 3) *Acceso universal*. El derecho de información es un derecho fundamental de cualquier persona, por lo que su ejercicio no debe impedirse solicitando que se acredite la personalidad, nacionalidad, ciudadanía o edad. Basta con que se realice una solicitud de información para que ésta sea contestada bajo los procedimientos y plazos correspondientes.

No obstante, la intención de constitucionalizar los principios y bases no generó el cambio esperado. Aunque los congresos locales comenzaron a reformar sus Constituciones, no todas respondieron de manera adecuada a los estándares mínimos establecidos en el artículo 6o. constitucional; los asuntos importantes en la materia no fueron atendidos por las legislaciones, e incluso algunas reformas resultaron un retroceso en la materia. De hecho, el propio Congreso federal no cumplió con su obligación de reformar la Ley Federal, como lo mandataba el decreto de reforma constitucional de 2007.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> *Idem*.

Ante este escenario, diversas voces de la sociedad civil y la academia exigían un cambio profundo en la regulación de la materia. La discusión tuvo un giro rotundo en el entendimiento de la regulación en el derecho de acceso a la información, llegándose al consenso de que la vía para materializar las exigencias constitucionales sería la creación de una ley general de transparencia que regulara el acceso a la información de los tres órdenes de gobiernos y estableciera los parámetros para poder tener una regulación indirecta hacia las entidades federativas.

Incluso, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, en su informe especial de México, publicado en 2010, puntualizó la preocupación de que el IFAI sólo supervisara el cumplimiento de la Ley Federal en la administración pública federal, mientras que los poderes Judicial y Legislativo, y los órganos autónomos, no contaban con un órgano de supervisión independiente. Agregó que existían desafíos normativos y prácticos en la garantía de ese derecho a nivel estatal y municipal, reconociendo la disparidad en el ejercicio del derecho de acceso a la información en las entidades federativas. Finalizó con la preocupación de que los sujetos obligados pudieran apelar las resoluciones del organismo garante en la materia, pues éstas debían ser definitivas, al ser el órgano especializado en la materia, lo que le restaba sencillez, expeditéz y especialización a las resoluciones.<sup>24</sup>

Todas estas preocupaciones generaron la llegada de la segunda gran reforma o segunda etapa en materia de transparencia y acceso a la información, la cual se sigue consolidando hoy en día.

En febrero de 2014 se reformó nuevamente el artículo 6o. constitucional, para dotarlo de mayor contenido y reconocer nuevos parámetros de regulación en la materia.

Entre las implicaciones más destacadas se encuentra la ampliación del catálogo de los sujetos obligados, entre los que resaltan los partidos políticos, sindicatos, así como cualquier persona

---

<sup>24</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe especial sobre la libertad de expresión en México 2010*, OEA, 7 de marzo de 2011, párrafos 280-290.

que reciba dinero del presupuesto público; se establece la reserva de información por razones de seguridad nacional; se dota de autonomía a todos los organismos garantes del país; se establecen las bases para legislar en materia de acceso a la información, archivos y protección de datos personales; se reconoce la facultad de atracción del organismo garante federal, así como la definitividad de sus resoluciones, excepto por razones de seguridad nacional, las cuales pueden ser impugnadas por el consejero jurídico de la Presidencia de la República, entre otras implicaciones.

Un año después de esta reforma constitucional, se expidió la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley General), la cual concreta los cambios planteados para el nuevo régimen de la materia. Con esta Ley General se rompe la lógica del federalismo, para darle paso a un sistema nacional de transparencia y acceso a la información, con la finalidad de lograr la homogeneidad en la regulación de la materia.

Se reconoce nuevamente el parámetro de interpretación del derecho de acceso a la información, agregando en la parte final del artículo 7o. el principio pro persona, para favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El IFAI se convirtió en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Este organismo, como rector en la regulación e implantación del nuevo régimen, lleva consigo una tarea titánica para consolidar, en el menor tiempo posible, los nuevos estándares en la materia.

De no haber retrocesos en su consolidación, México se colocaría como un referente internacional en garantizar el derecho humano al acceso a la información pública. El tema de la interpretación que se realice bajos los nuevos parámetros nacionales y los estándares internacionales, en los casos que se presenten ante los organismos garantes u órganos jurisdiccionales, es una de las vías para poder conseguirlo. Sin embargo, no todo ha sido miel sobre hojuelas, pues aún persisten interpretaciones restrictivas en la materia que pueden impedir la consolidación de estos estándares.

Uno de los pendientes en esa protección amplia son las interpretaciones que se han realizado a través de la prueba de daño y que, más allá de proteger o no el derecho en sí, se distorsiona el contenido del derecho fundamental al no aplicarse adecuadamente.

Los estándares en la materia abogan justamente, por lo contrario, en generar una interpretación amplia y garantista en el derecho. Por lo anterior, en el siguiente capítulo se refuerza el contenido del derecho de acceso a la información a través de los estándares internacionales que se han establecido por parte de los organismos de derechos humanos.

## II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A nivel internacional, el derecho de acceso a la información es un derecho que ha nacido de las interpretaciones de otros derechos reconocidos en las normas internacionales, por ejemplo, del derecho de libertad de expresión o libertad de información.<sup>25</sup> Basta señalar que ninguna norma internacional reconoce explícitamente el derecho de acceso a la información como derecho humano.

No obstante, en el desarrollo de la jurisprudencia y de los criterios tanto del sistema universal de derechos humanos como en el sistema interamericano de derechos humanos se ha reconocido la existencia de éste y se ha resaltado su importancia en los Estados democráticos.

---

<sup>25</sup> A pesar de que el derecho de acceso a la información ha sido desarrollado e interpretado de tal manera que se le ha dotado de elementos y principios propios, el origen que lo deriva del derecho de libertad de expresión impactó, de manera negativa, en la concepción del primer estándar de la prueba de daño, pues se transpoló el estándar del *Clear and present danger test* de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, donde se revisaban los actos de libertad de expresión para intentar analizar reservas de información. En el apartado correspondiente se profundizará sobre estos efectos.

1. *El derecho de acceso a la información en el sistema universal de derechos humanos*

El primer antecedente internacional sobre el reconocimiento de la libertad de información se encuentra en la Resolución 59 (1) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En esta resolución se afirmó que la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas. Sin embargo, dicha libertad se limitaba a reconocer solamente la recopilación, transmisión y publicación de noticias; es decir, existía una interpretación vinculada al flujo de la información, sin que implicara la posibilidad de acceder a aquella que se encontrara en posesión de las autoridades.<sup>26</sup>

En esa misma línea interpretativa se aprobó lo que hoy conocemos como la Carta Internacional de Derechos Humanos.<sup>27</sup> Así, en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19, sentó que el derecho de libertad de opinión y expresión incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. El mismo reconocimiento se le dio en el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General en 1966, agregando la libertad de buscar, recibir y difundir ideas de otra índole.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolución 59 (1). Convocación de una conferencia internacional de libertad de información*, Sexagésima Quinta Reunión Plenaria, 14 de diciembre de 1946, disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(I)).

<sup>27</sup> La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

<sup>28</sup> De acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* en el derecho internacional público, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los pactos internacionales son obligatorios bajo la presunción de que los Estados

El siguiente antecedente en el sistema universal se dio en 1993. La Comisión de Derechos Humanos (ahora Consejo de Derechos Humanos) creó la Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión. Este mandato tiene la facultad de aclarar el contenido del derecho a la libertad de opinión y expresión, y evaluar su desarrollo y cumplimiento en los Estados miembros de las Naciones Unidas.

En los informes anuales que ha presentado ante la Comisión, y ahora ante el Consejo, el relator especial ha dado detalle de la relación que existe entre el derecho de buscar, recibir e impartir información, y la obligación de los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente de la información que está en manos del gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación; ha apuntado la importancia que tiene este derecho con la democracia y la libertad, al hacer posible la participación en el desarrollo;<sup>29</sup> además, ha expresado su preocupación por la tendencia de los gobiernos y sus instituciones de retener del pueblo la información que por derecho le corresponde.<sup>30</sup>

El relator especial de la ONU ha participado en declaraciones conjuntas con el relator de la Organización de Estados Americanos y ONG internacionales, en las que han establecido los principios fundamentales que deben regir en el cumplimiento del acceso a la información. Por ejemplo, en 1999 establecieron lo siguiente: “Está implícito en la libertad de expresión el derecho del pueblo al acceso abierto a la información y de saber qué es lo que los gobiernos están haciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se

---

los firman para cumplirlos de buena fe. Agrega que los pactos cuentan con mecanismos vinculatorios especiales para su cumplimiento.

<sup>29</sup> Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998, párrafo 14.

<sup>30</sup> Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 de enero de 2000, párrafos 42-44.

extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada”.<sup>31</sup> En 2004, volvieron a recalcar lo siguiente:

El derecho a acceder a la información que está en manos de autoridades es un derecho humano fundamental que debe darse vigencia a nivel nacional mediante legislación integral (por ejemplo, leyes sobre la libertad de información) en base al principio de transparencia máxima, estableciendo la suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones.<sup>32</sup>

La trascendencia de estos pronunciamientos radica en que se fue materializando el contenido del derecho de acceso a la información. Vemos que se reconoce como guía de éste el principio de transparencia máxima, reconocido en México en la reforma constitucional de 2007 y que se citó anteriormente.

En 2011, el relator especial de la ONU presentó un informe especial dedicado exclusivamente a analizar la situación de la libertad de expresión en México, en el cual expresó el reconocimiento al Estado mexicano sobre los avances logrados en relación con el derecho de acceso a la información, entre ellos la ley federal en la materia y el organismo garante encargado de la protección del derecho de acceso a la información de las personas.

Por lo anterior, el relator especial recomendó al Estado mexicano, además de preservar los avances alcanzados en la materia, garantizar que las resoluciones de los órganos de transparencia sean definitivas e inatacables; dotar de autonomía constitucional a los órganos de transparencia; considerar como sujetos obliga-

---

<sup>31</sup> Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión, *Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión*, OEA, 26 de noviembre de 1999.

<sup>32</sup> Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información y sobre la Legislación que Regula el Secreto, *Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión*, OEA, diciembre de 2004.

dos a los partidos políticos, así como a cualquier ente que reciba financiamiento público, y garantizar el acceso a la administración de justicia, especialmente a los expedientes judiciales.<sup>33</sup>

Otro de los pronunciamientos importantes en el sistema universal relacionado con el derecho de acceso a la información es el contenida en la Observación General núm. 34 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en 2011.

El Comité afirmó que la libertad de expresión tiene una relación estrecha con el derecho de acceso a la información. En la observación se dedica un capítulo específico para explicar la relación entre ambos derechos, asentando que el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto reconoce el derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos. Por su parte, el párrafo 18 expresa que dicha información comprende los registros de que disponga el organismo público, independientemente de la forma en que esté almacenada la información, su fuente y la fecha de producción.<sup>34</sup>

Posteriormente, desarrolla algunos principios básicos para poder garantizar dicho acceso:<sup>35</sup>

- 1) Los Estados parte deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público.
- 2) Los Estados parte deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información, a través de procedimientos y leyes.

---

<sup>33</sup> Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Misión a México*, ONU Doc. A/HCR/17/27/Add.3, párrafos 60-69.

<sup>34</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 102o. periodo de sesiones, Ginebra, 2011, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8507.pdf>.

<sup>35</sup> *Idem*.

- 3) Los procedimientos deberían disponer que las solicitudes de información se tramitarán con puntualidad conforme a normas claras que fueran compatibles con el Pacto.
- 4) Respecto de las solicitudes de información, no deberían percibirse derechos que llegaran a constituir un obstáculo no razonable al acceso a la información.
- 5) Las autoridades deberían exponer las razones de cualquier denegación de acceso a la información.

De los anteriores principios destacamos los dos últimos para el objeto de esta investigación. El Comité de Derechos Humanos vuelve a hacer hincapié en que las solicitudes de información no deben obstaculizarse por otros derechos que no sean razonables en un Estado democrático y, además, en caso de restringirse el acceso, las autoridades deberán demostrar las razones suficientes para comprobar que la afectación al derecho estuvo justificada.

Como se observa, el sistema universal de protección de derechos humanos ha contribuido a establecer las bases para reconocer el acceso a la información como un derecho humano universal, desde su reconocimiento como parte integrante de los instrumentos internacionales, como la dotación de contenido en cuanto a principios de máxima publicidad, facilidad de acceso, propiedad ciudadana, etcétera. Este contenido esencial ha influido sobre los debates y procesos de la materia en México, sirviendo como guía para la elaboración de leyes, procedimientos y resoluciones.

## *2. El derecho de acceso a la información en el sistema interamericano de derechos humanos*

En el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tanto su Asamblea General como el sistema interamericano de protección de derechos humanos han dado un amplio contenido al derecho de acceso a la información.

Esquemáticamente, el sistema interamericano está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte). La competencia de ambos órganos se encuentra reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano, ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar. Además de la Convención, la CIDH y la Corte IDH vigilan el cumplimiento de los demás instrumentos interamericanos especializados en temáticas de derechos humanos.<sup>36</sup>

Al igual que en el sistema universal, el derecho de acceso a la información en el sistema interamericano es un derecho que surge de las interpretaciones a la libertad de expresión. Esta libertad se encuentra reconocida en el artículo 13 de la Convención, aprobada en 1969, el cual expresa lo siguiente:

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.

La Asamblea General de la OEA ha aprobado diversas resoluciones desde 2003, en las que reconoce expresamente que el derecho de acceso a la información se encuentra protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Para profundizar sobre la integración y funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, véase Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

<sup>37</sup> La Asamblea General de la OEA aprobó tres resoluciones sobre el tema de *Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia*, identificadas y aprobadas de la siguiente manera: AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003; AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), 6 de junio de 2006.

Por ejemplo, la Asamblea ha considerado que la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.<sup>38</sup>

Además, recordó que los Estados miembros de la OEA tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública de todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas. Asimismo, consideró que el objetivo de lograr una ciudadanía informada debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común, tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección a la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto.<sup>39</sup>

Este primer pronunciamiento arroja, entre otras cosas, que el derecho de información debe entenderse en conjunción con otros derechos y principios que pueden converger en un asunto determinado, y que el primero no debe entenderse como absoluto, sino compatibilizarse con otros principios y derechos.

Posterior a estos pronunciamientos, se lograron consolidar reuniones entre los representantes de los Estados miembros de la OEA, quienes consideraron que el acceso a la información en poder del Estado era condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos.

De esta manera, a través de la Declaración de Nuevo León, firmada en 2004, los representantes se comprometieron a contar con marcos jurídicos y normativos, así como con la estructura y condiciones necesarias para garantizar a sus ciudadanos el

---

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> *Idem.*

derecho al acceso a la información. En consecuencia, a través de la resolución AG/RES 2514 (XXXIX-O/09), la Asamblea General encargó la preparación de una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información para proporcionar a los Estados el marco legal necesario para garantizar el derecho de acceso a la información.<sup>40</sup>

La Ley Modelo fue aprobada en su versión final a través de la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10), convirtiéndose en un estándar en la materia para los Estados americanos; esta ley recoge los estándares que se establecieron en el sistema interamericano por los diversos órganos en materia de acceso a la información.

La estructura de esta propuesta básicamente está compuesta por un apartado dedicado a definir el alcance y finalidad del derecho humano al acceso a la información pública; un segundo apartado reconoce algunas medidas para promover la apertura de la información, como los esquemas de publicación modelo; otro apartado se encarga de establecer las bases mínimas para crear un sistema modelo de gestión de solicitudes de acceso; uno más, dedicado a las excepciones legítimas de la divulgación de la información, y los últimos apartados, a establecer recursos y medidas para su revisión y cumplimiento.<sup>41</sup>

De esto último, es necesario resaltar el esquema de excepción que se reconoce en la Ley Modelo. De los parámetros de excepción que reconoce, podemos advertir que éstos deben ser legítimos y estrictamente necesarios para una sociedad democrática.<sup>42</sup>

Las causas legítimas por las cuales se puede rechazar el acceso a la información son los intereses privados, como el derecho a

---

<sup>40</sup> Asamblea General de la OEA, *Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia*, OEA AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), aprobada el 4 de junio de 2009.

<sup>41</sup> Asamblea General de la OEA, *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*, OEA AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada el 8 de junio de 2010.

<sup>42</sup> *Idem*.

la privacidad, los intereses comerciales, la propiedad intelectual, y los intereses públicos, como la seguridad pública, la defensa nacional, las negociaciones internacionales, la elaboración de políticas públicas, la persecución de delitos, entre otras.<sup>43</sup>

Sobre la protección de los intereses privados, la Ley Modelo señala que no deberán publicitarse a menos que el titular de dicha información haya dado el consentimiento para ello, o que forme parte de información pública entregada a las autoridades en tal carácter. Es decir, aquí la regla es la protección de la información, y la excepción es la publicidad de ésta.

Por el contrario, sobre la protección de intereses públicos, solamente señala que la información podrá ser reservada cuando se genere un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo. Sobre este punto profundizaremos en el apartado siguiente.

Aunque las resoluciones de la Asamblea General no son propiamente vinculantes para los Estados parte, al menos se constituyen como instrumentos políticos que ayudan a consolidar la importancia de diversos temas de derechos humanos en la región. De esta manera, la Asamblea General no solamente contribuyó a dotarle de obligatoriedad de cumplimiento al derecho de acceso a la información, sino que además contribuyó a dotarle de contenido al identificar sus principios rectores y los límites legítimos para su ejercicio.

Sumados a los trabajos antes citados, se encuentran aquellos realizados en el seno de la CIDH. En 1997, se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión al interior de ésta. Dicha Relatoría tiene como mandato general la realización de actividades de protección y promoción del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, replicando la Relatoría Especial de la ONU. Entre sus actividades destacan las de asesorar a la CIDH, realizar visitas a los Estados miembros de la OEA, realizar informes específicos y temáticos, y presentar informes anuales de actividades.

---

<sup>43</sup> *Idem.*

Sobre el tema de acceso a la información, en su informe anual de 1999, la Relatoría señaló lo siguiente:

El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.<sup>44</sup>

De esta manera, la Relatoría comenzó a desarrollar a lo largo de sus trabajos el contenido del derecho de acceso a la información dentro del marco del sistema interamericano. Identificó que el acceso a la información pública no sólo requiere de una abstención por parte del Estado de censurar información, sino también de una acción positiva de crear mecanismos para otorgar la información a los ciudadanos.<sup>45</sup>

Ante la necesidad de comenzar a otorgar un marco jurídico que regulara la garantía efectiva por parte de los Estados, en 2000 la Relatoría elaboró la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Este instrumento constituye un avance importante en cuanto a la interpretación del contenido del artículo 13 de la Convención, especialmente para el acceso a la información pública. Por ejemplo, el principio 4 reconoce expresamente que:

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 limi-

---

<sup>44</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual de 1999*, OEA, pp. 27-32.

<sup>45</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual de 2001*, OEA, pp. 75-107.

taciones 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.<sup>46</sup>

Respecto a las limitaciones a este derecho, la Relatoría estableció que el límite a su ejercicio encuentra restricciones permisibles por motivos de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas. Sin embargo, los alcances de dichas restricciones no deben enmarcarse en el ámbito de discreción de los Estados, sino que deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática.<sup>47</sup>

Sobre estas restricciones, la Relatoría subrayó que siempre se debe aplicar el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, y el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad, aplicando las mínimas restricciones y sólo en casos excepcionales.<sup>48</sup>

Del estándar anterior es necesario advertir dos temas. El primero es que las restricciones sólo son legítimas si se demuestra que se realizó un balance en la proporcionalidad de los derechos afectados. El segundo, que en dicho balance siempre debe permear el principio de presunción de publicidad.

Aunado a lo anterior, la Relatoría también se pronunció sobre la limitación del acceso a la información sobre violaciones graves a derechos humanos. Argumentó que en algunos casos hay información de seguridad nacional que debe permanecer reservada. Sin embargo, existen situaciones según las cuales el Estado no puede, en ningún caso, mantener secreta la información sobre graves violaciones de derechos humanos —especialmente aquella

---

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, OEA, octubre de 2000.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

relacionada con la desaparición forzada de personas— e impedir el acceso a la misma de las autoridades encargadas de investigar dichas violaciones o, incluso, de las víctimas y sus familiares.<sup>49</sup>

Por último, es necesario rescatar algunas consideraciones sobre el tema que ha realizado la Corte IDH. Aunque la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho de acceso a la información no ha tenido mucho desarrollo, la que ha establecido en sus resoluciones logró consolidar los parámetros y alcances como un derecho humano en sí. De hecho, cuando se dictó la única resolución que versaba, en su mayoría, sobre la protección de ese derecho, la Corte Interamericana se colocó como el único tribunal internacional que había establecido jurisprudencia en ese sentido.<sup>50</sup>

Sobre las restricciones al derecho de acceso a la información, en su primera Opinión Consultiva OC-5/85 de 1985, en donde analizó el tema de la colegiación obligatoria de los periodistas, consideró que cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos de “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene dos dimensiones.<sup>51</sup>

En la sentencia del *Caso Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile* (19 de septiembre de 2006)<sup>52</sup> reiteró que el artículo 13 de la Con-

---

<sup>49</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos*, OEA, Informe Temático 2010.

<sup>50</sup> La primera resolución sobre la materia de la Corte Interamericana fue en el *Caso Claude Reyes vs. Chile* en 2006.

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párrafo 30.

<sup>52</sup> En resumen, el caso se presentó en 1998 ante la CIDH por la entrega incompleta de información por parte del gobierno chileno, al habersele solicitado, por Marcel Claude Reyes, todo lo relacionado con un proyecto de deforestación en la zona conocida como “Río Cóndor”. En todos los recursos agotados internamente para combatir la negativa de la información se declaró la inadmisibilidad de los mismos. En 2005, la CIDH presentó la demanda ante la Corte

vención, al estipular expresamente los derechos de “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado.<sup>53</sup>

De esta manera, a lo largo de la sentencia elabora y desarrolla los elementos mínimos del derecho de acceso a la información, retomados de los antecedentes internacionales hasta ese entonces establecidos, así como del avance en la materia de los Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, reconoce que el derecho de acceso a la información encuentra sus límites en las salvedades permitidas por la Convención; establece la obligación positiva por parte del Estado para entregar la información, obligación que se materializa cuando el ciudadano recibe la información, o una respuesta en donde se fundamenta, por algunas de las restricciones permitidas por la Convención, el límite de dicho acceso.<sup>54</sup>

Asimismo, aclara que la actuación de los Estados debe regirse bajo los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, de manera que los ciudadanos puedan cuestionar, indagar y considerar si el gobierno está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Es decir, el acceso a la información permite a las personas una mayor participación en los intereses de la sociedad.<sup>55</sup>

Para que el derecho sea efectivo, la Corte recomendó a Chile adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso a la

---

para que analizara si la falta de entrega de información, así como la falta de un recurso efectivo para impugnarla, generaban la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión y a la protección judicial, establecidos en los artículos 13 y 25 de la Convención.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párrafo 77.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párrafos 87 y 88.

información, garantizando la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para entregar la información y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios capacitados en la materia.<sup>56</sup>

Posteriormente, en 2010, la Corte emitió la sentencia sobre el *Caso Gomes Lund vs. Brasil*, en el cual determinó que, tomando en cuenta los estándares antes mencionados, el derecho de acceso a la información adquiere una importancia especial cuando se trata de violaciones graves a los derechos humanos.<sup>57</sup>

Hasta aquí, se han establecido los estándares nacionales e internacionales sobre el derecho de acceso a la información, cuya finalidad es esclarecer el *corpus iuris* que México está obligado a observar al momento de legislar o interpretar dicha legislación en la resolución de sus casos.

De esta manera, en el siguiente apartado se profundizará sobre las restricciones legítimas en el ejercicio del derecho de acceso a la información y el papel que juega la prueba de daño en las mismas, como una introducción al desarrollo de los capítulos de esta investigación.

### III. LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Sería importante resumir los estándares internacionales referentes a la excepcionalidad del derecho de acceso a la información, los cuales indican que es permisible realizar límites a este derecho bajo razones legítimas y conforme a los intereses de una sociedad democrática. El alcance de las limitaciones no debe dejarse al arbitrio de las autoridades, sino que deben enmarcarse en una

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, párrafo 163.

<sup>57</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrafo 211.

legislación que las prevea. Ante cualquier restricción, siempre se deben demostrar las razones por las cuales se toma esa medida y se debe aplicar el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, tomando como referencia el principio de máxima publicidad, aplicando las mínimas restricciones y sólo en casos excepcionales.

Sobre este último principio, sería importante señalar que en México se encuentra reconocido en el artículo 6o. constitucional, así como en el párrafo segundo del artículo 7o. de la Ley General. En ambas disposiciones normativas se ordena que en la aplicación e interpretación del derecho de acceso a la información deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme al parámetro de convencionalidad que el Estado mexicano ha adoptado.

Según este principio, toda la información que repose o deba reposar en los sujetos obligados es pública y accesible, y sólo de manera excepcional se pueden establecer reservas que se ajusten a los estándares internacionales; es decir, de acuerdo con el principio de máxima publicidad, la apertura es la regla y el secreto es la excepción.

Todas las excepciones de acceso, a la luz de dicho principio, deben interpretarse de manera restrictiva, de modo que se garantice, en la medida de lo posible, el acceso a la información.

Esta lógica de interpretación está estrechamente relacionada con el principio de buena fe, que obliga a que las normas de acceso a la información deban interpretarse de manera consistente con los fines perseguidos, es decir, que el derecho sea efectivo. Las autoridades deben asegurar la estricta aplicación del derecho, brindar los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, etcétera.<sup>58</sup>

Esta vinculación de principios es la materialización del principio pro persona en el acceso a la información, pues reconoce

---

<sup>58</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrafos 211 y 230.

que las normas en esta materia establecen estándares mínimos de protección y son, por tanto, susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido más favorable a las personas.<sup>59</sup>

Como cualquier derecho fundamental, el derecho de acceso a la información no debe considerarse como absoluto, pues en determinados casos puede entrar en colisión con otros principios reconocidos por el orden jurídico de que se trate. Es por eso que se permite establecer un régimen limitado de excepción a este derecho.<sup>60</sup>

El acceso a la información tiene dos excepciones. La primera se refiere a la reserva de la información en los casos en que la divulgación de la información pueda causar daño a un interés público jurídicamente protegido, tales como la seguridad pública o la seguridad nacional. El segundo tipo se justifica por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas.<sup>61</sup>

Generalmente, el segundo tipo de excepción se realiza por protección a intereses privados y es información de naturaleza confidencial. Cuando se trata de información de este tipo, el acceso está restringido permanentemente sin el consentimiento del titular de la información, a menos que se acredite alguna de las excepciones que establece el artículo 120 de la Ley General.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Tesis I.4o. A.42 A (10a.), “Acceso a la información. Criterios que deben observar las restricciones que se establezcan al ejercicio del derecho relativo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013.

<sup>60</sup> Sobre la naturaleza de los principios, véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 5, 1998, p. 141.

<sup>61</sup> López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, p. 1.

<sup>62</sup> “Artículo 120. Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información.

No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:

Para estos efectos, el propio artículo mandata que se deberá realizar una prueba de interés público por parte del organismo garante, en el que se debe demostrar la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información.

La prueba de interés público es la homóloga de la prueba de daño; no obstante, la primera tiene como finalidad comprobar que existe un interés público mayor al interés de proteger la información confidencial. Por esto, es necesario advertir, desde este momento, que aunque los parámetros de aplicación son los mismos, para el desarrollo de esta investigación sólo nos avocaremos a la naturaleza de la prueba de daño.

El segundo tipo de excepción es para la protección de intereses públicos a través de la reserva de la información. Contrario a la confidencialidad, este tipo de información por principio debe permanecer pública hasta en tanto no se demuestre un daño a dichos intereses.

Para reservar la información no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional. Las razones para reservar la información se regulan en el artículo 113 y suman trece modalidades.<sup>63</sup>

---

I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;

II. Por ley tenga el carácter de pública;

III. Exista una orden judicial;

IV. Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, o

V. Cuando se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos”.

<sup>63</sup> “Artículo 113. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación:

I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;

La normativa mexicana define que la información clasificada como reservada podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años y, excepcionalmente, los sujetos obligados, con la aprobación de su comité de transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en los artículos 101 de la Ley General y 99 de la Ley Federal.<sup>64</sup>

---

III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;

IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;

V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;

VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;

X. Afecte los derechos del debido proceso;

XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;

XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y

XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales”.

<sup>64</sup> Artículo 101 (Ley General) y artículo 99 (Ley Federal). “Los Documentos clasificados como reservados serán públicos cuando:

Por su parte, el artículo 103 de la Ley General mandata que será el comité de transparencia el que deba revisar las clasificaciones de información, no sólo informando sobre la especificidad de la clasificación, sino realizando una prueba de daño. El artículo 108, en su última parte, ordena que la clasificación de información reservada se realice conforme a un análisis caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño.

De los parámetros que reconoce la normativa mexicana actualmente, podemos advertir que la prueba de daño es una obligación de los sujetos obligados cuando se quiera reservar una información, que dicha prueba corre a cargo de los comités de transparencia y que su aplicación debe realizarse casuísticamente y no hacer declaraciones generales de reserva de información.

En el siguiente capítulo profundizamos sobre la prueba de daño en específico y los alcances de ésta en México.

---

I. Se extingan las causas que dieron origen a su clasificación;

II. Expire el plazo de clasificación;

III. Exista resolución de una autoridad competente que determine que existe una causa de interés público que prevalece sobre la reserva de la información, o

IV. El Comité de Transparencia considere pertinente la desclasificación, de conformidad con lo señalado en el presente Título.

La información clasificada como reservada, según el artículo 113 de esta Ley, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años. El periodo de reserva correrá a partir de la fecha en que se clasifica el documento.

Excepcionalmente, los sujetos obligados, con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.

Para los casos previstos por la fracción II, cuando se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, o bien se refiera a las circunstancias expuestas en la fracción IV del artículo 113 de esta Ley y que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información; el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al organismo garante competente, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo”.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA PRUEBA DE DAÑO

La prueba de daño en materia de acceso a la información surge como una repuesta a la necesidad de establecer nuevos estándares en materia constitucional que ayuden a realizar interpretaciones que resulten más adecuadas para poder garantizar y afectar lo menos posible los principios que se contemplan en la norma fundamental, específicamente aquellos que convergen con el derecho de acceso a la información.

En este sentido, dicha prueba es una herramienta metodológica de interpretación cuyo propósito es, por un lado, superar la aplicación de interpretaciones tradicionales, literales y estrechas de la ley fundamental, y, por otro, acotar al máximo las posibilidades del ejercicio discrecional de la clasificación informativa.<sup>65</sup>

Aunque el propósito no es eliminar la discrecionalidad de los órganos que deliberan, respetando la naturaleza autónoma y colegiada de cada uno de ellos, la prueba de daño busca racionalizar y estructurar la toma de decisiones para legitimarlas.

Esta racionalización, a través de la prueba de daño, consiste en demostrar la ponderación que se realizó entre el daño que la divulgación de cierta información generaría en los derechos o principios, contra el beneficio que reporta dar a conocer esa información. En otras palabras, la prueba de daño trata de demos-

---

<sup>65</sup> Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, p. LXVII.

trar si la protección de la información justifica su reserva y vence al beneficio de darla a conocer.

Si bien en el caso de México esta herramienta se hizo explícita recientemente en la Ley General de 2015, esto surge como síntoma de la exigencia que se venía gestando en diversos ámbitos para fortalecer el estándar del derecho de acceso a la información y limitar, con justa causa, las excepciones que restringían el ejercicio pleno de este derecho a través de las causales de reserva o confidencialidad de la información.

## I. LA EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN MÉXICO

De inicio, es necesario ubicar el lugar que ocupa la prueba de daño en el esquema de excepciones en materia de acceso a la información. No toda excepción del acceso a la información merece una prueba de daño.

En el primer capítulo delimitábamos que el acceso a la información pública admite dos excepciones. El primer grupo responde a los casos en que la divulgación de la información puede causar daño a un interés público jurídicamente protegido, tales como la seguridad pública o la seguridad nacional. El segundo tipo se justifica por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas. Cada grupo de excepciones supone entonces una racionalidad diferente e implica una valoración distinta respecto de su aplicación a los casos concretos.<sup>66</sup>

En el primer tipo de excepción lo que colisiona son principios constitucionales, es decir, el interés público de conocer cierta información, frente a la seguridad nacional, certeza jurídica, negociaciones internacionales, etcétera, también reconocidos

---

<sup>66</sup> López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, México, UNAM, núm. 9, 2007, p. 1.

como principios constitucionales. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los principios en conflicto —en este caso publicidad contra seguridad— para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal de la información. A los criterios que guían este análisis se le conoce como la “prueba de daño”.<sup>67</sup>

En el segundo, lo que colisiona son dos derechos fundamentales, el acceso a la información y la vida privada. Esta protección suele ser más amplia e impone una restricción absoluta a la divulgación de los documentos que contienen esta información. Sin embargo, pueden existir circunstancias excepcionales en que el interés público justifique su divulgación. Estas circunstancias excepcionales suponen una difícil y compleja valoración de los derechos en juego y que se conocen como la prueba de interés público.<sup>68</sup>

El objeto de este análisis y de esta investigación en general, tal como quedó asentado en el primer capítulo, es la primera excepción. La prueba de daño consiste en demostrar la ponderación que se realizó entre el daño que la divulgación de cierta información generaría en los derechos o principios, contra el beneficio que reporta dar a conocer esa información al principio de interés público.

No obstante, la concepción y naturaleza de la prueba de daño en materia de acceso a la información ha evolucionado considerablemente, en tanto se ha buscado fortalecer su esquema normativo para convertirse en el medio que busque limitar la discrecionalidad en las reservas de información y se garantice la máxima publicidad. Para entender su importancia, valdría la pena hacer una diferencia entre los estándares que han existido respecto de la prueba de daño.

---

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> *Idem.*

## 1. *El viejo estándar de la prueba de daño*

En la Ley Federal, publicada en 2002 y vigente hasta principios de 2015, en el esquema para reservar información se contemplaban como razones para clasificar la información las que comprometieran la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; dañar la estabilidad financiera, económica y monetaria del país; poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona; causar un perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de delitos, impartición de justicia; averiguaciones previas; procedimientos de responsabilidad de servidores públicos, entre otras.<sup>69</sup>

La clasificación de la información como reservada se encargaba a los titulares de las unidades administrativas de los sujetos obligados,<sup>70</sup> es decir, aquellas instancias que poseen la información en sus archivos. Cada reserva de información debía hacerse del conocimiento de su comité de transparencia para que éste determinara si confirmaba, modificaba o revocaba dicha clasificación.<sup>71</sup>

Entre las sanciones que contemplaba la propia Ley Federal abrogada, se reconocía la de clasificar como reservada, con dolo, la información que no cumpliera con las características señaladas por la propia ley.<sup>72</sup>

La prueba de daño no aparecía expresamente regulada en la Ley Federal; no obstante, en su exposición de motivos se decía que en el caso de los supuestos de reserva que se establecían en la iniciativa, no bastaba con que se actualizara el contenido de la información por referirse a una de las materias reser-

---

<sup>69</sup> Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, artículos 13 y 14.

<sup>70</sup> *Ibidem*, artículo 16.

<sup>71</sup> *Ibidem*, artículo 45.

<sup>72</sup> *Ibidem*, artículo 63, fracción IV.

vadas, por ejemplo, seguridad nacional o seguridad pública, sino que era necesario, además, que existiera un elemento de daño que permitiera afirmar que su divulgación podría afectar gravemente la conducta de una de las funciones del Estado, o bien poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona.<sup>73</sup>

Este esquema no demostraba fehacientemente un reconocimiento para la aplicación de la prueba de daño en el momento de reservar la información. Sin embargo, derivado de la competencia reconocida en la propia ley al entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (IFAI), éste aprobó los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal (Lineamientos Generales para la APF).

En estos lineamientos se profundizaba sobre cada una de las causales de reserva que se contemplaban en la Ley Federal, estableciendo los casos en que se podían materializar cada una de ellas. Asimismo, delimitaban que, al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no sería suficiente que el contenido de la misma estuviera directamente relacionado con las materias que se protegían en dicho artículo, sino que debería también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitieran determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los principios tutelados por dicho precepto.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Cámara de Diputados, “Dictamen de la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública, con proyecto de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 985-I, 23 de abril de 2002.

<sup>74</sup> Lineamiento octavo de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

En otras palabras, el esquema de la prueba de daño que se desprendía de estos lineamientos tenía como objeto demostrar un daño presente, probable y específico con la divulgación de la información.

Sin embargo, para la aplicación de la prueba de daño resultó problemático, pues se exigía argumentar en favor de criterios vagos que demostraran un “daño presente, probable y específico”.<sup>75</sup> Aportar elementos solamente sobre estas referencias para realizar una prueba de daño resultaba muy confuso para los sujetos obligados, pues no existía un estándar claro de lo que debía entenderse por tales conceptos, además de que dicho estándar no obedece a la naturaleza del derecho de acceso a la información en su origen, sino a la libertad de expresión.<sup>76</sup>

Se puede añadir que este ejercicio no cumplía cabalmente con las exigencias de ser una herramienta que permitiera reducir la discrecionalidad a la hora de restringir el acceso a la información, pues bastaba con que se argumentara en el sentido del

---

<sup>75</sup> López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, p. 13.

<sup>76</sup> Por cierto, el estándar respecto del peligro claro y presente se transpoló del método de interpretación adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, denominado *Clear and Present Danger Test*, cuyo propósito era identificar que ciertas acciones de libertad de expresión suponían un peligro por aumentar considerablemente males sustantivos a bienes y derechos constitucionalmente protegidos, cuya intervención del Estado no sólo era deseable, sino necesaria. Los precedentes a través de los que se desarrolló esta teoría fueron *Schenck vs. United States*, *Debs vs. United States* y *Abrams vs. United States*, todos relativos a la divulgación de propaganda y discursos críticos a las acciones del gobierno norteamericano en tiempos de guerra. Cabe aclarar que en esos precedentes se sostuvo que dichas críticas, en tiempos de paz, no suponían un peligro claro y presente. Además, este test ha sido superado y perfeccionado por el que ahora se encuentra vigente, el *Imminent lawless action*, cuyo objeto sigue siendo la definición de los límites de la libertad de expresión, en tanto los discursos políticos pueden tener la intención de incitar una violación de la ley de manera inminente y probable. Para profundizar, véase Arias Castaño, Abel, *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

“daño” para reservar la información, pero no existía una exigencia que permitiera contrastar esos argumentos con el “beneficio” de la apertura de la información. Es decir, este ejercicio no era una verdadera ponderación de principios en el ámbito del acceso a la información.

Lo rescatable de este primer estándar es que se convertía en una exigencia para los sujetos obligados el comprobar un daño cuando se pretendía reservar cierta información. Sin embargo, este tipo de examen carecía de racionalidad y, por lo tanto, de legitimidad.

Para poner un ejemplo de la prueba de daño bajo este esquema, se rescatan los argumentos aludidos por la Consejería Jurídica en el recurso de revisión en materia de seguridad nacional resuelto por la Suprema Corte de Justicia el 3 de abril de 2017.<sup>77</sup>

El recurso derivó de la solicitud originaria en la que se pedían al Estado Mayor Presidencial los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota aérea a disposición de la Presidencia de la República durante el periodo de julio a octubre de 2014. El Estado Mayor Presidencial otorgó la información sólo respecto a las giras del presidente de la República, por lo que el solicitante se quejó ante el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de que su solicitud no se restringía sólo a esos vuelos, sino a los de todas las actividades para las que se hubieran utilizado las aeronaves oficiales de la Presidencia de la República. En la revisión, el INAI modificó la respuesta emitida por la Presidencia de la República y la instruyó para que notificara a la particular la disponibilidad de los itinerarios y las versiones públicas de planes de vuelo (esto es, la información relativa a los lugares, horas de salida y

---

<sup>77</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Recurso de Revisión en materia de seguridad nacional 01/2015, 3 de abril de 2017, publicado en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=187344>.

llegada, así como la ruta correspondiente a los aviones) de toda la flota aérea de que dispone el Estado Mayor Presidencial.<sup>78</sup>

De la anterior resolución, el consejero jurídico de la Presidencia de la República, con base en su facultad reconocida en la fracción VIII, apartado A, del artículo 6o. constitucional,<sup>79</sup> interpuso un recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la SCJN, bajo el argumento central de que la resolución del INAI que ordenaba entregar la información citada ponía en riesgo la seguridad nacional.

En el recurso, el consejero jurídico realizó la siguiente prueba de daño conforme al parámetro de la Ley Federal para sostener su argumento:<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Recurso de Revisión en materia de seguridad nacional 01/2015, 3 de abril de 2017, pp. 1-6.

<sup>79</sup> El párrafo séptimo de la fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce que las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. El consejero jurídico del gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso de que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

<sup>80</sup> Este cuadro se retoma de la propia resolución del recurso de revisión en materia de seguridad nacional citado, pp. 18-22. Si bien este recurso de revisión se resolvió en abril de 2017, el mismo se analizó a través del esquema previsto en la abrogada Ley Federal de Transparencia Acceso a la Información Pública Gubernamental, ya que la solicitud originaria del presente caso se presentó antes de que la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública entrara en vigor.

|               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|               | <p>1. <i>Peligro a la estabilidad del Estado mexicano (afectación a la integridad de máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal).</i></p> <p>— La información contenida en los itinerarios y planes de vuelo de la flota aérea a disposición del Estado Mayor Presidencial, al contener la programación, horarios, destinos, rutas y nombres de la tripulación de cada uno de los vuelos, sean pasados o futuros, implica que desde el momento en que se actualiza su difusión, ésta puede ser utilizada para el establecimiento o conocimiento de patrones específicos relacionados con la periodicidad de los viajes, los lugares, fechas y horas precisas donde se llevan a cabo con más frecuencia, así como las personas que habitualmente llevan a bordo.</p> <p>— Se trata de información estratégica que permite a dicho órgano técnico militar, desempeñar con eficiencia y eficacia sus funciones en materia de seguridad del titular del Ejecutivo y de otras personas a quienes se proporciona el servicio de transporte aéreo.</p> | <p>2. <i>Afectación de la misión del Estado Mayor (actividades de inteligencia y contrainteligencia y combate a la delincuencia organizada).</i></p> <p>La difusión de la información contenida en los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota aérea a disposición del Estado Mayor Presidencial, esto es, la programación, horarios, destinos y rutas de cada uno de los vuelos, sean pasados o futuros, implica el conocimiento de patrones específicos relacionados con la periodicidad de los viajes, los lugares, fechas y horas precisas donde se llevan a cabo con mayor frecuencia, lo cual constituye información estratégica que permite al órgano técnico militar desempeñar con eficiencia, eficacia y asertividad la misión general de proporcionar el servicio de transporte aéreo al presidente de la República, así como a los servidores públicos y demás personas que determine el propio titular del Ejecutivo Federal y, desde luego, garantizar su seguridad.</p> | <p>3. <i>Posibilidad de que se ponga en peligro la seguridad de la aviación.</i></p> <p>La información generada por el Estado Mayor Presidencial, a partir de la prestación del servicio de transporte aéreo, refleja datos de ubicación, duración de los vuelos y manejo de las aeronaves, dentro de un trayecto de terminado que, en casos futuros, podrían constituir elementos suficientes para que individuos o grupos delincuenciales realicen actos tendientes a vulnerar la seguridad de la aviación.</p> |
| Daño presente |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |

|               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |     |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|               | <p>— El conocimiento público de esta información podría traer como consecuencia que individuos o grupos delincuenciales utilicen estos datos para atentar en cualquier momento contra la integridad del presidente de la República, así como de los titulares de las secretarías de Estado, entidades paraestatales y la Procuraduría General de la República.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |     |
| Daño probable | <p>La divulgación de la información contenida en los itinerarios y planes de vuelo de la flota aérea del Estado Mayor Presidencial, así como de las personas que se transportan en ella, actualizan la probabilidad de que se comprometan directamente las condiciones de seguridad que se implementan por el órgano técnico militar para resguardar la vida e integridad física del titular del Ejecutivo Federal y los respectivos titulares de las secretarías de Estado, entidades paraestatales y la Procuraduría General de la República; máxime si se considera la existencia de dispositivos tecnológicos al alcance de cualquier persona, que pueden utilizarse para esos efectos.</p> | <p>La divulgación de los datos relacionados con los vuelos que realizan todas las aeronaves que integran la flota aérea del Estado Mayor Presidencial, tales como los lugares de origen y destino, horas de salida y de llegada, y las rutas de los aviones, permitiría que individuos o grupos delincuenciales conocieran los patrones específicos relacionados con la periodicidad de los viajes, lugares, fechas, horas y rutas donde se llevan a cabo con más frecuencia, lo que permitiría diseñar y poner en práctica, estrategias encaminadas a neutralizar los mecanismos de seguridad implementados por el órgano técnico militar, mermando así las actividades de inteligencia y contrainteligencia que efectúa para cumplir con sus misiones.</p> | --- |

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Daño específico | El acceso a la información podría conducir a que cualquier persona, incluso grupos de linquenciales, tengan un alto grado de certeza, la ubicación física en un lugar y tiempo determinados, de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal, lo cual vulnera las capacidades de acción y reacción de las actividades de seguridad que ejecuta el órgano técnico militar y, en consecuencia, estar en posibilidad de atentar en contra de la vida, salud e integridad de las citadas autoridades. | Mediante el conocimiento de los datos en cuestión, cualquier persona o grupo delincuencial cuenta con elementos suficientes para conocer con un alto grado de certeza, la ubicación física en un lugar y tiempo determinado, de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal, lo que podría vulnerar las actividades de acción y reacción de las actividades de seguridad del órgano técnico militar, incluyendo acciones de logística, necesarias para garantizar la seguridad del titular del Poder Ejecutivo federal y de las personas que lo rodean, así como las actividades de inteligencia y contrainteligencia necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, de manera eficaz y asertiva. | --- |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Esta argumentación en particular, y cualquiera que se presentara a través del viejo estándar de la prueba de daño, muestra deficiencias en tres sentidos.

En primer lugar, cuando se presenta un dilema moral o colisión de principios, siempre habrá argumentos de peso para sostener una u otra solución del conflicto, por lo que lo importante es elegir la solución más racional. Para asegurar la racionalidad, es necesario una estructura cierta que demuestre el balance entre las dos opciones.<sup>81</sup>

Lo anterior no se actualizaba en el viejo esquema de la prueba de daño. En el ejemplo, es claro que las argumentaciones que se vierten se dan únicamente en el sentido del daño que provocaría divulgar la información relativa a los itinerarios y planes de vuelo de la flota oficial de la Presidencia de la República.

Es evidente que un daño siempre podrá existir potencialmente cuando se divulgue información de este tipo, eso es inevitable. Por lo tanto, siempre habrá argumentaciones para demostrarlo. No obstante, mediante el viejo esquema de la prueba de daño, las argumentaciones sobre la importancia o el interés público de dar a conocer esa información en un contexto determinado no se tomaban en consideración para tomar la decisión.

En la prueba de daño del consejero jurídico, así como en la resolución de la SCJN, no se vislumbra en ningún sentido el interés público de dar a conocer la información. No existe un balance real entre seguridad nacional frente al interés público. Por lo tanto, podríamos decir que la decisión carece de racionalidad y no reduce la discrecionalidad de los sujetos obligados de reservar la información por seguridad nacional.

En segundo lugar, las categorías de daño “presente”, “probable” y “específico” constituían términos vagos, y los Lineamientos Generales para la APF no determinaban qué se debía

---

<sup>81</sup> Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos, 2015, pp. 198-213.

entender por tales. Esto provocaba que los sujetos obligados no tuvieran certeza sobre lo que implicaba demostrar tales daños, y recurrían, en su mayoría, a repetir el argumento en cada categoría.<sup>82</sup>

En el ejemplo de la Consejería Jurídica, podemos resumir los argumentos en que, de dar a conocer la información, se podría dar oportunidad para conocer la ubicación física de las autoridades del Poder Ejecutivo federal, lo que detonaría un terreno fértil para la constitución de delitos. Este argumento se utilizó, con algunas variantes, para acreditar tanto el daño presente como el probable y el específico.

Argumentar de acuerdo con estas tres categorías implicaba realizar una especie de *check-list* como mera formalidad para reservar la información. Estas categorías evitan en todo momento demostrar que el daño es mayor al interés público de conocer la información.

Por último, no existía certeza de quién era el responsable de realizar la prueba de daño, si las unidades administrativas que poseían la información en sus archivos o el Comité de Transparencia. Tampoco sabían cómo aplicarla, qué implicaba demostrar un daño presente, probable y específico, los alcances en un caso concreto. Ni el entonces IFAI pudo dar certeza de cómo aplicar la prueba de daño, lo que convalidó el ejercicio repetitivo de argumentos circulares para cumplir con el requisito formal de demostrar un daño.

Las anteriores deficiencias llevaron inevitablemente a que la prueba de daño se fortaleciera en el nuevo esquema de regulación en materia de transparencia.

---

<sup>82</sup> Hay que recordar que el test originario tenía como propósito analizar el daño probable, claro e inminente que los discursos y cualquier forma de libertad de expresión pudieran representar para valores jurídicamente protegidos, como la democracia, las instituciones, entre otros. Esta prueba no puede ser aplicada en el ámbito del derecho de acceso a la información, en tanto su naturaleza es completamente diferente.

## 2. *El nuevo estándar de la prueba de daño*

Para entender el propósito del nuevo estándar de la prueba de daño, valdría la pena rescatar los argumentos que se usaron en el Dictamen de la Ley General.<sup>83</sup>

Se aclaró, en el dictamen, que la iniciativa propone que el sujeto obligado en todo momento aplique una prueba de daño, lo que significa que en cada una de las solicitudes de información que tramiten deberán aplicarla cuando se pretenda reservar información pública.<sup>84</sup> Asimismo, que, debido a la complejidad y las implicaciones que conllevaba realizar una interpretación de derechos a través de la prueba de daño, se pensó en la posibilidad de que una instancia superior las realizara, a quien el sujeto obligado debiera exponer con mayor rigurosidad los motivos de la clasificación.<sup>85</sup> No obstante, se encargó a los propios sujetos obligados aplicar la prueba de daño, debido a la preocupación que existía de que pudieran clasificar información repetidamente y sin justificación.<sup>86</sup>

Los alcances de la prueba de daño que se reconocieron en el Dictamen son justificar que la divulgación de la información represente un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a un interés legítimo de seguridad nacional; que el riesgo del perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general, y que la limitación se adecúa al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Cámara de Senadores, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Anticorrupción y Participación Ciudadana, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, segunda; relativo a la Iniciativa que contiene el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, *Gaceta del Senado*, LXII/3SPO-105, 18 de marzo de 2015.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 257.

Así pues, en toda clase de reserva de información, el sujeto obligado debería demostrar, en cada caso, que la divulgación de dicha información genera un daño específico al principio de aquellos protegidos por el artículo 113 de la Ley General. Es decir, se requeriría de una ponderación de los principios en conflicto, para determinar que la publicidad de la información pone en riesgo a algún otro, a fin de conocer si, en su caso, procedería una reserva temporal del documento o se divulgaría la información, incluso en los casos más claros.<sup>88</sup>

Es importante resaltar esto último. El propio Dictamen reconoce el objetivo de una prueba de daño genuina: demostrar que el riesgo de daño es superior al interés público de conocer la información. Es por ello que se retomó como parámetro de aplicación el principio de proporcionalidad.

Otro de los puntos importantes que se establecieron en el Dictamen es la diferenciación que se hizo entre la prueba de daño y los requisitos de fundar y motivar cualquier acto de autoridad. Se puntualizó que la regla constitucional de fundar y motivar los actos no tiene relación con la generación de la prueba de daño, lo que no significa que las reservas no deban estar debidamente fundadas y motivadas.<sup>89</sup>

En otras palabras, se advierte que el dilema entre principios constitucionales no es posible resolverlos con la aplicación de un silogismo falso, pues no resuelve el problema de fondo, por eso la propuesta de realizar un examen más robusto a través de la prueba de daño.

Por último, en el Dictamen se previó que la prueba de daño pudiera representar una sobrecarga de trabajo para los sujetos obligados, en tanto que se trata de un acto que conlleva un análisis complejo, pues implica una valoración de colisión entre el principio de interés público y la seguridad nacional del Estado mexicano, por ejemplo. Incluso, la formulación de la prueba de

---

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 259.

daño pudiera atentar contra la claridad, sencillez y fácil comprensión del procedimiento de acceso a la información. No obstante, se sostuvo que la prueba de daño debía aplicarse por los sujetos obligados.<sup>90</sup>

Estos estándares se vieron reflejados en la aprobación de la Ley General y quedaron expresados de la siguiente manera:<sup>91</sup>

Artículo 103. En los casos en que se niegue el acceso a la información, por actualizarse alguno de los supuestos de clasificación, el Comité de Transparencia deberá confirmar, modificar o revocar la decisión.

Para motivar la clasificación de la información y la ampliación del plazo de reserva, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño.

Tratándose de aquella información que actualice los supuestos de clasificación, deberá señalarse el plazo al que estará sujeto la reserva.

Del artículo anterior se desprende que en cualquier clasificación de información como reservada, el comité de transparencia del sujeto obligado puede confirmar, modificar o revocar tal decisión. Después señala que el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño.

No es posible advertir si será el comité de transparencia el encargado de realizar la prueba de daño, pues sólo menciona que el sujeto obligado, en abstracto, deberá realizarla.<sup>92</sup> No obstante, esta confusión se profundiza con lo dispuesto en el párrafo terce-

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>91</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015.

<sup>92</sup> De conformidad con el artículo 43 de la Ley General, en cada sujeto obligado se integrará un Comité de Transparencia colegiado e integrado por número impar.

ro del artículo 100 de la Ley General, que establece que serán los titulares de las áreas de los sujetos obligados los responsables de clasificar la información.<sup>93</sup>

Más adelante profundizaremos sobre esta falta de certeza en el análisis del tratamiento de la prueba de daño al interior de los sujetos obligados.

El artículo 104 de la Ley General establece los parámetros del nuevo esquema de la prueba de daño:

Artículo 104. En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional;

II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y

III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

En primera instancia, la diferencia con el viejo esquema de la prueba de daño es que ya no se exige demostrar un daño, sino un riesgo que sea real, demostrable e identificable. El objetivo de la primera fracción es simplemente verificar que existe un riesgo de publicar determinada información para el interés público o la seguridad nacional. No implica, por el contrario, argumentar individualmente un riesgo real, un riesgo demostrable y un riesgo identificable, pues se entraría en la dinámica del viejo estándar de usar argumentos repetitivos, en categorías de definición vaga.

Por lo que respecta al segundo paso de la prueba de daño, consiste en que, una vez que se acreditó el riesgo, resulta ne-

---

<sup>93</sup> De conformidad con la fracción II del artículo 3o. de la Ley General, “Área” es la instancia que cuenta o puede contar con la información. Tratándose del sector público, serán aquellas que estén previstas en el reglamento interior, estatuto orgánico respectivo o equivalente.

cesario ponderarlo con el interés público general de que se funda esa información, demostrando que el primero supera al segundo.

La tercera fracción es una guía de cómo realizar dicha ponderación: a través del principio de proporcionalidad. Se deben explorar las alternativas a través de las cuales se puede conseguir un menor daño a los principios en pugna, o verificar que el medio que se eligió para reservar la información es el más benigno. Es decir, se debe determinar, en resumen, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la reserva de la información, frente al interés público de divulgarla.

Asimismo, el nuevo parámetro fue desmenuzado en los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información (Lineamientos Generales). El lineamiento trigésimo tercero establece los criterios que deben tomar en cuenta los sujetos obligados para la aplicación de aquel principio, los cuales vale la pena reproducir:

Trigésimo tercero. Para la aplicación de la prueba de daño a la que hace referencia el artículo 104 de la Ley General, los sujetos obligados atenderán lo siguiente:

I. Se deberá citar la fracción y, en su caso, la causal aplicable del artículo 113 de la Ley General, vinculándola con el Lineamiento específico del presente ordenamiento y, cuando corresponda, el supuesto normativo que expresamente le otorga el carácter de información reservada;

II. Mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y, por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público protegido por la reserva;

III. Se debe de acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate;

IV. Precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, a través de los elementos de un riesgo real, demostrable e identificable;

V. En la motivación de la clasificación, el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño, y

VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.

Del análisis de los requisitos que establece dicho lineamiento, podemos advertir que requiere ciertos elementos, como la ponderación de intereses o principios en conflicto, la acreditación del vínculo entre la difusión y la afectación, precisar las razones objetivas del riesgo de publicar la información contextualizado al caso en concreto, y que la opción de excepción que se elija debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la información.

Como se subrayó, de los estándares internacionales y lo reconocido en la normativa mexicana, para poder realizar la prueba de daño debe tomarse como referencia el principio de proporcionalidad. Los elementos citados en el párrafo anterior comprueban la necesidad de tomar como referencia al mismo.

No obstante, este entendimiento no sucedió así dentro de los sujetos obligados; sin embargo, ese análisis será profundizado en el capítulo correspondiente.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA DE DAÑO

Sobre el análisis de la prueba de daño, conforme a los estándares antes revisados, surgen algunas cuestiones que se involucran de manera indirecta con el desarrollo de esta investigación.

La primera es la interrogante de si la prueba de daño constituye un control de constitucionalidad, tomando como referencia que a través de ella se dirimen conflictos entre principios en materia de acceso a la información específicamente.

La segunda es la incidencia de la prueba de daño en un sistema democrático como el mexicano, en cuyo sistema jurídico se

implanta el derecho de acceso a la información como piedra angular de la democracia participativa. La prueba de daño es una herramienta fundamental no sólo para la protección de este derecho, sino para garantizar el fortalecimiento del sistema democrático en México, debido a que con ella se evitan restricciones innecesarias a uno de sus pilares como el acceso libre a información pública.

### 1. *¿Es la prueba de daño un control de constitucionalidad?*

La hipótesis que aquí se plantea es con la intención de dejar la puerta abierta para una extensión de la investigación en un futuro. Cuál es la vinculación de la prueba de daño con el constitucionalismo actual.

A la pregunta sobre si la prueba de daño es un control de constitucionalidad, debido a que aquella constituye una herramienta de interpretación de derechos fundamentales y solución de conflictos de principios constitucionales (acceso a la información, interés general, seguridad nacional, etcétera), saltarían diversas resistencias que dirían que no. Por ejemplo, el control de constitucionalidad a través de la jurisprudencia internacional y nacional se ha establecido solamente para la sede judicial. Otra resistencia sería que la prueba de daño es una herramienta que se encarga a los comités de transparencia de todos los sujetos obligados, lo que implicaría que dicho control se extendería en una magnitud inimaginable e incluso incontrolable. Sin embargo, vamos a aventurarnos a imaginar escenarios posibles.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, el ordenamiento jurídico mexicano se transforma para darle apertura a los instrumentos internacionales en la materia. Esta transformación constituye un cambio de paradigma, ya que las estructuras del mismo ordenamiento y la lógica de producción y reproducción de las normas internas han sido permeadas por normas y principios de carác-

ter internacional. Esta apertura, entre otras cuestiones, implica la recepción de los tratados e incorporación de éstos al derecho interno como normas constitucionales, así como el reconocimiento y aplicación del derecho y las jurisprudencias emanadas de jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano.<sup>94</sup>

Este reconocimiento del derecho internacional mediante la apertura de las normas constitucionales del Estado mexicano es una manifestación de lo que algunos autores han llamado la constitucionalización del derecho internacional, modelo que ha sido adoptado por varios Estados latinoamericanos desde finales del siglo pasado.<sup>95</sup>

De este nuevo modelo surge la figura del control de convencionalidad. Este control consiste esencialmente en verificar que una norma o un acto se ajuste a los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o alguna otra convención;<sup>96</sup> los parámetros de verificación incluyen no sólo las normas que componen el cuerpo de las convenciones, sino también los protocolos adicionales a la convención principal y la jurisprudencia de aquellos órganos facultados para emitir criterios de interpretación de las dos anteriores.

Aunque el control de convencionalidad ha sido una herramienta impulsada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que aquellos Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

---

<sup>94</sup> Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014, p. 1.

<sup>95</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 355-357.

<sup>96</sup> De acuerdo con el artículo 1o., párrafo segundo, el parámetro del control de convencionalidad en México es la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Para consultar el universo de tratados antes mencionados, se puede consultar en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/TI.html>.

apliquen el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia, algunos Estados han ampliado el “bloque de convencionalidad”, incluyendo otros instrumentos internacionales de organismos especializados en derechos humanos ajenos al sistema interamericano.<sup>97</sup>

Por lo tanto, el control de convencionalidad es una herramienta de verificación de una norma o acto para saber si se ajusta a los parámetros de todos los instrumentos internacionales y criterios en materia de derechos humanos emanados de los organismos internacionales de derechos humanos.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, específicamente el artículo 27 que establece el principio *pacta sunt servanda*, se señala concretamente, por un lado, que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, y, por otro lado, que no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas.<sup>98</sup>

Este principio ha sido reconocido y reforzado por los criterios de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar en su jurisprudencia que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, según el cual aquéllos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe. Además, las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones y sus efectos propios en el plano de su derecho interno.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de febrero de 1975. Para profundizar al respecto, véase Sagués, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 8, núm. 1, 2010, p. 120.

<sup>99</sup> *Cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párr. 35; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 25

De este principio se desprende el control de convencionalidad como medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, teniendo dos tipos de manifestaciones: el control “concentrado” o en sede internacional, ejercido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el control “difuso” o en sede interna, ejercido por los jueces nacionales.

Relativo al Estado mexicano, el *Caso Radilla Pacheco vs. México* es representativo del tema. La Corte Interamericana reiteró y especificó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos genera obligaciones específicas para los jueces del país; afirmó que éstos están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Asentó que el Poder Judicial debe ejercer el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.<sup>100</sup>

---

de noviembre de 2006, serie C, núm. 160, párr. 394, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 4 de julio de 2007, serie C, núm. 166, párr. 104. Asimismo, *cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de noviembre de 1999, serie C, núm. 59, considerando 3; *Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1o. de septiembre de 2010, considerando 3, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1o. de septiembre de 2010, considerando 5.

<sup>100</sup> El fallo plantea otras obligaciones que deben ser cumplidas por el Estado mexicano más allá del control de convencionalidad, por ejemplo, respecto a las tareas de investigación del Estado mexicano en materia de desaparición forzada o sobre el alcance del fuero castrense. Fajardo Morales, Zamir A., *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*, disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/>

En atención a dicha resolución internacional, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México emitió la sentencia del expediente Varios 912/2010, en la que expresa que todos los jueces del país tienen obligación de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, acorde al modelo general de control establecido constitucionalmente.<sup>101</sup>

Como vemos, la interpretación de la jurisprudencia internacional en México apunta a que el control de constitucionalidad se debe aplicar únicamente en sede judicial, no obstante de que se trata de un modelo de interpretación en que se examina una norma o acto a la luz del parámetro de regularidad.

Lo anterior se contradiría con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se desprende la obligación de cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), desde el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.<sup>102</sup>

Si bien la naturaleza de los órganos jurisdiccionales y administrativos es distinta, ambos tienen el deber de salvaguardar la vigencia de los derechos humanos, particularmente el derecho

---

*files/material\_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf* (fecha de consulta: abril de 2014).

Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

<sup>101</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010, resolución dictada por el Tribunal en Pleno el 14 de julio de 2011, ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, publicada en el *DOF* el 4 de octubre de 2011, párr. 31.

<sup>102</sup> Para profundizar sobre estas características, consultar en Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 135-165.

de acceso a la información como objeto de nuestra investigación, por lo que deberían hacer todo lo posible en su intervención de vigilar los parámetros a través de los cuales se aplica y se interpreta el mismo.<sup>103</sup>

Así lo entendió la Corte Interamericana a través del *Caso Gelman vs. Uruguay* (20 de marzo de 2013), en el que estableció que el deber de aplicar el control de convencionalidad *ex officio* no se encuentra reservado única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, sino que se extiende a toda autoridad de representación democrática directa o indirecta, teniendo como límite de actuación el ámbito de sus competencias.<sup>104</sup>

Esta consideración vertida por la Corte Interamericana es determinante para definir los alcances del control de convencionalidad, pues extrae el deber de mantener la vigencia del orden convencional a los jueces, para distribuirlo a toda clase de autoridad.<sup>105</sup>

Sin embargo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Tesis 2a. CIV/2014, realizó una interpretación contraria a lo establecido por la jurisprudencia interamericana en el *Caso Gelman vs. Uruguay*. En la tesis afirmó que las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, ya que implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para la interposición de un medio de defensa. En todo caso, están facultadas para interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Del Rosario Rodríguez, Marcos, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 33, julio-diciembre de 2015, p. 159.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> Tesis 2a. CIV/2014 (10a.), “Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, p. 1097.

Para contradecir este criterio, es necesario citar los niveles en que se ejerce un control de constitucionalidad en México:<sup>107</sup>

- 1) *Interpretación conforme en sentido amplio*: ello significa que las autoridades del país deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- 2) *Interpretación conforme en sentido estricto*: ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, las autoridades deben preferir aquella que hace a la ley acorde con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar vulnerar el contenido de estos derechos.
- 3) Cuando las dos alternativas no son posibles, se puede acudir a la inaplicación o declaración de invalidez de las normas, que está reservada para el Poder Judicial de la Federación.

Es decir, el primer nivel de control de constitucionalidad es el de la interpretación conforme, que implica que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Esto echa por tierra la afirmación de la Segunda Sala de la Suprema Corte, que afirma que las autoridades administrativas no están facultadas para ejercer un control de constitucionalidad, sino que sólo están facultadas para interpretar las normas

---

<sup>107</sup> SCJN, Expediente Varios 912/2010, resolución dictada por el Tribunal en Pleno el 14 de julio de 2011, ministra ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, publicada en el *DOF* del 4 de octubre de 2011, párr. 33.

conforme al principio pro persona. Esta contradicción interna lo único que permite concluir es que las autoridades administrativas sí están facultadas para realizar un control de constitucionalidad a través de una interpretación conforme.

Es el caso de la prueba de daño. Por ejemplo, a través de la prueba de daño se ventilan conflictos normativos que deben ser interpretados conforme al parámetro del derecho de acceso a la información. Supongamos que el sujeto obligado desea reservar una información relacionada con las personas que han cometido delitos y han sido sentenciadas (protegiendo así intereses privados). No obstante, se comprueba que el interés de conocer esa información es mayor que el daño que provocaría, por tratarse de información relevante para la sociedad mexicana (principio de máxima publicidad).

De esta manera, se puede afirmar inicialmente que la prueba de daño constituye una manera de ejercer un control de constitucionalidad en sede administrativa, ya que a través de ella se protegen principios reconocidos en el parámetro de constitucionalidad y se dejan de observar normas o actos contrarios a las finalidades de éste (*i. e.* contrarias al derecho de acceso a la información como un elemento esencial de las sociedades democráticas), aunque tomando como referencias las limitaciones competenciales de los sujetos obligados.

Esto detonaría una segunda preocupación relacionada con su aplicación funcional y correcta por parte de los sujetos obligados. La prueba de daño se aplica por los comités de transparencia que, en suma, son más de mil órganos colegiados de esta naturaleza. Por lo mismo, no debe realizarse cualquier aplicación ni interpretación, ya que en ello se encuentran involucrados intereses de la sociedad mexicana protegidos por la Constitución mexicana.

Es importante que estos sujetos obligados conozcan los parámetros y alcances para poder aplicar adecuadamente dicha prueba a la luz del principio de proporcionalidad. Esta investigación

radica justamente en ese propósito, en profundizar sobre el sustento teórico del principio de proporcionalidad como solución al conflicto entre principios, y una posterior profundización y explicación de éste para entender su aplicación en materia de acceso a la información.

## 2. *La prueba de daño como palanca democratizadora*

El proceso a través del cual se aplica y se interpreta la prueba de daño en materia de acceso a la información es un campo que ofrece oportunidades serias para la consolidación de varios intereses nacionales. El primero, se refiere a una protección efectiva a un derecho fundamental. El segundo, a que el efecto que se tiene en una protección del acceso a la información de las personas se traduce en el fortalecimiento de la participación democrática de ésta en los asuntos públicos que les conciernen. El tercero, que el procedimiento argumentativo que se lleva a cabo en la prueba de daño al interior de los sujetos obligados y, en última instancia, en los órganos rectores de la materia, se convierte en una deliberación a través de la cual se procesan los temas e intereses que a la sociedad le atañen, tales como la definición de interés público, seguridad nacional, acceso a la información, seguridad pública, etcétera.

Estas deliberaciones son la base que dan legitimidad a las decisiones democráticas, en el sentido de que a través de ellas se ventilan los desacuerdos profundos y razonables que caracterizan a una sociedad; estos desacuerdos son la base de una democracia. El diálogo que se lleva a cabo a través de herramientas como la prueba de daño sirve como mecanismos a través del cual la democracia convierte las preferencias auto interesadas en preferencias imparciales y racionales.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro*, Madrid, Nueva época, vol. 16, núm. 2, 2013, p. 19.

En este tipo de revisiones y de procesos argumentativos se dota de contenido a los principios que convergen en el derecho de acceso a la información, y, además, se pone a disposición de la sociedad temas que le son relevantes y que contribuyen a la formación de una opinión pública que potencia la crítica a las formas en que se deliberan ciertas cuestiones.

En última instancia, los argumentos cada vez se van perfeccionando hasta convertirse en una forma de representación argumentativa del pueblo, en un fortalecimiento a la representatividad y participación democrática de la sociedad.<sup>109</sup>

La intención de este trabajo es señalar el papel importante que juegan herramientas como la prueba de daño, a través de la cual se vierten argumentaciones que dotan de contenido a un derecho fundamental, y en última instancia a la propia Constitución.

Como se analizó en el primer apartado, los estándares internacionales en la materia apuntan a que las restricciones al derecho de acceso a la información deben realizarse de manera excepcional y siempre ponderando el daño a dicho derecho. La intención de esto es la salvaguarda de los intereses y principios que convergen en el mismo, resaltando la importancia que tienen en el fortalecimiento democrático de los Estados.

Por lo tanto, es importante que no cualquier procedimiento deba pasar por la prueba de daño, ya que si no se cumple con los parámetros mínimos de su aplicación, no se reduciría la discrecionalidad de la reserva de la información. Entre mayor discrecionalidad exista en una resolución que reserva información, mayor afectación existe en el derecho para la persona que lo ejerce, pero también en la construcción del contenido en general de éste. Por lo tanto, a más discrecionalidad, menor democracia.

Es importante una aportación metodológica que sirva como guía para que se pueda aplicar de manera correcta la prueba de daño en sus diferentes facetas, para fortalecer el estándar de ésta

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 27.

y para que se respete su estructura, con la finalidad de que las argumentaciones que se viertan en un análisis de este tipo sean transparentes y legítimas, y que dejen de prevalecer los intereses políticos por encima de los intereses de la sociedad.

Será una tarea ardua poder consolidar su implementación, pero los horizontes que promete son importantes para la construcción de instituciones más democráticas.

Los estándares de la prueba de daño en México harán de esta herramienta una metodología a seguir en diversas latitudes del mundo, ya que salvaguarda eficazmente el derecho fundamental de acceso a la información.

## CAPÍTULO TERCERO

### LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN LOS SUJETOS OBLIGADOS

En el presente capítulo se analiza la forma en que se aplica la prueba de daño en los sujetos obligados. Para ello se retoman los trabajos que realizan la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), el Instituto Nacional Electoral (INE) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a través de sus comités de transparencia, y el tratamiento que le dan a la prueba de daño internamente.

De un rastreo sobre varios sujetos obligados, se puede afirmar que el trabajo que realizan los tres seleccionados son los más destacados; en primer lugar, porque la normativa interna, la conformación de sus órganos y las resoluciones de sus comités de transparencia, especialmente el esquema en que se clasifica la información, son sencillos de ubicar y claros en su planteamiento; en segundo lugar, porque en sus ejercicios argumentativos aluden a la exigencia normativa de aplicar una prueba de daño, conforme al parámetro del artículo 104 de la Ley General.

De cada sujeto obligado seleccionado se analizan tres resoluciones relacionadas con la reserva de la información y la prueba de daño, desde una perspectiva de los estándares antes analizados. Cabe resaltar que las resoluciones fueron elegidas de manera aleatoria de entre aquellas que reservaban información, procurando que a través de éstas se analizaran causales diversas de reserva.

El análisis busca resaltar tres elementos. En primer lugar, la reglamentación del esquema de reserva de información en gene-

ral y la aplicación de la prueba de daño en particular. Es decir, si la previsión normativa al interior de los sujetos obligados genera certeza o no respecto a la obligación de aplicar una prueba de daño. Y en este caso, a quién se encarga su realización.

En segundo lugar, las argumentaciones vertidas para justificar la prueba de daño. La revisión busca encontrar si las justificaciones para reservar información atienden, por lo menos, al espíritu del nuevo estándar de la prueba de daño, relativo a demostrar que el riesgo de publicar determinada información supera al beneficio, y si con ello han superado el viejo estándar discrecional.

Por último, el papel que juegan los comités de transparencia respecto a la revisión de la reserva de la información.

El análisis anterior nos llevará en las conclusiones a determinar, por un lado, si se está entendiendo adecuadamente el esquema de la nueva prueba de daño al interior de los sujetos obligados, y, por otro lado, si su aplicación está siendo correcta, tanto por la designación del órgano encargado para ello como por la racionalidad de los argumentos que se usan.

## I. LA PRUEBA DE DAÑO EN LA UNAM

El Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México (Reglamento de la UNAM) es la normativa interna que adopta las disposiciones establecidas en la Ley General.

En él se define a la prueba de daño como la acreditación y argumentación con elementos objetivos de que la divulgación de alguna información representa un perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional, de acuerdo con los supuestos establecidos por el artículo 104 de la Ley General.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México, artículo 2o., fracción XX.

Una parte importante del Reglamento de la UNAM es que establece claramente que la obligación para realizar la prueba de daño recae en las áreas universitarias, en el momento en que éstas clasifican la información como reservada, y será el Comité de Transparencia el que confirme, modifique o revoque dicha clasificación.<sup>111</sup>

Para la aplicación de la prueba de daño, el Reglamento de la UNAM retoma los estándares establecidos en la Ley General y exige demostrar que la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional; que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación de la información supera el interés público de que se difunda, y la limitación se adecúa al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.<sup>112</sup>

A partir de lo anterior, se analizan tres resoluciones del Comité de Transparencia de la UNAM, para exponer de qué manera se aplican y revisan las pruebas de daño.

### 1. *Análisis de la Resolución CTUNAM/011/17*

Los antecedentes de esta resolución derivan de la solicitud de acceso a la información en la que se pide “el acta que contiene los resultados para la plaza de técnico académico ordinario asociado c, tiempo completo interino con número de registro 54127-56 que fue enviada al Consejo Técnico de Humanidades para su anuencia el 11 de octubre de 2016”.<sup>113</sup>

En respuesta a la misma, el área correspondiente de la UNAM informó que la información solicitada tenía el carácter de reservada, en virtud de que correspondía a procedimientos

<sup>111</sup> *Ibidem*, artículo 38.

<sup>112</sup> *Ibidem*, artículo 39.

<sup>113</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución CTUNAM/011/17, 27 de enero de 2017, p. 1.

de valoración académica, por lo que se ajustaba al supuesto de reserva contemplado en el artículo 113 de la Ley General.<sup>114</sup> En el mismo informe, se realiza la prueba de daño de la siguiente manera.

Primero, aclaró que la información solicitada, por la etapa en que se encontraba dicho concurso, no era jurídicamente posible que pudiera ser proporcionada, debido a que el mismo se encontraba *sub iudice*, o en proceso deliberativo pendiente de resolver por las instancias o cuerpo competentes para su desahogo.<sup>115</sup>

Por lo anterior, la información antes señalada fue clasificada como reservada por el periodo que durara el proceso concursal, o bien, hasta en tanto se eliminara la causal que daba origen a la reserva.

Ante los anteriores argumentos, una vez que se sometió a consideración del Comité de Transparencia de la UNAM dicha respuesta, éste solicitó al área que especificara la información que se solicitaba clasificar como reservada y que remitiera la prueba de daño que sustentara tal reserva.<sup>116</sup> Es decir, no consideró suficientes los argumentos que realizó el área para acreditar la prueba de daño.

En respuesta a dicho requerimiento, el área informó que la solicitud de mérito se refería al concurso para ingreso abierto en el Instituto de Investigaciones Estéticas (IIEs), para ocupar una plaza de técnico académico, asociado “C”, de tiempo completo, interino, en el área de Investigación Documental, con actividades en el Archivo de Concentración de I, plaza número 54127-56, en el que resultó ganadora la Lic. María del Carmen Sifuentes Rodríguez.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> La fracción VIII de artículo 113 reconoce la causal de reserva de información relativa a la que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

<sup>115</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución CTUNAM/011/17, 27 de enero de 2017, p. 3.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 7.

Sin embargo, el proceso concursal aún no concluía, pues se debía esperar a que transcurriera el plazo estatutariamente establecido para la interposición, de ser el caso, de los recursos de revisión que pudieran interponer los concursantes. En caso de que no se hubiere interpuesto ningún recurso, la resolución del Consejo Técnico de Humanidades se consideraría firme y se procedería al trámite del nombramiento de la académica ganadora.<sup>118</sup>

En virtud de lo anterior, el área concluyó que toda la documentación que integraba el concurso era considerada como información reservada.

Una vez que el Comité de Transparencia de la UNAM contó con todos estos elementos, en su resolución concluyó que la información a que hacía alusión el área correspondiente se debía considerar como reservada debido a que, según los documentos que la Coordinación de Humanidades remitió a ese órgano colegiado, el proceso no había concluido, por lo que de otorgarse el acceso a la información de dicho proceso deliberativo se pondría en riesgo el resultado de éste.<sup>119</sup>

Como conclusión preliminar del análisis de esta resolución, se advierte que el Comité de Transparencia de la UNAM en este caso no realizó ninguna prueba de daño, sino sólo se limitó a revisar y ordenar que el área correspondiente la formulara adecuadamente.

De los argumentos vertidos por el área para acreditar la prueba de daño, también se advierte que sustenta su reserva en la adecuación del caso con una causal prevista en el artículo 113 de la Ley General, relacionada con opiniones o puntos de vista que formen parte de un proceso deliberativo, hasta en tanto no sea adoptada una decisión. Bajo esta razón, como no había concluido el proceso de designación de la plaza, entonces se consideró que se podía poner en riesgo el resultado final.

---

<sup>118</sup> *Idem.*

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 11.

Sin embargo, de la revisión argumentativa no se acreditaron las fases de la prueba de daño establecidas en el artículo 104 de la Ley General y el propio Reglamento de la UNAM, especialmente la comprobación de que el riesgo de publicar la información superaba al interés general de divulgarla, y la adecuación de esta comparación con el principio de proporcionalidad.

## 2. *Análisis de la Resolución CTUNAM/073/17*

En la solicitud originaria de este asunto se pidió de la UNAM, “el escrito de denuncia (con nombres de los solicitantes) que fue ingresado a la Dirección de la Facultad de Ciencias de la UNAM, por un grupo de trabajadores afiliados al STUNAM, en contra de uno de los seis representantes que conforman la Delegación Sindical de esa facultad, así como la respuesta de la propia Dirección”.<sup>120</sup>

En respuesta a la solicitud, el área correspondiente informó que existía imposibilidad jurídica para proporcionar la información solicitada, toda vez que del escrito de denuncia se desprendía la posible existencia de conductas lesivas de la esfera jurídica-laboral de los denunciantes; esta circunstancia conllevaba a que las autoridades de esa Facultad se encontraran efectuando una deliberación sobre el inicio de un procedimiento de investigación administrativa. Siendo esto así, la información solicitada por el peticionario formaba parte de un proceso deliberativo del cual aún no se había tomado una decisión definitiva.<sup>121</sup>

Por lo anterior, se reservó la información bajo la causal prevista en la fracción VIII del artículo 113 de la Ley General.

Del conocimiento de esta respuesta, el Comité de Transparencia ordenó al área que remitiera la prueba de daño que acreditara tal reserva de información.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Comité de Transparencia de la UNAM, Resolución CTUNAM/073/17, 10 de marzo de 2017, p. 1.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 3.

En respuesta a dicho requerimiento, el área informó complementariamente que la información solicitada por el peticionario representaba un riesgo real, demostrable e identificable para el interés público y para los particulares involucrados, en virtud de que el escrito de denuncia solicitado por el peticionario versaba sobre la potencial comisión de conductas lesivas de la esfera jurídica-laboral de los denunciantes; luego entonces, la entrega de la información en ese momento implicaría que la identidad de los quejosos se difundiera con prelación al inicio de un procedimiento de investigación administrativa, y esto representaría un riesgo a la seguridad de los denunciantes, ya que se podrían ejercer represalias en su contra, lo cual actualizaba la causal de reserva citada anteriormente.<sup>123</sup>

De la revisión de estas argumentaciones, el Comité de Transparencia de la UNAM consideró que no se colmaban los requisitos para que surtiera la causal de reserva en comento, pues la información que se pretende reservar no consiste en opiniones, recomendaciones o puntos de vista de los servidores públicos que participan en el proceso deliberativo.<sup>124</sup>

Además, consideró que no se acreditaron los elementos de la prueba de daño previstos en el artículo 39 del Reglamento de la UNAM y no se acreditaba que existiera un procedimiento, y por ende no había en curso un proceso deliberativo.<sup>125</sup>

Por lo anterior, el Comité de Transparencia de la UNAM resolvió revocar la clasificación de reserva de la información solicitada, en virtud de que no se acreditaba la prueba de daño, no sin antes clasificar la información confidencial debidamente para la protección de los datos personales contenida en la misma.<sup>126</sup>

Como conclusión preliminar podemos advertir que en esta resolución el Comité de Transparencia fue más estricto en cuanto

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 16.

a la acreditación del daño como motivo de reserva de la información. Como no se acreditó el daño ni la causal de reserva invocada, la decisión fue revocar la determinación del área y ordenar que se entregara la información.

Nuevamente, se encargó la realización de la prueba de daño al área correspondiente, y el Comité solamente se limitó a revisarla.

Esta resolución es ejemplar, en cuanto pone exigencias para demostrar en todas sus facetas la prueba de daño si es que se quiere reservar información. De lo contrario, bajo el principio de máxima publicidad, toda información debe hacerse pública en tanto no se acredite el riesgo del daño que provocaría ello.

### 3. *Análisis de la Resolución CTUNAM/21/16*

Este caso resulta sumamente interesante para el análisis de esta investigación, en relación con la aplicación de la prueba de daño y la interlocución que realizaron los mismos órganos del sujeto obligado para acreditar la reserva de la información.

La solicitud que originó este asunto trataba sobre una petición de información relacionada con las ratas de laboratorio que se usan en la UNAM para la experimentación en sus laboratorios.<sup>127</sup>

En respuesta, el área correspondiente advirtió que la información solicitada se ajustaba al supuesto contemplado en los artículos 104, fracción I, y 113, fracción V, de la Ley General, en virtud de que se ponía en riesgo a los animales, las instalaciones donde se desarrollan actividades de investigación y enseñanza, al personal que trabaja en ellas, la investigación y enseñanza misma que requiere uso de animales, y la cadena de análisis, evaluación, prueba y producción de productos médicos y farmacéuticos.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución CTUNAM/21/16, 14 de octubre de 2016, p. 1.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 2.

Además, el área profundizó al respecto argumentando que este tipo de información ha conducido en muchos países, incluido México, a ataques a las unidades que albergan a los animales y a los académicos que trabajan con ellos. El manejo irrestricto y descontextualizado de esta información podía conducir a ataques o atentados que pudieran afectar el bienestar de los propios animales, la conducción de importantes investigaciones (incluyendo el desarrollo de nuevos medicamentos) y la formación de recursos humanos, así como la integridad física de la comunidad universitaria.<sup>129</sup>

Del conocimiento de esta respuesta, el Comité de Transparencia determinó ordenar a los titulares de las áreas involucradas que explicaran de manera presencial al mismo, los argumentos que consideraban importantes para sostener la clasificación de la información.

De la revisión de los argumentos vertidos por las áreas a través de sus oficinas y de manera presencial, el Comité de Transparencia consideró que la divulgación de la información no ponía en riesgo la vida, seguridad o salud de las personas que trabajan en los bioterios; no obstante haber manifestado que han sufrido atentados, no demostraron fehacientemente en circunstancias de tiempo, modo y lugar, o con documentos comprobatorios, esos hechos ocurridos dentro de la universidad.

Además, el Comité consideró que la información que proporcionan las áreas es insuficiente para acreditar los elementos que integran la prueba de daño, toda vez que la información que suministran sólo tiende a la manifestación del riesgo de perjuicio que supondría la divulgación, sin que se logre demostrar que la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 13.

Añadió que tanto la Ley General como el Reglamento de la UNAM en la materia establecen que es indispensable acreditar que la difusión de la información puede poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona, y desde ese punto de vista, el vínculo entre el daño a la seguridad de las personas no se acreditaba conforme a los parámetros de la prueba de daño reconocidos en el artículo 104 de la Ley General.<sup>131</sup>

Por lo anterior, el Comité de Transparencia de la UNAM decidió revocar la clasificación de reserva de la información invocada por el área correspondiente.

Del análisis de esta resolución se advierten dos cuestiones relevantes. La primera es que la formulación de la prueba de daño por parte del área fue limitada, en virtud de la interpretación errónea del parámetro establecido en el artículo 38 del Reglamento de la UNAM y en el artículo 104 de la Ley General, pues consideró que tan sólo con acreditar una fracción de éste era suficiente para reservar la información. La segunda es que el parámetro de revisión del Comité de Transparencia fue exigente en cuanto a la acreditación de los elementos que constituyen la prueba de daño, ya que los argumentos vertidos por el área eran válidos para sostener un riesgo probable, pero no fueron suficientes para cubrir todas las exigencias que implica la realización de la prueba de daño.

El ejercicio que realiza el Comité de Transparencia es ejemplar, en el sentido de que deja como facultad exclusiva la realización de la prueba de daño a las áreas, sin que se involucre en la realización de ésta. Es decir, la aplicación se fortalece en tanto el Comité revoca las reservas de información, lo que exige argumentaciones más sólidas por parte de las áreas.

## II. LA PRUEBA DE DAÑO EN EL INE

Derivado de las reformas en materia de transparencia y de la publicación de la Ley General, el INE adecuó su normativa interna

---

<sup>131</sup> *Idem.*

en abril de 2016 y aprobó su Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Reglamento del INE).

En el Reglamento se reconoce que serán los titulares de las áreas los responsables de clasificar la información de conformidad con la normativa en la materia. Sin embargo, puntualiza que si la clasificación deriva de la recepción de una solicitud de acceso a la información, se deberán exponer los motivos que la justifiquen y aplicar una prueba de daño, y el Comité será quien confirme, modifique o revoque la clasificación correspondiente.<sup>132</sup>

Asimismo, se reconocen causales de reserva adicionales a las reconocidas en el artículo 113 de la Ley General, de acuerdo con las atribuciones del propio INE, acotando que para reservar información bajo esas causales se deberán fundar y motivar a través de la aplicación de la prueba de daño.<sup>133</sup>

También se reconoce la regulación de la prueba de daño en el Reglamento del INE, y rescata el mismo parámetro del artículo 104 de la Ley General, obligando a las áreas a justificar que la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional; el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y la limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.<sup>134</sup>

Al igual que en el Reglamento de la UNAM, en el INE también se encarga la aplicación de la prueba de daño a las áreas, y el Comité sólo funge como autoridad revisora. Asimismo, retoma los parámetros del nuevo esquema de la prueba de daño reconocidos en la Ley General.

<sup>132</sup> Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 13.

<sup>133</sup> *Ibidem*, artículo 14, párr. 2.

<sup>134</sup> *Ibidem*, artículo 14, párr. 3.

A continuación, se analiza la aplicación de la prueba de daño por parte de los órganos del INE.

### 1. *Análisis de la Resolución INE-CT-R-0255-2017*

Los antecedentes del presente asunto se originan en la solicitud de información que pedía los informes de fiscalización del Partido Revolucionario Institucional.<sup>135</sup> De la información solicitada, el área correspondiente del INE reservó el dato relativo a los números de cuentas bancarias del PRI, debido a que consideró que con su difusión se estaría revelando información directamente vinculada con actividades de prevención de delitos.<sup>136</sup>

Además, agregó que la difusión pública del dato citado facilitaría que cualquier persona interesada en afectar el patrimonio del titular de la cuenta realice conductas tendentes a tal fin y tipificadas como delitos, con lo que se ocasionaría un serio perjuicio a las actividades de prevención de los delitos que llevan a cabo las autoridades competentes.<sup>137</sup>

Puntualizó que la publicidad de los números de cuenta bancarios en nada contribuye a la rendición de cuentas o a la transparencia de la gestión gubernamental; esto es, un número de cuenta bancario, como tal, no refleja el desempeño de los servidores públicos, sino, por el contrario, su difusión podría actualizar un daño presente, probable y específico a los principios jurídicos tutelados por la propia Ley General.<sup>138</sup>

Por lo tanto, el área reservó la información conforme a las causales relativas a la afectación de la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas monetarias, cambiaría o del sistema financiero del país; obstruya las actividades de veri-

---

<sup>135</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0255-2017, 30 de junio de 2017, p. 1.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>138</sup> *Idem*.

ficación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones, y obstruya la prevención o persecución de los delitos.<sup>139</sup>

Asimismo, tomando en consideración la obligación de realizar una prueba de daño en el momento en que se decide reservar información, el área la aplicó de la siguiente manera:<sup>140</sup>

- 1) *Por daño presente.* La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional. En este sentido, el área consideró que la divulgación de la información relativa a los números de cuenta revelaría información que sólo el titular o personas autorizadas poseen, para el acceso o consulta de información patrimonial del PRI, así como para la realización de operaciones bancarias de diversa índole. Por lo tanto, cualquier persona interesada en afectar el patrimonio del titular de la cuenta puede realizar conductas tendentes a ser tipificadas como delitos, con lo que se ocasionaría un serio perjuicio a las actividades del Instituto.
- 2) *Daño probable.* El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda. Al respecto, el área argumentó que entregar los números de cuenta de los partidos políticos provocaría un riesgo demostrable, toda vez que su difusión facilitaría que cualquier persona interesada realizara conductas tipificadas como delitos.
- 3) *Daño específico.* La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio. El área advierte que la difusión de los números de cuenta revelaría información

<sup>139</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 113, fracciones IV, VI y VII.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

directamente vinculada con su patrimonio, y que de ser pública, se prestaría a manipulación o desviación de recursos, que podrían poner en riesgo la estabilidad de los partidos, comprometiendo actividades de verificación, inspección y auditoría de los recursos con que cuenta, e incluso persecución de delitos.

Una vez que el Comité de Transparencia del INE tuvo conocimiento de esta información, realizó el mismo análisis que el área correspondiente y la validó en sus términos.

Como conclusión, el Comité decidió que la reserva estaba bien realizada y se adecuaba a los supuestos normativos citados, por lo que no era procedente entregar la información requerida tal y como se solicitaba.<sup>141</sup>

Ahora bien, del análisis de los argumentos vertidos en esta resolución es interesante resaltar lo siguiente. En primer lugar, el área sostuvo argumentos válidos sobre las razones por las que se debía reservar la información; además, puntualizó acertadamente que la información relativa a los datos de la cuenta bancaria del PRI en nada contribuía a la rendición de cuentas o a la transparencia de la gestión gubernamental. Asimismo, agregó que un número de cuenta bancario, como tal, no refleja el desempeño de los servidores públicos, sino, por el contrario, su difusión podría actualizar un daño presente, probable y específico a los principios jurídicos tutelados por la propia Ley General.<sup>142</sup>

En otras palabras, el argumento vertido de esta manera se encontraba encaminado a comprobar que en realidad el riesgo que pudiera provocar la divulgación de la información era superior al interés de conocerse, pues en nada podía contribuir al tema de transparencia.

Lamentablemente, esta argumentación quedó eclipsada con la aplicación de la prueba de daño. Como se nota en esta re-

---

<sup>141</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0255-2017, 30 de junio de 2017, p. 13.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 7.

solución, el área sigue pensando la aplicación de ésta a través del viejo esquema, lo que se refleja al sobreponer las categorías antaños de daño presente, probable y específico a los nuevos requerimientos. Además, en nada se relacionan unos con otros; es decir, el daño probable no implica que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda.

No obstante, el Comité de Transparencia tuvo la oportunidad de corregir dicho ejercicio, pero sólo lo confirmó. Esto provoca que una aplicación errónea se consolide.

## 2. *Análisis de la Resolución INE-CT-R-0244-2017*

En la solicitud originaria del presente caso se pidió del INE el padrón de afiliados del Partido Acción Nacional, que la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos solicitó para la verificación de su registro.<sup>143</sup>

Dicha área informó que la información solicitada se encontraba clasificada como reservada temporalmente hasta en tanto la resolución del Consejo General del INE, sobre la solicitud de registro o la conservación de éste, según correspondiera, hubiera quedado firme.<sup>144</sup>

Como prueba de daño de la reserva, el área argumentó sobre las tres categorías del viejo esquema.

Respecto al daño presente, consideró que difundir la información solicitada pondría en peligro el principio de certeza jurídica respecto al requisito del número mínimo de afiliados para la conservación del registro como partidos políticos nacionales.<sup>145</sup>

El daño probable se manifestaba con la probabilidad de generar afectación a los principios rectores del INE, así como el pro-

---

<sup>143</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0244-2017, 22 de junio de 2017, p. 1.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>145</sup> *Idem*.

yecto de resolución respectivo del Consejo General del INE, debido a la difusión de la información requerida por la solicitante.<sup>146</sup>

Consideró que el daño específico se actualizaba toda vez que la afectación a los principios rectores del INE se vería materializada al momento de la entrega de la información, afectando la construcción del proyecto de resolución citado.<sup>147</sup>

De igual forma, el Comité de Transparencia del INE se limitó a citar los argumentos vertidos por el área para determinar la adecuación de la prueba de daño y la causal de reserva de la información. Además, sobrepuso las categorías del viejo esquema a los del nuevo esquema, tal como analizamos en el asunto anterior. Como conclusión de dicho análisis, confirmó la respuesta del área.<sup>148</sup>

Con esta resolución podemos advertir una constante confusión del nuevo esquema de la aplicación de la prueba de daño, y la resistencia por parte del INE de abandonar las categorías vagas del viejo esquema. La aplicación de la prueba de daño a través de categorías como daño presente, probable y específico sigue siendo una determinación discrecional de reserva de la información, pues cualquier argumento podría pasar como tales daños.

### 3. *Análisis de la Resolución INE-CT-R-0067-2017*

El último asunto que analizaremos del INE se origina con la solicitud de información en la que se pide copia certificada del escrito de agravio dirigido a un vocal ejecutivo de la Junta Local Ejecutiva en el Estado de Sinaloa.<sup>149</sup>

El área correspondiente informó que la información solicitada se encontraba reservada temporalmente, toda vez que la do-

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>149</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0067-2017, 24 de febrero de 2017, p. 1.

cumentación solicitada formaba parte del expediente integrado por denuncia instaurada en contra de la funcionaria pública en comento, la cual se encontraba en proceso de investigación.

En la reserva, el área invocó las causales relativas a aquella información que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, así como la causal de que se obstruyan los procedimientos para fincar responsabilidad a los servidores públicos, en tanto no se haya dictado una resolución administrativa, y afecte los derechos del debido proceso.<sup>150</sup>

Tal como se describió en los asuntos anteriores, el área realizó la prueba de daño invocando el artículo 104 de la Ley General, pero sobreponiendo las categorías del viejo esquema:<sup>151</sup>

- 1) *Daño presente*. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional. Ante esto, el área aseguró que no era posible entregar el documento solicitado debido a que formaba parte del expediente instaurado por un procedimiento administrativo en contra de una funcionaria electoral, proceso que aún no había concluido, por lo que se pondría en riesgo su integridad, nombre e imagen pública, así como los principios rectores del INE del cual forma parte, ocasionando un daño irreparable al propiciar juicios por adelantado de hechos presuntivos de un tema del cual no se ha confirmado, careciendo de validez hasta que llegue el resolutivo y cause estado.
- 2) *Daño probable*. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación superaba el interés público general de que se

---

<sup>150</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 13, fracciones VIII, IX y X.

<sup>151</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0067-2017, 24 de febrero de 2017, pp. 4 y 5.

difunda. Al darse a conocer información que concierne a un procedimiento administrativo en investigación, existe la posibilidad de generar un impacto directo a la fama y buen nombre de la funcionaria en el ambiente laboral al cual pertenece.

- 3) *Daño específico*. La limitación se adecuaba al principio de proporcionalidad y representaba el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio. El área argumentó sobre esta categoría en aras de no afectar los principios rectores del Instituto, ante la carencia de validez en algún supuesto relatado por medio de un escrito. Asimismo, se trataba de un procedimiento administrativo contra una funcionaria del INE, por lo que se debía salvaguardar su buen nombre, fama e integridad física, por lo que habría de limitarse la información para su uso público de la documentación concerniente al proceso resolutivo, hasta que se concluya con el proceso deliberativo.

Nuevamente, el Comité de Transparencia se limitó a citar los argumentos vertidos por el área correspondiente a su respuesta y transcribió la prueba de daño que aplicó, confirmando la reserva de la información.

Como vemos, los argumentos que se vierten para “probar” las categorías del viejo esquema de la prueba de daño son repetitivos, no abundan sobre el riesgo de la divulgación ni tampoco desentrañan el papel del interés público de divulgar dicha información. Aunque no exista tal interés o sea mínimo, la obligación en la aplicación de la prueba de daño es demostrar que el riesgo es superior a éste.

No obstante lo anterior, podemos decir que los órganos y áreas del INE siguen empantanados con la argumentación de un esquema que no se adecua a los nuevos parámetros reconocidos para la aplicación de la prueba de daño, previstos en el artículo 104 de la Ley General.

### III. LA PRUEBA DE DAÑO EN LA SCJN

La situación normativa en la SCJN es *sui generis*. Al interior de ésta, no se ha aprobado un reglamento definitivo en materia de transparencia y acceso a la información hasta este momento. Sin embargo, para adoptar los estándares de la Ley General, se aprobó el “Acuerdo General de Administración 05/2015, del tres de noviembre de dos mil quince, del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se expiden los Lineamientos Temporales para regular el procedimiento administrativo interno de acceso a la información pública, así como el funcionamiento y atribuciones del Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” (Lineamientos Temporales de la SCJN).

En estos Lineamientos se reconoce que las áreas son las responsables de clasificar la información como reservada o confidencial, y en caso de que se realice dicha clasificación con motivo de una solicitud de acceso a la información, deberán remitir dicha respuesta a la Unidad General de Transparencia para que ésta, a su vez, la turne al Comité de Transparencia para su valoración.<sup>152</sup>

Entre las atribuciones que se le reconocen al Comité de Transparencia de la SCJN, está la de confirmar, modificar o revocar las determinaciones de las instancias en las que se señale que la información solicitada es inexistente, confidencial o reservada.<sup>153</sup>

Los Lineamientos Temporales de la SCJN no reconocen la obligación de aplicar la prueba de daño ni el órgano que debe realizarla. No obstante, a continuación se analizan tres resoluciones del Comité de Transparencia de la SCJN en donde se trata el tema de la prueba de daño.

<sup>152</sup> “Lineamientos Temporales para regular el procedimiento administrativo interno de acceso a la información pública, así como el funcionamiento y atribuciones del Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, artículo 16.

<sup>153</sup> *Ibidem*, artículo 13.

## 1. *Análisis de la Resolución CT-VT/A-18-2017*

En la solicitud que originó el presente asunto se pedía de la SCJN, información relativa a los vehículos comprados y destinados a los servidores públicos, marca, modelo y tipo de cada vehículo, así como su valor de factura.<sup>154</sup>

En la respuesta del área correspondiente, se informó sobre todo lo solicitado, reservando la información relativa a los vehículos blindados de la SCJN, bajo la causal de reserva relativa a comprometer la seguridad nacional,<sup>155</sup> ya que dar esa información permitía dar a conocer las estrategias adoptadas institucionalmente para velar por la seguridad de los ministros, por lo que podía ponerse en riesgo la vida, seguridad o salud de éstos.<sup>156</sup>

Con esta información, el Comité de Transparencia de la SCJN analizó dicha reserva. En su resolución, consideró que los estándares de la Ley General exigen que en la verificación de la clasificación de reserva de información, además de la realización de un examen casuístico y de justificación fundado y motivado, se desarrolle la aplicación de una prueba de daño. El Comité entendió lo anterior como el estándar que implica ponderar la divulgación de la información frente a la actualización de un daño.<sup>157</sup>

Añadió que la instancia requerida entendió que la información se encontraba reservada, al estimar actualizadas las hipótesis dispuestas en el artículo 113, fracción I, de la Ley General. Sin embargo, más allá de tal identificación, el Comité de Transparencia de la SCJN encontró que el supuesto que también se materializaba era el correspondiente a la fracción V del precepto en

---

<sup>154</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-VT/A-18-2017, 8 de marzo de 2016, pp. 1 y 2.

<sup>155</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 113, fracción I.

<sup>156</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-VT/A-18-2017, 8 de marzo de 2016, p. 3.

<sup>157</sup> *Ibidem*, pp. 10 y 11.

cuestión, relativo a poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física.<sup>158</sup>

Recordó que en una resolución anterior el Comité había determinado que la difusión sobre el blindaje en vehículos de este alto tribunal sí podía afectar la seguridad nacional, en la medida en que podía ponerse en riesgo la eficacia de las acciones destinadas a proteger la estabilidad de los poderes de la unión, lo cual se actualizaba cuando la información proporcionada permitía conocer las medidas adoptadas para velar por la seguridad de los titulares del órgano cúpula del Poder Judicial de la Federación.<sup>159</sup>

Los vehículos blindados constituyen un bien para facilitar las funciones constitucionales de dichos titulares, por lo que revelar los datos que permiten identificar los vehículos en que se transportan podía permitir su identificación, situación que hace vulnerable su seguridad personal poniendo en riesgo su vida.<sup>160</sup> De la misma forma, consideró que la información que podía poner en peligro las funciones a cargo de la Federación, tendentes a preservar la vida, seguridad, integridad y el ejercicio de las personas, efectivamente compromete a la seguridad pública, y en tal tenor deviene en reservada.<sup>161</sup>

Una vez establecido lo anterior, el Comité de Transparencia realizó un análisis específico de la prueba de daño. En él, estimó que la valoración de la prueba de daño debía entenderse a partir de los elementos que de manera categórica inciden, por una parte, en el reconocimiento de bienes al servicio de los ministros de ese alto tribunal que pudieran incidir en la identificación de éstos, y por consecuencia los pongan en riesgo.<sup>162</sup>

Argumentó que lo anterior es así porque, bajo el contexto explicado, la divulgación de la información conllevaría que se pu-

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>162</sup> *Idem*.

diera ubicar al servidor público, lo que implicaba un riesgo real, demostrable e identificable para su integridad y salud, frente a lo que necesariamente debía rendirse el interés público en el acceso a cierta información; lo que además resulta menos restrictivo.<sup>163</sup>

Por lo anterior, el Comité de Transparencia de la SCJN decidió confirmar la reserva de la información.

De esta resolución es necesario rescatar el ejercicio que se realiza de la prueba de daño. La prueba no se encargó al área correspondiente; ante su reserva, el Comité de Transparencia la realizó aludiendo a los parámetros que se reconocen en la Ley General. Este ejercicio es novedoso en comparación con los dos sujetos obligados anteriores que se analizaron.

Sin embargo, a pesar de que cita los parámetros adecuados de la prueba de daño y afirma que los mismos se acreditan en el presente caso, los argumentos no demuestran cómo se llegó a esa conclusión, sino que se realiza una simple deducción de que la divulgación de la información podría generar un daño, por lo que es superior al interés de conocerla y es el medio menos restrictivo.

## 2. *Análisis de la Resolución CT-CI/A-5-2016*

El presente asunto se originó de la petición de dar a conocer la cantidad erogada por los once ministros por conceptos de viáticos, hospedaje y transportación, a través de copia de facturas.<sup>164</sup>

El área correspondiente informó que la información solicitada se encontraba clasificada como parcialmente reservada, ya que algunos datos contenidos en las facturas de gastos de los ministros podían proporcionar patrones de comportamiento de éstos.<sup>165</sup>

Esta reserva se fundamentó en las causales que establecen que se puede clasificar como información reservada aquella cuya

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>164</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-CI/A-5-2016, 4 de septiembre de 2017, p. 1.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 4.

publicación comprometa la seguridad nacional o pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física.<sup>166</sup>

Con este razonamiento, el Comité de Transparencia de la SCJN conoció del presente asunto, en el que consideró, además, que la difusión de datos que obren en facturas como las solicitadas sí podía afectar la seguridad nacional, en la medida en que puedan poner en riesgo las acciones destinadas a proteger la estabilidad de los poderes de la unión.<sup>167</sup>

De acuerdo con el propio Comité, lo anterior se actualizaba porque la información proporcionada permitía establecer indicadores sobre las costumbres, preferencias o algún otro aspecto relacionado con las actividades cotidianas que fuera de sus despachos realizan el o los titulares de uno de esos poderes.<sup>168</sup>

Incluso, dada la trascendencia de las funciones que desarrollan los servidores públicos que ocupan cargos de esa naturaleza, el Comité consideró que también podía sostenerse, válidamente, que los datos que permiten establecer esos indicadores pueden poner en riesgo la vida, seguridad o salud de las personas físicas que encarnan esos órganos.<sup>169</sup>

Por lo tanto, tratándose de las facturas que comprueban los gastos realizados por concepto de viáticos y hospedaje de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la delimitación del derecho de acceso a la información y de los bienes constitucionales consistentes en el interés público y la seguridad nacional, el Comité de Transparencia de la SCJN consideró que dichos argumentos permitían concluir que la información contenida en ellas debía reservarse, pues su divulgación permitía identificar los patrones de conducta que siguen esos servidores públicos en las actividades que realizan fuera de su oficina, en

---

<sup>166</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 113, fracciones I y V.

<sup>167</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-CI/A-5-2016, 4 de septiembre de 2017, p. 14.

<sup>168</sup> *Idem.*

<sup>169</sup> *Idem.*

la medida en que su difusión representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a algunos de los bienes constitucionales.<sup>170</sup>

Citó que los datos como la identificación del establecimiento, la razón social, la dirección, el teléfono, el fax, el correo electrónico, el registro federal de contribuyentes y la cédula de identificación fiscal contenidos en las facturas representan un riesgo en tanto que a partir del análisis del cúmulo de datos era posible establecer indicadores sobre sus costumbres o preferencias, poniendo en riesgo su vida o seguridad, y, por ende, la estabilidad de la institución.<sup>171</sup>

Sobre la prueba de daño, el Comité de Transparencia consideró que no requería del desahogo de medio de prueba alguno, sino únicamente precisar las razones objetivas por las que la divulgación de la información generaría una afectación a alguno o a los dos bienes constitucionales antes referidos.<sup>172</sup>

Por lo anterior, concluyó que debía confirmarse la reserva de la información por razones de seguridad nacional y protección de la seguridad personal de los ministros.

Cabe señalar que esta resolución fue objeto de análisis del INAI mediante Recurso de Revisión RRA 1216/17, en el que determinó que la causal relativa a la seguridad nacional no se actualizaba en el presente caso, sino solamente la relativa a la seguridad personal. Por lo tanto, ordenó al Comité de Transparencia de la SCJN modificar su resolución.

Del análisis de esta resolución resulta relevante destacar, en primer lugar, el argumento del Comité de Transparencia de desestimar la aplicación de la prueba de daño, debido a que estimó que era suficiente precisar razones objetivas por las que la divulgación de la información generaría una afectación a alguno o a los dos bienes constitucionales, relativos a la seguridad nacional y la seguridad personal.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 18.

Es decir, incumplió deliberadamente la aplicación de la prueba de daño, pues el Comité de Transparencia de la SCJN estimó que eran evidentes las razones para reservar la información.

En este asunto no se profundiza sobre el interés de dar a conocer la información y su relación con la rendición de cuentas de los servidores públicos, ni se realiza una ponderación entre ésta y el daño que causaría. Como citamos anteriormente, es evidente que la divulgación de la información de esta naturaleza siempre representa un riesgo; no obstante, es necesario demostrar que es suficiente como para no atender al principio de máxima publicidad.

### 3. *Análisis de la Resolución CT-CI/A-11-2017*

Este asunto se originó ante la solicitud de información relativa al número de elementos de seguridad que están asignados a los servidores públicos de alto nivel y el número de empresas de seguridad que están contratadas para dicho servicio o de qué dependencia pública se otorgan.<sup>173</sup>

El área correspondiente informó en su respuesta que la información solicitada no podría divulgarse, ya que se relacionaba con quienes ocupan la titularidad del máximo órgano de uno de los poderes de la unión. Por lo tanto, debía clasificarse como reservada debido a que su divulgación podría poner en riesgo la seguridad nacional y la integridad o seguridad personal de los ministros.<sup>174</sup>

Para fortalecer dicha reserva, argumentó que de difundirse la información solicitada existía un alto riesgo de que los datos proporcionados pudieran vulnerar la seguridad, integridad e, incluso, la vida de los funcionarios con los que se relaciona, ya que pudieran divulgarse elementos de identificación o localización,

---

<sup>173</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-CI/A-11-2017, 29 de mayo de 2017, p. 1.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 3; Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 113, fracciones I y V.

costumbres, o difundir cualquier otro aspecto o circunstancia que pusieran en riesgo su vida o su seguridad.<sup>175</sup>

El área estimó que al proporcionarse el número de personal de seguridad que, en su caso, tuviera asignado cada uno de los ministros y sus familiares, se estaría comprometiendo su seguridad al develar y difundir la capacidad de fuerza con que contara cada uno para su protección, haciendo vulnerable o nula la estrategia de protección y seguridad que en su caso se destinara a la salvaguarda de la vida y la salud de los señores ministros.<sup>176</sup>

En su oportunidad, el Comité de Transparencia de la SCJN abundó sobre los razonamientos que sostenían la reserva del área.

En su resolución argumentó que cuando la información proporcionada permite conocer las medidas adoptadas para velar por la seguridad de los titulares del órgano cúpula del Poder Judicial de la Federación, como el número de elementos que realizan esa labor o si personas ajenas al alto tribunal —dependencias públicas o empresas privadas— intervienen en esas tareas, puede poner en riesgo la seguridad, la salud o la vida de las personas físicas que encabezan el máximo órgano de impartición de justicia, toda vez que pudieran divulgarse elementos de identificación o localización, estrategia, costumbres, o difundir cualquier otro aspecto o circunstancia que pusieran en riesgo su seguridad, con las consecuentes implicaciones en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>177</sup>

Bajo ese razonamiento, consideró que la información solicitada debía reservarse conforme a la causal relativa a la protección de la seguridad e integridad personal de los ministros.<sup>178</sup>

Posteriormente, el Comité de Transparencia de la SCJN puntualizó que en el caso en concreto debía arribarse a una conclusión que permitiera la adecuada armonización del derecho de

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>176</sup> *Idem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>178</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 113, fracción V.

acceso a la información y la protección de las personas físicas, frente a un posible riesgo a su seguridad, salud o incluso su vida, sin que ello implicara restringir en mayor o menor medida el referido derecho humano, sino fijar sus límites atendiendo a las particularidades del caso concreto.<sup>179</sup>

En ese sentido, conforme a los parámetros de la prueba de daño del artículo 104 de la Ley General, consideró que se debe justificar el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación de la información, situación que consideró verificada con los argumentos que ya se habían formulado. Por lo tanto, concluyó que debía reservarse la información solicitada.

Las particularidades de esta resolución que resultan importantes resaltar son que, en primer lugar, la aplicación de la prueba de daño nuevamente es una tarea que asume el Comité de Transparencia de la SCJN. Este ejercicio permite una profundización en los argumentos para sostener la reserva. En segundo lugar, se advierte que el parámetro de la prueba de daño es claro para el propio Comité, incluso el objetivo de ésta es bien descrito en su resolución, al explicar que es necesaria la armonización del derecho de acceso a la información y la protección de las personas físicas que encabezan el Poder Judicial de la Federación.

No obstante, al realizar una buena introducción que pudiera encaminar las argumentaciones posteriores, éstas no se realizan por parte del Comité. Es decir, advierte que es necesario realizar una ponderación entre el acceso a la información y la seguridad de las personas, pero no la realiza; no demuestra que el riesgo de la divulgación de la información es superior al interés de conocerla.

Por último, en esta resolución el Comité de Transparencia de la SCJN ya no estimó la causal de seguridad nacional como motivo para reservar información que pudiera poner en riesgo la integridad de los ministros, aunque el área correspondiente la invocó en su respuesta.

---

<sup>179</sup> Comité de Transparencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución CT-CI/A-11-2017, 29 de mayo de 2017, p. 10.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN LOS SUJETOS OBLIGADOS

Este capítulo se encargó de brindar un breve panorama del estado de cosas en relación con la prueba de daño en el nuevo esquema de acceso a la información. Como conclusión general, podemos advertir que existe una necesidad real y urgente de adoptar el nuevo estándar para la solución de conflictos en materia de acceso a la información. Los obstáculos que existen para su implementación son varios y de diversa naturaleza. A continuación, se abordan los más relevantes.

##### 1. *Ambigüedad normativa en la identificación del responsable de la prueba de daño*

Como citamos anteriormente, de la interpretación de la Ley General se genera una confusión en cuanto a la obligación de aplicar la prueba de daño. El artículo 100 de la ley refiere que serán los titulares de las áreas de los sujetos obligados los responsables de clasificar la información. Por su parte, el artículo 103 menciona que, en los casos en los que se niegue el acceso a la información por actualizarse alguno de los supuestos de clasificación, el Comité de Transparencia del sujeto obligado deberá confirmar, modificar o revocar la decisión.

El mismo artículo 103 agrega que para motivar la clasificación de información se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá aplicar una prueba de daño.

De su interpretación pareciera que el artículo 103 mandata al Comité de Transparencia, quien es el encargado de confirmar, modificar o revocar las reservas de información, la aplicación de la prueba de daño.

No obstante, también cabe la posibilidad de que, a través de una interpretación del artículo 100, sean las áreas quienes deban aplicar la prueba de daño desde el momento de la clasificación de la información.

Esta ambigüedad ha quedado reflejada en la práctica. Como vimos, tanto la UNAM como el INE, en su reglamentación interna, reconocen que son las unidades administrativas las que realizan la prueba de daño. El Comité de Transparencia de la UNAM se limita a la revisión de éstas; el Comité de Transparencia del INE no sólo revisa, sino que en ocasiones complementa la prueba de daño.

En cambio, aunque en la SCJN no esté explícito en su normativa interna, en los casos que analizamos vimos que es su Comité de Transparencia el que realiza la prueba de daño para revisar la reserva de información efectuada por el área.

No obstante, de los ejercicios revisados anteriormente es posible advertir que si los sujetos obligados cuentan con una reglamentación adecuada sobre el tema de la prueba de daño, esto genera mayor certeza en cuanto a su aplicación y revisión, independientemente a quién se encargue su ejercicio.

La postura más razonable es que sea el Comité de Transparencia el que aplique la prueba de daño, no sin antes contar con todos los elementos que las áreas poseedoras de la información pudieran proporcionar. Por ejemplo, el ejercicio realizado por el Comité de Transparencia de la UNAM en la Resolución CTU-NAM/21/16, antes analizada, es ejemplar en cuanto a la exigencia a las áreas de demostrar que en realidad el daño que pudiera provocar la divulgación de la información que poseen no sólo es real, sino que supera al beneficio de garantizar el derecho de acceso a la información. En ese caso, el Comité no sólo se conformó con las argumentaciones vertidas por el área responsable en relación con el riesgo, sino que realizó un ejercicio de interlocución directa con ella para contar con mayores elementos y dilucidar el fondo del asunto.

Lo anterior es así, ya que los nuevos estándares para su aplicación exigen un esfuerzo argumentativo especializado para poder ponderar principios que colisionan. Esta argumentación no puede dejarse en manos de cada titular del área, quienes, entre las diversas tareas cotidianas que realizan, muchas veces no están familiarizados con argumentar desde el principio de proporcionalidad.

Además, la prueba de daño sirve como estándar para revisar si una reserva está bien formulada o no, situación que fortalecería las actividades del Comité de Transparencia, el cual está facultado para confirmar, modificar o revocar esas reservas. Esto se complementa con la siguiente consideración relacionada con la interpretación constitucional a través de la prueba de daño.

## *2. Necesidad de argumentos racionales en la prueba de daño*

Como se citó en el capítulo correspondiente, la prueba de daño constituye una manera de ejercer un control de constitucionalidad en sede administrativa, ya que es a través de ella que se protegen principios reconocidos en el parámetro de constitucionalidad y se dejan de observar normas o actos contrarios a las finalidades de éste (*i. e.* contrarias al derecho de acceso a la información como un elemento esencial de las sociedades democráticas), aunque tomando como referencias las limitaciones competenciales de los sujetos obligados.

Esto detonaría una segunda preocupación relacionada con su aplicación funcional y correcta por parte de los sujetos obligados. La prueba de daño generalmente se encarga a las áreas de los sujetos obligados, y en pocas ocasiones es una tarea que asumen los comités de transparencia que, en suma, son miles de órganos o áreas que pueden realizar esta verificación.

Por lo mismo, no debe realizarse cualquier aplicación ni interpretación, ya que en ello se encuentran involucrados intereses de la sociedad mexicana protegidos por la Constitución mexicana.

na, y a través de las argumentaciones que se hacen o se dejan de hacer, el estándar del derecho fundamental de acceso a la información se ve fortalecido o debilitado.

Es importante que estos sujetos obligados conozcan los parámetros y alcances para poder aplicar adecuadamente dicha prueba a la luz del principio de proporcionalidad, para así reducir la discrecionalidad en las decisiones de los sujetos obligados. Esta investigación radica justamente en ese propósito, profundizar sobre el sustento teórico del principio de proporcionalidad como solución al conflicto entre principios, y una posterior profundización y explicación de éste para entender su aplicación en materia de acceso a la información.

### 3. *Falta de metodología adecuada*

Una de las dificultades para materializar los nuevos estándares es que ni la Ley General ni los Lineamientos Generales establecen cómo realizar la prueba de daño, puesto que simplemente proporcionan los criterios que debe cumplir dicho ejercicio y sus resultados, lo que puede postergar un verdadero examen de proporcionalidad en materia de acceso a la información.

Si con el viejo esquema ya era difícil demostrar un daño presente, probable y específico, ahora, con la exigencia elevada en el nuevo esquema, es mucho más complicado. Es por eso que los sujetos obligados siguen aplicando el viejo estándar, por ser de fácil demostración a través de argumentaciones repetitivas.

No obstante, esto debe transformarse, pues es una exigencia constitucional velar por el principio de máxima publicidad como rector en las actuaciones de los sujetos obligados y de los órganos encargados en la materia. La propia exposición de motivos de la Ley General reconocía que la finalidad de la prueba de daño era terminar con el ejercicio discrecional de reservar cualquier información de manera fácil.

Por tal motivo, se considera necesaria la construcción de una metodología para realizar adecuadamente una prueba de daño al interior de los sujetos obligados. Por esta razón, en el siguiente capítulo se profundiza sobre el principio de proporcionalidad como método para ponderar racionalmente principios, y, en el último capítulo, se formula una propuesta metodológica que fusiona la naturaleza del principio de proporcionalidad con el nuevo estándar de la prueba de daño, tomando como referencia que su aplicación no debe representar un obstáculo para las funciones de los órganos en materia de transparencia, pues eso también retrasaría su consolidación.

## CAPÍTULO CUARTO

### EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS

La prueba de daño es la herramienta interpretativa para realizar la ponderación de principios colisionantes en materia de acceso a la información, cuya finalidad es validar que la reserva de información y la preferencia por uno de éstos —seguridad nacional, orden público, relaciones internacionales, etcétera— es idónea, necesaria y proporcional.

Para entender los fundamentos y la racionalidad de las herramientas interpretativas de este tipo en un sistema jurídico, a través de las cuales se ponderan principios y que van más allá de interpretaciones subsuntivas de reglas aplicadas a casos en concreto, es necesario entender la naturaleza y comportamiento de los principios.<sup>180</sup>

La afinación que Robert Alexy propone a través del principio de proporcionalidad para entender la naturaleza de los principios y resolver racionalmente sus colisiones ayuda a entender en su justa dimensión a la prueba de daño.

Uno de los problemas que enfrenta la prueba de daño en la realidad es que es aplicada de manera restrictiva y limitada, a

---

<sup>180</sup> La teoría principalista afirma que el derecho está compuesto por dos tipos de normas: reglas y principios. Como su nombre lo expresa, el objeto de estudio de esta teoría son los segundos, en cuanto a identificar su estructura y comportamiento dentro de un sistema jurídico. Sobre la evolución de la teoría principalista, se abordó en la siguiente tesis de grado, Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, *La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2019.

través de interpretaciones subsuntivas, como se detalló en el capítulo anterior. Es decir, en los casos en que se estudia la posible reserva de información, el ejercicio que normalmente se realiza para validarla es la subsunción a la causal aplicable, y no una ponderación de principios.

La importancia de entender, someramente, los postulados de la teoría principialista y el principio de proporcionalidad ayuda a conocer el verdadero propósito de la prueba de daño: ponderar principios. Para una reserva de información, no basta con que se interprete de manera literal la norma, es necesario hacer un balance entre los principios en conflicto; en este caso, el interés general de difundir cierta información que resguarda el derecho de acceso a la información, frente a la protección de intereses también generales que tutela el principio de seguridad nacional.

En otras palabras, mientras no se atienda el verdadero espíritu de la prueba de daño, y se sigan realizando interpretaciones y restricciones subjetivas del derecho de acceso a la información y de los principios que convergen en el mismo, estos últimos se seguirán desnaturalizando y debilitando.

Por lo tanto, la importancia de aplicar de manera correcta una prueba de daño favorece al respeto e integridad de la naturaleza de los principios que convergen en el derecho fundamental de acceso a la información. En caso contrario, interpretaciones restrictivas inhiben un desarrollo adecuado de los derechos fundamentales y una consolidación de sociedades racionales y democráticas.

## I. LOS PRINCIPIOS SEGÚN ROBERT ALEXY

Para Robert Alexy, la diferencia que realiza Dworkin entre reglas y principios constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no podría existir una teoría adecuada de los límites ni una teoría satisfactoria de la col-

sión, y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.<sup>181</sup>

Alexy precisa que las reglas y los principios pueden categorizarse como normas, ya que ambos son formulaciones deónticas que mandatan un deber ser (mandato, permiso o prohibición), son razones para ello, aunque las razones que contienen son de un tipo muy diferente. De esta manera, la distinción entre reglas y principios es, en principio, la distinción entre dos tipos de normas.

Con la anterior afirmación se comparte la concepción de que la naturaleza del derecho se compone de reglas y principios, y de esta manera se reafirma la separación con los postulados del positivismo, que concebía al derecho compuesto de un solo tipo de normas.<sup>182</sup>

Los criterios correctos para distinguir atinadamente entre reglas y principios, según Robert Alexy, se presentan a continuación.

### 1. *Los principios como mandatos a optimizar*

Este primer criterio de diferenciación se fundamenta en la validez de las normas. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.<sup>183</sup>

Lo anterior implica que los principios son mandatos, ya que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento de-

---

<sup>181</sup> Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 894.

<sup>182</sup> Sobre la evolución de la teoría principialista, véase Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, *La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad*, cit., pp. 70-103.

<sup>183</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 y 87.

pende de las posibilidades reales y jurídicas. En cambio, si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que ella exige, ni más ni menos, lo que provocaría, *contrario sensu*, la invalidez de aquellas reglas contrarias a la aplicable al caso en concreto, diferencia que abajo se desarrollará.<sup>184</sup>

Esta primera diferencia que puntualiza Robert Alexy ayuda a entender que ésta es cualitativa y no de grado; es decir, un principio no es superior a una regla o viceversa, sino que su comportamiento en la interpretación y aplicación del derecho hace la diferencia entre ambos. Asimismo, introduce las posibilidades fácticas como factores importantes para la aplicación de los principios en los casos en concreto.

Este razonamiento echaría por tierra la pretensión de encontrar una “única respuesta correcta”, pues sería contradictorio con la naturaleza de los principios. Alexy sugiere que la aplicación de los principios en los casos difíciles dependerá de los factores reales y jurídicos.

## 2. *La derrotabilidad de las reglas y los principios*

La colisión es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles. La forma en que se soluciona esta colisión refleja otras diferencias entre el comportamiento de las reglas y los principios.<sup>185</sup> Por ejemplo, en los conflictos de reglas la solución reside en introducir cláusulas de excepción que declaren la no vigencia de una de las reglas, o que una prevalezca sobre la otra de manera absoluta.<sup>186</sup>

El caso que usa Robert Alexy para ilustrar este conflicto es el que se da entre la prohibición de abandonar el salón antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarlo en caso de alarma de incendio; es decir, estas reglas conducen a juicios

---

<sup>184</sup> *Idem.*

<sup>185</sup> *Idem.*

<sup>186</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona si la segunda regla se configura como una excepción a la primera: no se puede abandonar el salón hasta que suene el timbre de salida, excepto cuando se active la alarma de incendio.<sup>187</sup>

Las excepciones a las reglas no pueden ser enunciadas de manera conclusiva debido a que las circunstancias que darán origen a casos futuros no pueden ser previstas del todo, es por esto que la naturaleza de las reglas siempre admitirá la recepción de excepciones a la misma. En otras palabras, las reglas son derrotables.<sup>188</sup>

No obstante, si no es posible solucionar este conflicto a través de la excepcionalidad, entonces una de las reglas debe ser declarada inválida y expulsada del ordenamiento jurídico. Esta consecuencia deriva de la validez jurídica de las reglas: una regla vale o no vale jurídicamente, no es posible mantener dos juicios contradictorios vigentes.

En el caso de las colisiones de principios, la solución es diferente. Cuando dos principios colisionan, uno de los dos debe ceder ante el otro, sin que por ello pierda vigencia definitiva, de manera casuística y atendiendo a las características del caso.<sup>189</sup>

Lo que sucede con los principios es que, conforme a las circunstancias del caso en concreto, uno de ellos precede al otro. Es decir, cuando los principios colisionados tienen diferente peso en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas para la solución del conflicto, debe prevalecer el que tenga mayor peso, sin que esto implique que el principio no elegido pierda vigencia, ni se expulse del sistema jurídico, y, aún más, tampoco implica que la solución debe ser la misma, pues deberán atenderse a las posibilidades reales y jurídicas concretas.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 88.

<sup>188</sup> Carsten Bäker, “Reglas, principios y derrotabilidad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 37, 2014, p. 33.

<sup>189</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 131.

<sup>190</sup> La relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede

A esta solución Alexy la denomina “ley de colisión”, en la cual se reafirma que entre los principios no existe una relación de precedencia absoluta, sino una precedencia condicionada con ocasión al caso en concreto. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta.<sup>191</sup>

Recordemos que los principios para Robert Alexy son mandatos a optimizar. La optimización de los principios se encuentra directamente relacionada con las circunstancias dadas; por lo tanto, los principios son aplicados en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas, no aceptan excepciones y, derivado de ello, no son derrotables.<sup>192</sup>

Por lo tanto, la diferencia entre ambas normas es que los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la vigencia, mientras que las colisiones de principios tienen lugar más allá de la dimensión de la vigencia, en la dimensión del peso.<sup>193</sup>

Lo anterior arroja un entendimiento de la naturaleza de los principios, pues aunque los principios no pierden su vigencia en ningún momento, sí se puede afirmar que su contenido no es absoluto, y esto demuestra que, en la colisión de principios, uno debe ceder ante el otro, mediante un ejercicio de ponderación.<sup>194</sup>

De esta manera es que Alexy llega a la certeza de que el principio de ponderación o proporcionalidad es el que ayuda a resol-

---

al otro. Esta relación, ilustrada bajo “la ley de colisión” de Robert Alexy, refleja el carácter de los principios como mandatos a optimizar, entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia, y que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89-95.

<sup>191</sup> Véase Alexy, Robert, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, en *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, Perú, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, 2003, p. 100.

<sup>192</sup> Carsten Bäker, *op. cit.*, p. 34.

<sup>193</sup> *Idem.*

<sup>194</sup> Aunque este ejercicio de ponderación nos resulta la más acertada para solucionar conflictos de principios, existen autores que siguen sosteniendo un orden lexicográfico de prevalencia de principios sobre otros. Véase Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

ver adecuadamente los conflictos entre principios, pues responde al tratamiento que deben tener como mandatos a optimizar de acuerdo con las posibilidades normativas y fácticas.<sup>195</sup>

Alejandro Nava Tovar lo ejemplifica de mejor manera:

Con frecuencia enfrentamos dilemas morales en los que hay que ponderar algo. Piénsese, por ejemplo, en una situación en la que un sujeto debe escoger entre dos opciones que poseen argumentos de peso, sin embargo, el sujeto debe decidirse por una de las dos. En este caso, el sujeto no puede intentar satisfacer a ambas, sino sólo escoger una opción, tomando en consideración la interferencia en ambas opciones derivada de satisfacer a la otra, el valor absoluto de ambas opciones y otros aspectos relativos a la fiabilidad de sus premisas empíricas y normativas. En este caso la decisión no será fácil de tomar, ya que no se trata de que una alternativa sea correcta y otra incorrecta, sino que, desde el punto de vista moral, una opción tendrá mayor peso. En este caso es deseable que el sujeto escoja una opción lo más racional posible.<sup>196</sup>

De la anterior cita debemos resaltar los siguientes aspectos. Cuando nos encontramos ante un dilema de conflicto de principios, es necesario partir del hecho de que ambas opciones poseen argumentos de peso para poderse inclinar en favor de cualquiera; es decir, si nos enfrentamos ante un dilema de apertura o reserva, cada caso presentará razones válidas para elegir cualquier opción. Lo importante es elegir la opción lo más racionalmente posible, demostrando que es la que interfiere lo menos posible con ambos principios, y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción, además de que es más adecuada que la otra.

Esta racionalidad que busca Alexy mediante la propuesta del principio de proporcionalidad es lo que lo aleja de otras concepciones del derecho.

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 178.

La legitimidad de la solución del conflicto de principios mediante la proporcionalidad depende de la racionalidad de ésta, y la racionalidad se sustenta en la estructura que se establezca para el examen de ponderación. Es decir: estructura es igual a racionalidad; racionalidad es igual a legitimidad.<sup>197</sup>

### 3. *El carácter prima facie de los principios y las reglas*

El carácter *prima facie* de los principios ya había sido anotado por W. D. Ross, quien concebía a los deberes morales como un deber en “primera apariencia”, en tanto otro deber moral no tuviera que ser más favorecido a aquel que, en principio, se consideraba aplicable. Es decir, un deber *prima facie* es aquel que contiene las características para que, en condiciones de normalidad, haría que fuese nuestro deber cumplirlo; no obstante, al presentarse otras características moralmente relevantes consideradas de mayor importancia y que constituyen el fundamento de otro deber incompatible con el primero, éste dejaría de serlo.<sup>198</sup>

Carlos Bernal Pulido lo explica de la siguiente manera:

El carácter *prima facie* expresa que una norma jurídica tendrá una validez definitiva a menos que exista una razón de mayor peso que le otorgue validez definitiva a una norma contraria... Una norma jurídica ostenta validez *prima facie* cuando al ser considerada aisladamente —es decir, cuando aún no se han considerado todas las premisas normativas y empíricas relevantes en la situación que debe ser aplicada— resulta claro que se trata de una norma vinculante, que debe ser seguida por sus destinatarios, pero no así cuando es interpretada de manera sistemática, junto a otras normas jurídicas que prescriben deberes contradictorios.<sup>199</sup>

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>198</sup> García-Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Dikaion*, Colombia, año 26, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2012, pp. 463-465.

<sup>199</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 815 y 816.

Robert Alexy afirma que los principios tienen carácter *prima facie* en tanto ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. No son mandatos definitivos, sino sólo *prima facie*. En cambio, las reglas exigen que se haga exactamente lo que ellas ordenan; por lo tanto, su carácter no es *prima facie*, sino de definitividad.<sup>200</sup>

Este modelo totalitario en el cual todos los principios son *prima facie* y todas las reglas son definitivas es el concebido por Ronald Dworkin cuando afirma que las reglas deben ser aplicadas de manera disyuntiva, es decir, todo o nada, mientras que los principios contienen razones que orientan.<sup>201</sup>

No obstante que las normas jurídicas tengan, en principio, esta diferencia de carácter, Robert Alexy advierte que el carácter de definitividad de las reglas puede ser trastocado en el momento en que a la misma se le introduce una excepción, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso. Si mediante la vía de excepción se introduce un principio, entonces la regla adquiriría un carácter *prima facie*, en tanto no es posible predecir que en un nuevo caso no sea necesario introducir una nueva excepción.<sup>202</sup>

A pesar de que las reglas pueden adquirir el carácter de *prima facie* a través de esta modalidad de excepcionalidad, Alexy advierte que la naturaleza de tal carácter sigue siendo distinto entre reglas y principios. Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene mayor peso; en cambio, una regla no puede ser soslayada en principio aun cuando en el caso concreto el principio opuesto tenga un mayor peso que el principio que apoya la regla, en tanto la carga de cumplimiento estricto de ésta es mayor al ser impuesta por autoridad legitimada para ello.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 99.

<sup>201</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., España, Ariel, 1989, pp. 74 y 75.

<sup>202</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 100.

<sup>203</sup> *Idem*.

En conclusión, otra diferencia entre reglas y principios es que éstos son siempre razones *prima facie*, y las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son razones definitivas.

#### 4. *La subsunción y la ponderación*

Esta última diferencia entre reglas y principios es otra manera de abordar la diferencia de la derrotabilidad analizada anteriormente.

Alexy afirma que existen dos operaciones fundamentales en la aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación.<sup>204</sup>

Concretamente, la subsunción es el método interpretativo que resuelve el conflicto entre reglas, profundizado por el positivismo jurídico, en tanto las reglas eran el único tipo de normas concebibles para esa corriente iusfilosófica. Mediante este método, la solución a los conflictos se da debido a la comprobación de los supuestos fácticos con los supuestos jurídicos reconocidos por la regla, conforme a la deducción *si es A entonces debe ser B*.<sup>205</sup>

En cambio, el método de la ponderación es aquel que resuelve la contradicción entre dos normas *prima facie*, es decir, entre principios. Este método permite establecer una jerarquía axiológica entre principios a través de argumentaciones que lo demuestren, tomando en consideración las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto, en tanto los principios no son incompatibles entre sí, no pierden validez ni se pueden jerarquizar. Por tanto, la subsunción en este tipo de conflictos no es posible.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 13.

<sup>205</sup> Prieto Sanchis, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 103.

<sup>206</sup> Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad *vs.* el principio de proporcionalidad”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 334.

Algunos autores afirman que el método de ponderación es alternativo a la subsunción e, incluso, anterior a este ejercicio. Es decir, antes de interpretar es necesario constatar que el caso se halla excluido del campo de aplicación de dos principios, mostrar que el caso que se examina se trata de dos reglas en pugna. Si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la regla, sin que se requiera ponderación alguna.<sup>207</sup>

La ponderación, por tanto, ayuda a dilucidar en qué condiciones es aplicable el principio X, que triunfa sobre el principio Y. Si esas condiciones cambian, entonces debe analizarse nuevamente la ponderación de un principio sobre otro. La ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.<sup>208</sup>

Aunque la ponderación ayude a resolver los conflictos entre principios, esto no implica que pueda arrojar respuestas irrepetibles para casos singulares; puede también ofrecer respuestas reiteradas en casos genéricos con vocación de permanencia y universalización. Por lo tanto, la ponderación puede llevar a construir reglas o premisas mayores que, al final, sería suficiente una subsunción para resolver estos casos reiterados.<sup>209</sup>

El método de ponderación es profundizado a través del principio de proporcionalidad por Robert Alexy, el cual será desarrollado en el capítulo tercero de esta investigación.

<sup>207</sup> Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, *cit.*, p. 104.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>209</sup> *Idem*. Para una mayor profundización sobre esta hipótesis, vale la pena consultar el trabajo que realiza Laura Clérico en *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Argentina, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2009. En el tercer capítulo aborda el estudio de la estructura del examen de proporcionalidad en sentido estricto en el derecho constitucional. En éste se advierte que se debe formular el resultado de la ponderación como regla-resultado de la ponderación. El conjunto de esas reglas-resultados de la ponderación pueden ser reconstruidas en una red, cuyas reglas deben ser tenidas en cuenta para la solución de casos futuros semejantes o iguales.

## II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como citamos anteriormente, la satisfacción de un principio generalmente se da en relación con aquello exigido por otros principios, lo que se logra a través de un ejercicio de balance o ponderación. La ponderación o proporcionalidad es la forma específica de aplicación de los principios.<sup>210</sup>

Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. En esta situación, el principio de proporcionalidad cobra relevancia.<sup>211</sup>

Ante la naturaleza de los derechos fundamentales, para resolver la colisión entre éstos es necesaria una estructura determinada que esté provista de una medida común para comparar aquéllos y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.<sup>212</sup>

La ponderación a través del principio de proporcionalidad brinda, justamente, esa estructura por medio de la cual evita establecer una relación absoluta entre derechos, y, por el contrario, establece una relación de precedencia condicionada entre ellos, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.<sup>213</sup>

También debe precisarse que el principio de proporcionalidad es un control de constitucionalidad que aplica solamente a las acciones de los poderes públicos, y no a las acciones entre

---

<sup>210</sup> Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 37, 2014, p. 17.

<sup>211</sup> Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 20.

<sup>212</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbone, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 52.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 54.

particulares, ya que se evalúa una relación entre medios y fines tomando como referencia el parámetro constitucional.<sup>214</sup>

La estructura de la proporcionalidad es fundamental para poder tener decisiones racionales y, por lo tanto, decisiones legítimas, que no aspiren a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse bajo los esquemas democráticos de una Constitución. Sobre el tema de la racionalidad y la legitimidad del principio de proporcionalidad se profundizará más adelante.

Este principio ha sido la herramienta de interpretación que ha recibido el mayor de los reconocimientos a nivel internacional, tanto en el ámbito práctico, a través de su implementación en los órganos decisores, especialmente en cortes supremas, como en el ámbito teórico, en tanto ha marcado la pauta en la filosofía del derecho contemporánea.<sup>215</sup>

Robert Alexy apoyó su concepción de filosofía del derecho en el principio de proporcionalidad, por ser un mecanismo que permite institucionalizar la razón en la argumentación judicial. Este principio lo retomó del desarrollo que habían realizado los tribunales constitucionales de Alemania y posteriormente fue desarrollado en la academia a través de los análisis y las críticas que se hacían de las resoluciones de aquéllos. La estructura de la proporcionalidad fue desarrollada a través de las sentencias que se encargaban de revisar que las normas y los actos fuesen constitucionales desde el punto de vista sustantivo. Su impacto

---

<sup>214</sup> Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 853.

<sup>215</sup> Rainer, Arnold *et al.*, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, núm. 1, 2012, pp. 71 y s. También se puede consultar a Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principio y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio de 2012.

fue tal que prácticamente todo sistema constitucional ha adoptado los principios fundamentales del principio de proporcionalidad.<sup>216</sup>

Sin embargo, es importante puntualizar que el origen de dicho principio nació en el ámbito del derecho administrativo. Uno de los primeros antecedentes de la aplicación de la proporcionalidad se remonta al uso que le dio el Tribunal Superior Administrativo de Prusia para valorar, por ejemplo, si el ejercicio del poder por parte de la policía había sido excesivo o no, bajo el amparo del principio de la prohibición por exceso.<sup>217</sup> No obstante, el alcance que tenía esta evaluación racional era limitada, ya que los poderes públicos no estaban sujetos a un régimen constitucional fundado en los derechos fundamentales, lo que se consiguió con el surgimiento de los Estados constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> México no ha sido la excepción; aunque la adopción desde 2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha permitido aún el desarrollo esperado en nuestro país, ésta ha sido un impulsor importante para su implementación en el ámbito judicial. No obstante, la propia Suprema Corte ha tenido algunas deficiencias en el momento de su aplicación en determinados casos. *Cfr.* Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *cit.*

<sup>217</sup> Carlos Bernal Pulido realiza un estudio profundo sobre la génesis del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo. El surgimiento de este principio como concepto propio se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. De las primeras manifestaciones jurídicas concretas para exigir proporcionalidad en la aplicación de las normas se destacan el alegato de Beccaria (cuya doctrina fue recogida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) y en la doctrina de la intervención policial de Prusia, desarrollada por Carl Glottlieb Svarez; véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 55-69.

<sup>218</sup> Es a partir de la primera mitad del siglo XX cuando comienza a gestarse la constitucionalización del derecho. Este fenómeno jurídico implicó la creación de Constituciones rígidas que incorporan a los derechos fundamentales, garantías jurisdiccionales como control constitucional, la fuerza vinculante de la Constitución, la interpretación extensiva de la misma hacia las normas inferiores. Para profundizar, se puede consultar Comanducci, Paolo, “Constitutionali-

Los académicos propusieron una versión embrionaria del análisis de proporcionalidad a finales del siglo XVIII, cuando empezaron a contemplar nuevas formas de intervención del Estado y, por ende, la posibilidad de un conflicto permanente entre propósitos públicos y libertades individuales.<sup>219</sup>

La proporcionalidad se extendió al derecho constitucional en la década de 1950 y, bajo la tutela de la Corte Constitucional Federal Alemana, se transformó en el marco extenso de la ponderación.<sup>220</sup>

El origen del principio de proporcionalidad nos advierte sobre la multiplicidad de funciones para su aplicación en el derecho, no sólo para la revisión de la constitucionalidad de las leyes, sino también para la funcionalidad que existe en el análisis de actos administrativos y de aplicación de leyes. Conviene remarcar que éste es un mecanismo que permite institucionalizar la razón en la argumentación judicial; por lo tanto, en cualquier decisión que requiera dirimir un conflicto entre dos soluciones a través de la argumentación (como la prueba de daño), resulta un mecanismo idóneo.

El principio consiste, a su vez, en tres subprincipios a través de los cuales se realiza un examen de ponderación: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Este capítulo se encarga de profundizar en los aspectos relevantes del principio de proporcionalidad en todos sus elementos y algunas variantes que éstos tienen en la colisión de principios. Finalmente, se retoman las críticas más sobresalientes que ha recibido desde la teoría del derecho y se esbozará la contraargumentación para la defensa de éste, relacionado con su racionalidad.

---

zación y neoconstitucionalismo”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 85-112.

<sup>219</sup> Stone Sweet, Alec y Matthews, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 54-57.

<sup>220</sup> *Idem.*

La finalidad de este capítulo es desentrañar el procedimiento a través del cual se debe guiar una correcta ponderación de derechos como la vía de interpretación que permite proteger en mayor proporción los derechos en pugna. A su vez, esto permitirá entender el procedimiento de la prueba de daño en materia de acceso a la información.

### III. ETAPAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, tal y como es formulado por Robert Alexy, se compone de tres subprincipios: *a)* principio de idoneidad; *b)* principio de necesidad o mandato del medio más benigno, y *c)* el principio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>221</sup>

Cada uno de los subprincipios responde a la evaluación y consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas de la restricción de los derechos fundamentales. Recordemos que Alexy define a los principios como mandatos a optimizar en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>222</sup> Los primeros dos subprincipios responden a las posibilidades fácticas, y el último responde a las posibilidades jurídicas. La evaluación de las posibilidades fácticas permite evitar costos evitables en la mayor medida posible, ya que cuando dos o más principios colisionan, los costos se vuelven inevitables.<sup>223</sup> La evaluación de las posibilidades jurídicas consiste en la optimización de la colisión en relación con las condiciones jurídicas.<sup>224</sup>

Es necesario aclarar que este principio ha sido reformulado y complementado por el propio Robert Alexy como resultado de las consideraciones a las críticas planteadas,<sup>225</sup> y también han contribuido a su refinación, autores como Laura Clérico y Carlos Bernal Pulido.

---

<sup>221</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

<sup>222</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 112 y 113.

<sup>223</sup> Alexy, Robert, “Principios formales”, cit., p. 17.

<sup>224</sup> *Idem.*

<sup>225</sup> *Idem.*

Por ejemplo, Carlos Bernal Pulido propone una aplicación escalonada y sucesiva de los tres subprincipios. Es decir, primero un tribunal constitucional debe verificar si la medida que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si, por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad, y si sale airosa, finalmente, al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la medida de restricción en forma de norma o acto no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios, también debe ser declarada inconstitucional.<sup>226</sup>

No obstante, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio no siempre debe ser secuencial. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza el examen en sus tres subprincipios de manera acumulativa, sin necesidad de realizar un agotamiento previo de cada uno de ellos.<sup>227</sup>

A continuación, se explicará cada uno de los subprincipios que comprenden el principio de proporcionalidad a la luz de las aportaciones más recientes.

### 1. *El principio de idoneidad*

Concretamente, el principio de idoneidad se refiere a que la intervención en los principios debe ser adecuada a un fin legítimo constitucional. Por lo tanto, las exigencias a la hora de la valoración son conocer si *a)* la intervención tiene un fin constitucionalmente válido, y si *b)* la intervención es idónea para favorecer a la obtención de un fin.<sup>228</sup> Las restricciones a un derecho

---

<sup>226</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 874 y 875.

<sup>227</sup> Para profundizar sobre la aplicación de este principio en sus resoluciones, se puede visitar el sitio del Buscador Jurídico de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para localizar las sentencias de la Corte Interamericana, disponible en <http://www.bjdh.org.mx/interamericano>.

<sup>228</sup> Nava Tovar, *op. cit.*, p. 180.

fundamental sólo pueden darse si resultan indispensables para el cumplimiento de una finalidad legítima.<sup>229</sup>

Sobre el primer requisito, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad; es decir, sería legítimo si el fin se fundamenta en el estándar internacional de los derechos humanos o en la propia jurisprudencia constitucional. Por otro lado, un fin es constitucional no sólo porque encuentra su fundamento en el texto constitucional, sino porque está vinculado con los fines sociales o con intereses que a la sociedad le interesa salvaguardar para que la actuación de la autoridad no sea arbitraria.

El análisis acerca de la legitimidad del fin de la medida también es conocido como “juicio de razonabilidad”, como sinónimo de no arbitrariedad. El objeto de este juicio consiste en constatar que la medida que restringe un derecho fundamental no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima.<sup>230</sup>

La Corte mexicana considera que los fines que pueden fundamentar una intervención al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.<sup>231</sup>

Esos fines constitucionales constituyen determinaciones sobre la existencia y la forma de ser del Estado mexicano, tales como la aceptación de los principios de soberanía popular, división de poderes, respeto, protección y promoción de los derechos

---

<sup>229</sup> Rainer Arnold *et al.*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>230</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 877.

<sup>231</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

humanos y sus garantías; la adopción de una forma de Estado federal y de una forma de gobierno republicana, representativa, laica y democrática, entre otros.

En este primer requisito, la Constitución se establece como un parámetro que refleja los intereses que una sociedad estima importantes proteger en un momento histórico determinado.<sup>232</sup> El parámetro de constitucionalidad o de regularidad en México no sólo comprende el texto de la Constitución, sino también otras normas de carácter internacional en materia de derechos humanos, y las interpretaciones que han realizado los órganos autorizados.<sup>233</sup>

El caso contrario sería, por ejemplo, que una medida administrativa permita que durante una detención de tipo penal se aplique tortura para obtener la confesión del probable responsable. Ésta sería inconstitucional tomando como referencia lo reconocido por la fracción II, del apartado B, del artículo 20 de la Constitución mexicana, y por los tratados internacionales y jurisprudencia de los órganos en la materia.

Ahora bien, resulta que puede haber casos en que exista una prohibición constitucional *prima facie* de la medida restrictiva, misma que colisione con otros principios constitucionales que hablan a favor de su legitimidad. La prohibición constitucional *prima facie* y estos últimos principios constitucionales deben ser ponderados para determinar cuál de dichos principios debe prevalecer de manera definitiva: si la prohibición *prima facie* prevalece y se convierte en una prohibición definitiva, o si los principios opuestos cobran prioridad y dan lugar a una no-prohibición definitiva del fin de la medida.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> Araujo Rentería, Jaime, *op. cit.*, p. 854.

<sup>233</sup> Tesis 1a. CCCXLIV/2015, “Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2015, p. 986.

<sup>234</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 886.

Sobre el segundo requisito de este subprincipio, es necesario que la medida de intervención al derecho fundamental sea la adecuada para arribar al fin constitucionalmente legítimo.<sup>235</sup> Si con la medida no se consigue el fin perseguido, entonces ésta debe declararse inconstitucional.

De acuerdo con la Corte mexicana, este segundo requisito presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca la medida establecida. La idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.<sup>236</sup>

El examen de idoneidad es claro cuando se interviene alguna libertad o derecho fundamental de naturaleza restrictiva para el Estado. El ejemplo que usa Alexy para explicar este examen es el de la restricción que sufrió la revista *Titanic* por llamar, en un artículo, “asesino nato”, y luego en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva militar que era parapléjico. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista *Titanic*, debido a una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a

---

Un caso que puede ilustrar esta frontera en materia de acceso a la información es el del estado de salud del presidente o jefe de Estado. Si bien existe una prohibición constitucional *prima facie* de proteger los datos que integran un expediente clínico por tratarse de datos personales, sin embargo, el interés público de conocer dichos datos es muy fuerte cuando se trata de un jefe de Estado, especialmente cuando se tienen dudas de que la salud de éste afecta la buena administración pública. Para profundizar, véase Luna Pla, Issa *et al.*, *Resoluciones relevantes en materia de acceso a la información y de protección de datos personales*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, 2017, pp. 133 y s.

<sup>235</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, p. 74.

<sup>236</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación en el caso concreto entre la libertad de expresión de la revista implicada y el derecho al honor del oficial de reserva. Es claro, en este caso, que la restricción a la libertad de expresión de la revista tenía un fin legítimo constitucional amparado en el derecho fundamental del honor de las personas.<sup>237</sup>

No obstante, Laura Clérico advierte que los desarrollos de este principio analizan principalmente la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio como medida para conocer la proporcionalidad de una restricción por exceso; sin embargo, un menor desarrollo ha recibido este principio cuando se está frente a una omisión o acción insuficiente.<sup>238</sup>

La obtención del fin puede ser evaluada en mayor o menor intensidad, dependiendo de distintos puntos de vista. De este modo, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de un fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la

---

<sup>237</sup> Este caso lo retomaremos para explicar también los otros subprincipios; cfr., Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 18.

<sup>238</sup> Laura Clérico menciona que este tipo de variante en el examen de proporcionalidad también nació en la jurisprudencia alemana, aplicado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en un caso de 1993 sobre la constitucionalidad de una ley que reglamentaba la interrupción del embarazo para todo el territorio de la República, el cual fue replicado sucesivamente en otros casos relevantes. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, profundizaremos solamente en el primer aspecto del principio de proporcionalidad, debido a que lo que aquí se analiza es la limitación a una libertad. Para profundizar en los postulados de la autora, es posible consultar Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen más o menos aspectos relativos al fin, y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad que se propone.<sup>239</sup>

Es por eso que se proponen dos versiones del subprincipio de idoneidad: una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio, y una versión débil o de la idoneidad en sentido estricto. De acuerdo con la versión más fuerte, una medida deberá ser considerada idónea sólo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin, y aquella que más lo realiza. De conformidad con la versión más débil, la idoneidad de una medida adoptada dependerá de que ella tenga una relación positiva de cualquier tipo con el fin: con cualquier eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.<sup>240</sup>

Para la Corte mexicana, basta con que se compruebe en algún grado la relación entre la medida y la finalidad que ésta persigue; es decir, una versión débil bastaría para superar esta etapa.<sup>241</sup>

Cuando el medio se encuentre en alguna relación con la realización del fin, pero no contribuya a su logro en todos los sentidos en el caso en concreto, el medio establecido es idóneo, pero deben aplicarse las reglas del medio más benigno y el de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>242</sup>

## 2. *El principio de necesidad o medio más benigno*

El segundo subprincipio que compone el principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de necesidad o mandato

---

<sup>239</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 913 y 914.

<sup>240</sup> *Idem.*

<sup>241</sup> Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

<sup>242</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, cit., p. 133.

del medio más benigno. Éste señala que toda intervención debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el objetivo y no existir otra que pueda optimizar mejor el principio. Entonces, el medio más benigno debe cumplir por lo menos con *a)* que ningún participante resulte peor que antes, y *b)* que al menos uno de los participantes experimente una mejora.<sup>243</sup>

Si existen medidas de intervención o afectación menos gravosa y se elige aquella que resulta más gravosa para los principios en conflicto, la intervención entonces no es correcta.<sup>244</sup>

Este subprincipio está vinculado con la idea del óptimo de Pareto. Este criterio implica que el óptimo es logrado a través de una serie de mejoras en las cuales cualquier cambio de un estado de cosas para un o unos sujetos no debe perjudicar el de otro u otros. Es decir, existe eficiencia si al haber un cambio se generan beneficios sin daños. El estado óptimo es alcanzado si resulta imposible introducir mejoras sin que ello implique generar perjuicios a otros. En este sentido, el óptimo de Pareto supone que ya se han realizado todas las mejoras posibles, es decir, se ha llegado al máximo posible, con todos los recursos existentes.<sup>245</sup>

Bajo esta perspectiva, se requiere elegir, de entre dos medidas que promueven de igual manera a  $P_1$ , la que intervenga menos intensamente a  $P_2$ . Si existiera un medio que intervenga menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra.<sup>246</sup> Cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, pues aquí no es posible

<sup>243</sup> Nava Tovar, *op. cit.*, p. 181.

<sup>244</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 74.

<sup>245</sup> Robert Alexy retoma este principio formulado por el economista italiano Wilfredo Pareto; *cf.* Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, enero-junio de 2009, p. 8.

<sup>246</sup> *Idem.*

que uno de los dos derechos en conflicto obtenga una mejora y el otro se mantenga igual, sino que un derecho sí se verá afectado debido a la satisfacción del otro.<sup>247</sup>

Laura Clérico aclara la regla del medio alternativo:<sup>248</sup>

- 1) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.
- 2) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.

Por lo tanto, en un primer momento los medios alternativos deben pasar por una comparación con el medio implementado en relación con el fomento del fin legítimo (examen de idoneidad),<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> Nava Tovar, *op. cit.*, p. 181.

<sup>248</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 147.

<sup>249</sup> Sobre la idoneidad del medio alternativo, debe analizarse si éstos tienen por lo menos una idoneidad equivalente a la medida establecida para contribuir a alcanzar el fin, desde las perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la

y en un segundo momento, una comparación en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de necesidad).<sup>250</sup>

Al respecto, la Corte mexicana profundiza en estos dos últimos aspectos. La necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles.<sup>251</sup>

No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que fueron consideradas adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.<sup>252</sup>

Un ejemplo del examen de necesidad es el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, en donde la Corte Interamericana evalúa el uso de la fuerza letal por parte de los cuerpos policíacos y

---

realización del fin y la probabilidad. Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 937.

<sup>250</sup> Esto implica que la medida establecida es innecesaria si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado.

<sup>251</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXX/2016, “Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 914.

<sup>252</sup> *Idem*.

militares de los Estados parte. La Corte Interamericana consideró que no se podía concluir que se acreditaba el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representaban un peligro directo, inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultara en la pérdida de la oportunidad de captura.<sup>253</sup>

Si bien los hechos en este caso, en teoría, se podrían encuadrar en el supuesto de oponer resistencia a la autoridad e impedir la fuga, la Corte consideró que aun cuando la abstención del uso de la fuerza hubiera permitido la huida de las personas objeto de la acción estatal, los agentes no debieron emplear la fuerza letal frente a las personas, quienes no representaban una amenaza o peligro real o inminente hacia los agentes o terceros. En consecuencia, dicho acontecimiento no constituyó una situación de absoluta necesidad.<sup>254</sup> Es decir, para la Corte Interamericana existía un medio más benigno para conseguir la finalidad de la acción, consistente en evitar la sustracción de la detención y posterior puesta a disposición de la autoridad judicial del probable responsable, lo que ayudaría a garantizar y proteger en mayor medida el derecho a la vida.

Para configurarse que un medio alternativo es el más benigno para el caso, debe presentarse a primera vista la misma idoneidad para el logro del fin. De no cumplirse esta evidencia, entonces la regla supone una presunción de proporcionalidad a favor del medio establecido.<sup>255</sup> En casos dudosos de medios alternativos cuya idoneidad es poco clara, las cargas argumentativas deben reposar en la complejidad de la materia regulada por la medida, la especialización del órgano o la autoridad que la emite, la legitimidad de éste y las circunstancias del caso. Entre más intensa es la restricción a un derecho fundamental, la medida debe

---

<sup>253</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251, párrafo 85.

<sup>254</sup> *Idem*.

<sup>255</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 154.

tener un control más intenso y la presunción de proporcionalidad debe perder fuerza.<sup>256</sup>

En resumen, si no se encuentran medios alternativos más benignos que el establecido, entonces éste debe someterse al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin en igual o parecida medida que el establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales que a través del medio establecido, entonces la medida establecida no es proporcional en sentido amplio. Si hay medios alternativos y pueden fomentar el fin en igual o parecida medida que el establecido, y su implementación restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales que a través del medio establecido, entonces la medida establecida queda como la menos lesiva y el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.<sup>257</sup>

### 3. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto*

Como se citó anteriormente, los principios exigen la máxima realización posible, tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. Los primeros dos subprincipios responden a las posibilidades fácticas, el principio de proporcionalidad en sentido estricto responde a las posibilidades normativas.

Este subprincipio está regido básicamente por la *ley de ponderación*: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>258</sup>

Por lo tanto, debe revisarse si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importan-

---

<sup>256</sup> *Idem.*

<sup>257</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009, p. 114.

<sup>258</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 15.

cia de la realización del fin perseguido por la medida establecida.<sup>259</sup> No basta que una medida sea adecuada técnicamente y resulte la menos lesiva (subprincipios de idoneidad y necesidad) para justificarla, la exigencia de justificabilidad exige más. Esto consiste en que los argumentos ofrecidos a favor de la intervención en un principio deben ser considerados de cara a los argumentos que hablan en contra de ésta.<sup>260</sup>

En otras palabras, se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización de la medida establecida, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.<sup>261</sup> Lo que se pondera no es en sí la medida establecida, sino el derecho fundamental afectado frente al derecho o principio que fundamenta la medida estatal (el fin de la medida).<sup>262</sup>

Por lo tanto, la regla sería que si la restricción al derecho fundamental guarda una relación proporcional en sentido estricto con el fin de la medida establecida, entonces la medida es proporcional en sentido amplio. Si la restricción al derecho fundamental no guarda una relación proporcional en sentido estricto con el fin de la medida establecida, entonces la medida no es proporcional en sentido amplio.<sup>263</sup>

En palabras similares, la Corte mexicana reconoce que en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitu-

---

<sup>259</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 182.

<sup>260</sup> *Idem.*

<sup>261</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 962.

<sup>262</sup> *Idem.*

<sup>263</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit., p. 165.

cional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.<sup>264</sup>

Para poder conocer la proporcionalidad en sentido estricto de una medida, Robert Alexy divide el examen de este subprincipio en tres fases. A propuesta del autor de esta investigación, podría clasificarse de la siguiente manera:

- 1) *Primera fase o examen de intensidad de interferencia y satisfacción.* En esta primera fase debe constatar, por un lado, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y, por otro lado, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- 2) *Segunda fase o asignación de pesos abstractos.* En esta fase se asigna un peso a los derechos o principios en colisión en abstracto, es decir, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso, sino su relación con otros principios dentro del sistema jurídico al que pertenece.
- 3) *Tercera fase o justificación empírica.* En esta fase debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Los elementos anteriores conforman lo que Robert Alexy denomina “fórmula del peso refinada”.<sup>265</sup> Para entender su formulación, a continuación se profundiza en cada una de las fases antes citadas.

#### A. *Primera fase o examen de intensidad de interferencia y satisfacción*

En esta primera fase debe definirse el grado de la satisfacción y de afectación de los principios. El resultado deviene de hacer

---

<sup>264</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXXII/2016, “Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 894.

<sup>265</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 183.

un balance entre el grado de afectación del primer principio ( $P_i$ ) sobre el segundo, sobre el grado de satisfacción del segundo principio ( $P_j$ ) en el caso de la no realización del primer principio ( $P_i$ ).

Para llegar a determinar el grado de intensidad en la intervención o satisfacción, Bernal Pulido distingue dos niveles a evaluarse: el nivel analítico-normativo y el nivel empírico.<sup>266</sup>

En el nivel analítico-normativo, la intervención en el derecho fundamental depende de la fundamentalidad o el significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima facie* afectada por la intervención de la medida establecida, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo.<sup>267</sup> Por el contrario, la intensidad de la realización del fin de la medida establecida depende de la fundamentalidad o del significado que el fin de la intervención en el derecho fundamental ostente dentro de su ámbito normativo, esto es, la satisfacción de intereses individuales o colectivos que el fin garantiza.

Es decir, cuanto más fundamental sea la posición *prima facie* afectada por la intervención legislativa dentro del ámbito normativo del derecho fundamental al que se adscribe, mayor será la intervención en este derecho y mayor será el peso que deberá atribuirse al mismo en la ponderación. Correlativamente, cuanto más fundamental sea el principio constitucional del fin de la medida establecida, mayor será la intensidad de la realización y mayor será el peso que deba otorgarse en la ponderación.<sup>268</sup>

En el nivel empírico, la intensidad, tanto de la intervención como de la satisfacción, dependerá de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con que la medida establecida afecte negativamente al derecho intervenido, o contribuya a obtener el fin, respectivamente.<sup>269</sup>

---

<sup>266</sup> Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 967 y 968.

<sup>267</sup> *Idem*.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>269</sup> *Idem*.

Ahora bien, para medir el grado en sí, retomamos la escala triádica o de tres intensidades que propone Robert Alexy como aquella que refleja la práctica en la argumentación jurídica.<sup>270</sup>

Los tres rangos que pueden designarse para identificar el grado de intervención o satisfacción son “leve”, “moderado” o “grave”.<sup>271</sup> Ahora bien, los valores asignados a estos grados pueden representarse mediante la secuencia geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ ; esto es 1, 2 y 4.<sup>272</sup>

Para ilustrar la fórmula del peso, Alejandro Nava Tovar usa los elementos  $W_{ij}$  o  $WP_{ij}$  que representan el resultado de medir el peso concreto del principio  $P_i$  en las condiciones  $C$  concretas del asunto a decidir, en relación con el principio en colisión  $P_j$ , lo que representa, a su vez, la relación de precedencia condicionada entre éstos.<sup>273</sup>

Entonces, respecto a la primera fase, los elementos  $I_i$  o  $IP_iC$  representan la intensidad de la interferencia con  $P_i$  por parte del medio establecido ( $M$ ), cuya proporcionalidad deberá ser examinada. Los valores  $I_j$  o  $IP_jC$  representan la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con  $P_i$  tendría para el principio en colisión  $P_j$ .<sup>274</sup>

Lo anterior quedaría esquematizado de la siguiente manera:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

<sup>270</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 22.

<sup>271</sup> *Idem.*

<sup>272</sup> De acuerdo con Robert Alexy, esta serie se diferencia de la serie aritmética (1, 2, 3, 4) esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución; *cf.*, *ibidem*, p. 32.

<sup>273</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

<sup>274</sup> *Idem.*

En el ámbito analítico-normativo, la intervención de la medida establecida en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho que cuando elimina sólo alguna de ellas. Correlativamente, el favorecimiento del principio constitucional opuesto deberá ser catalogado como más intenso si la intervención consigue actualizar jurídicamente todas las posiciones adscritas a dicho principio que si sólo actualiza algunas de ellas.<sup>275</sup>

En el ámbito empírico, cuanto más valor tenga una determinada posición iusfundamental, desde la perspectiva temporal, espacial y material, como condición para que el derecho fundamental pueda realizarse, mayor será la fundamentabilidad de dicha posición y, por lo tanto, mayor el peso del derecho fundamental en la ponderación cuando dicha posición sea afectada por la medida. De modo correlativo, cuanto más valor tenga el fin de la medida establecida, desde las perspectivas temporal, espacial y material, como condición para la realización del fin, mayor será la fundamentabilidad de dicho fin y, por lo tanto, mayor el peso del principio constitucional en la ponderación.<sup>276</sup>

Retomemos el caso de la revista *Titanic* para ilustrar lo formulado hasta este momento. La difundida revista satírica *Titanic* llamó primeramente “asesino nato”, y en una entrega posterior, “inválido”, a un oficial de reserva parapléjico que exitosamente había gestionado su llamado a un entrenamiento militar. A instancia de éste, el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a *Titanic* a satisfacer una indemnización compensatoria y satisfactoria que ascendía a 12,000 marcos; la revista promovió la queja constitucional.<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 972.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 981.

<sup>277</sup> Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, cit., p. 10.

La ponderación casuística de principios fue entre la libertad de expresión de los interesados, por el lado de la revista, y el derecho general a la personalidad del oficial, cuya medida establecida fue el pago de una indemnización. Como primer momento, fue necesario medir la intensidad de la intervención.

La condena al pago de la indemnización puede ser clasificada desde el punto de vista analítico-normativo como *intensa o grave*, tomando en consideración la posición de la que goza la libertad de expresión dentro de un sistema constitucional democrático, y que la medida determinada elimina muchos elementos de la libertad de expresión de la revista. Asimismo, desde el punto de vista empírico, la medida puede considerarse como una intervención *grave*, debido a que menoscaba en una temporalidad duradera (ya que no podrían publicar artículos similares), espacial y material, la disposición futura de los demandados a conformar su revista como hasta entonces lo habían hecho.<sup>278</sup>

De lo anterior, podemos asignar los valores respectivos que pueden resumirse en *grave*.

$$W_{ij} = \frac{4}{I_j}$$

La finalidad de la medida era proteger el derecho a la personalidad (dignidad) de la persona afectada, quien fue llamada, en un primer momento, “asesino nato”, y, posteriormente, “tullido”.

No obstante, era necesario hacer el examen empírico de la intensidad de la intervención y satisfacción, bajo el análisis por separado de las acciones de llamar “asesino nato” y después “tullido”.

Sobre el señalamiento de “asesino nato”, el Tribunal consideró que, en el contexto de la sátira de la revista, más personas fueron llamadas en ésta como algo “nato”, de maneras “noto-

---

<sup>278</sup> *Idem*.

riamente humorísticas”, que van desde bromas verbales hasta modos impregnados de bobería, como el entonces presidente Federal Richard von Weizsäcker, quien fue llamado “ciudadano nato”.<sup>279</sup> Desde una posición analítica-normativa, podemos afirmar que la medida busca proteger el derecho a la personalidad de la persona afectada, lo que se favorece en una intensidad *fuerte*. Sin embargo, desde una posición empírica, la medida no consigue una realización completa del fin, y que la palabra “nato” no es una ofensa grave a la dignidad de la persona. Por lo tanto, puede considerarse como *leve*.

Entre la calificación de *grave* analíticamente, pero *leve* empíricamente, podemos decir que el grado de interferencia es *moderado*, entonces es 2. Por lo tanto:

$$W_{ij} = \frac{4}{2}$$

De este primer examen se puede justificar que la condena a indemnizar es una medida grave en el derecho fundamental a la libre expresión, pues tendría que ser al menos igualmente grave el perjuicio del derecho a la personalidad que ella debe compensar; el Tribunal Constitucional Federal lo consideró así y calificó de desproporcionada la intervención en la libertad de expresión y, por lo tanto, concedió el amparo a la revista *Titanic* en este aspecto.

Ahora bien, respecto a llamar “tullido” a una persona liada, podemos evaluar lo siguiente. Decíamos que, desde un aspecto analítico-normativo, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *intensa* debido a que protege la dignidad. Desde el aspecto empírico, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *más que intensa*, debido a que llamar “tullido” a una persona parapléjica afecta gravemente su derecho a la

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 11.

personalidad, pues se entendería como una humillación pública, y expresa desprecio. De esta manera, los valores pueden ser los siguientes:

$$W_{ij} = \frac{4}{4^*}$$

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la queja de la revista *Titanic* era infundada en lo que se refería a la publicación en la que llaman “tullido” a una persona inválida.

#### B. Segunda fase o asignación de pesos abstractos

El peso abstracto de un principio es el peso que se le asigna en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto.<sup>280</sup> El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. El ejemplo usado normalmente es el valor que se le asigna al derecho a la vida, el cual es mayor a cualquier otro derecho, como el de la libertad, pues para poder ejercer ésta es necesario estar vivo.<sup>281</sup>

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países, en ocasiones, ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.<sup>282</sup>

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>281</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 56.

<sup>282</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, p. 23.

Esta variable en la fórmula es una valoración material y abstracta de los principios en colisión. Su graduación dependerá de las consideraciones morales e ideológicas del juez y la toma de posición que tome éste respecto a la teoría sustancial de la Constitución.<sup>283</sup> Por ejemplo, si se asume una teoría individualista, entonces es probable que el juez determine que el peso más alto es para la libertad. Por el contrario, si la teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá más peso a los principios vinculados con los bienes colectivos.<sup>284</sup>

Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son: *a*) la jerarquía constitucional de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador, carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional); *b*) la prioridad de los principios que expresan derechos individuales o colectivos; *c*) el refuerzo que tengan los derechos en cuestión de conformidad con las garantías reconocidas para su protección (amparo, recursos, instituciones, etcétera); *d*) si el derecho pertenece a la protección esencial de un grupo vulnerable o no (como el derecho de autonomía de los pueblos indígenas, esencial para su existencia); *e*) la vinculación de la posición afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana; *f*) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes referidas a casos análogos.<sup>285</sup>

De acuerdo con los elementos usados por Alejandro Nava Tovar,  $W_i$  o  $WPA_i$  y  $W_j$  o  $WPA_j$ , representan los pesos abstractos

<sup>283</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 1002.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 1003.

<sup>285</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 127.

de  $P_i$  y  $P_j$ . Aquí nuevamente se usan los valores asignados para la escala triádica correspondiente a la secuencia geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ ; esto es, 1, 2 y 4.

Como citamos, las valoraciones asignadas dependen del sitio que ocupen los derechos frente a variables normativas dentro de un sistema jurídico determinado, así como de la discrecionalidad que realice el juez tomando como referencia las primeras.

Siguiendo con el caso de la revista *Titanic*, diríamos que el peso abstracto del derecho a la libertad de expresión es 4, y el peso abstracto del derecho a la dignidad también es 4, tomando como referencia las variables normativas. Entonces:

$$W_{ij} = \frac{W_i}{W_j}$$

$$W_{ij} = \frac{4}{4}$$

En muchos casos, el peso abstracto de los principios en colisión es igual, por lo que es posible reducir esta variante de la fórmula refinada del peso, pues los valores se neutralizan y entonces pueden desaparecer de la fórmula.<sup>286</sup>

Sin embargo, también puede resultar esclarecedor usar esta variable para tener otros aspectos que permitan determinar el grado de precedencia de un principio sobre otro en el caso concreto. Por ejemplo, una intervención que se calificó como *leve* (1) en un principio con elevado peso abstracto (4), tiene una igual importancia que una intervención *grave* (4), que se lleva a cabo a causa de una omisión, en un principio con escaso peso abstracto (1).<sup>287</sup>

<sup>286</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

<sup>287</sup> Alexy, Robert, "Principios formales", *cit.*, p. 37.

### C. Tercera fase o justificación empírica

Esta fase complementa la fórmula del peso refinada. En ella se trata de valorar el grado de seguridad o fiabilidad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro.<sup>288</sup>

La fiabilidad es un factor que no se refiere a las cosas en abstracto, en nuestro caso la intensidad de interferencia y los pesos abstractos, es decir, no es un factor óntico. Es, más bien, un factor referido al conocimiento de las cosas del caso en concreto. Esto quiere decir que es un factor epistémico.

La regla que establece Robert Alexy para otorgar valor a esta tercera fase es la siguiente: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.<sup>289</sup>

En este examen también es aconsejable usar una escala trídica como en las dos anteriores fases; sin embargo, para medir las certezas o fiabilidad de las premisas empíricas, aconseja usar los grados epistémicos de seguro (*s*), plausible (*p*) o no evidentemente falso (*e*). Como constituye el último factor en la fórmula refinada del peso, los valores atribuidos a los grados epistémicos hacen una diferencia a la hora del cálculo, por lo que a *s* le corresponde  $2^0$ ; a *p*,  $2^{-1}$ , y a *e*,  $2^{-2}$ ; es decir, 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ .<sup>290</sup>

Usando los elementos de Alejandro Nava Tovar, para identificar las premisas empíricas en la fórmula del peso se usaría  $R_i^e$  y  $R_j^e$ , que representan la certeza o fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida (M) en cuestión para la no realización de  $P_i$  y la realización de  $P_j$  en las circunstancias del caso concreto.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> *Idem.*

<sup>289</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 38.

<sup>290</sup> *Idem.*

<sup>291</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

El ejemplo para ilustrar este subexamen lo retomamos de Bernal Pulido. Sobre el famoso caso de la negación de los progenitores de una niña para transfundirle sangre, bajo la objeción de que su religión no les permite tal acción, el peso del derecho a la vida y a la religión de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera.<sup>292</sup>

Las premisas empíricas de que de no realizarse M (es decir, la transfusión de sangre) se afectaría la vida de la menor, es seguro y por lo tanto el grado es 1. Por el contrario, las premisas empíricas también indicarían que, de realizarse M, es seguro empíricamente que se restrinja la libertad de culto de la menor y de los progenitores, por lo que también recibe el grado 1. De esta manera:

$$W_{ij} = \frac{R_i^e}{R_j^e}$$

$$W_{ij} = \frac{1}{1}$$

#### D. Conclusiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto

La fórmula del peso en su versión completa, propuesta por Robert Alexy, contiene las intensidades de las intervenciones de los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida establecida.<sup>293</sup>

La representación quedaría de la siguiente manera:

<sup>292</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar...”, *cit.*, p. 25.

<sup>293</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33.

$$W_{ij} = \frac{I_i + W_i + R_i^e}{I_j + W_j + R_j^e}$$

Para ilustrar el balance de principios a través de esta fórmula, usemos nuevamente el ejemplo de Bernal Pulido por permitir un desarrollo muy sencillo y claro del cálculo.

El peso del derecho a la vida y a la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ( $I_i = 4$ ), al igual que su peso abstracto (se trata de la vida:  $W_i = 4$ ) y la certeza de las premisas como seguras (existe un riesgo inminente de muerte  $R_i^e = I$ ).<sup>294</sup>

Paralelamente, la satisfacción de la libertad de culto y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ( $I_j = 2$ ), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse  $W_j = 2$ ), y la seguridad de las premisas sobre su afectación como seguras (es seguro que ordenarles llevar a su hija al hospital supone una restricción de la libertad de culto,  $R_j^e = I$ ).<sup>295</sup>

Así, el peso del principio prevaleciente ( $W_{ij}$ ) resulta del cociente entre el producto de *a*) la afectación del principio  $W_i$  en concreto, *b*) su peso abstracto y *c*) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación; y el producto de *a*) la afectación del principio  $W_j$  en concreto, *b*) su peso abstracto, y *c*) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.<sup>296</sup>

Tomando como referencia el derecho a la vida y a la salud, el resultado sería el siguiente, a partir de una multiplicación de los valores:

<sup>294</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar...”, *cit.*, p. 25.

<sup>295</sup> *Idem.*

<sup>296</sup> *Idem.*

$$W_{ij} = \frac{4 + 4 + 1}{2 + 2 + 1} = \frac{16}{4}$$

$$\frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente (para poder obtener el valor de la ponderación del otro principio es necesario invertir los valores en la fórmula):

$$W_{ji} = \frac{2 + 2 + 1}{4 + 4 + 1} = \frac{4}{16}$$

$$\frac{4}{16} = 0.25$$

Ahora bien, de conformidad con este ejercicio, podría concluirse que la satisfacción de la libertad de culto y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres (satisfecho sólo en 0.25) no justifica la intervención en los derechos a la vida y a la salud de la niña (afectados en 4). Estos últimos derechos tendrían que preceder la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.<sup>297</sup>

Sin embargo, es importante resaltar que las series de factores que miden el valor del peso abstracto y el de las certezas empíricas se pueden neutralizar entre sí al obtener el mismo valor cada uno. La fórmula del peso puede reducirse o ampliarse dependiendo de la complejidad de cada caso concreto. En conse-

<sup>297</sup> *Idem.*

cuencia, a causa de su respectiva igualdad, los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas pueden ser eliminadas de la fórmula completa y solamente dejar el análisis del grado de la interferencia de los principios, para quedar como sigue:<sup>298</sup>

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

Laura Clérico resume los resultados a los que se puede llegar en el principio de proporcionalidad en sentido estricto:<sup>299</sup>

- 1) La restricción del derecho (ocasionada por la medida establecida) es desproporcionada en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio.
- 2) La restricción al derecho es proporcional en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio.

Si es el primer resultado, entonces la medida establecida debe declararse inconstitucional. Si es el segundo resultado, el examen de proporcionalidad termina, pero esto no quiere decir forzosamente que la medida pueda ser declarada constitucional, sino que puede ser sometida a otro tipo de exámenes de constitucionalidad, como el examen de igualdad.

Asimismo, la fórmula del peso puede extenderse si hay más de dos principios en colisión. Los principios pueden acumularse aditivamente; sin embargo, no pueden ser sustancialmente redundantes, sino materialmente diferentes.<sup>300</sup> En este caso,  $W_i$  representaría a todos los derechos fundamentales o principios

<sup>298</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 186.

<sup>299</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *cit.*, p. 286.

<sup>300</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 41.

que se afectan negativamente mediante la intervención de  $W_j$ ; y  $W_j$  representaría todos los derechos fundamentales o principios que soportan la medida establecida.<sup>301</sup>

Sin embargo, en la fórmula no necesariamente pueden acumularse aditivamente, sino podrían ponderarse todos los principios que jugaran a favor de la medida que se examina, en conjunto a todos los que juegan en contra de ella. Alexy afirma que, en este tipo de examen, el derecho fundamental cuya vulneración se examina dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa.<sup>302</sup>

Por lo tanto, la fórmula extendida con más de dos principios quedaría de la siguiente forma, siendo los principios adicionales  $W_m$  que juega en contra de la medida, y  $W_n$  que juega a favor de la medida:

$$W_{ij} = \frac{I_i * W_i * R_i^e}{I_j * W_j * R_i^e} + \frac{I_m * W_m * R_m^e}{I_n * W_n * R_n^e}$$

#### IV. LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Al inicio de este capítulo afirmamos que la estructura de la proporcionalidad es fundamental para poder tomar decisiones racionales, y por lo tanto decisiones legítimas, que no aspiran a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse bajo los esquemas democráticos de una Constitución.

La ponderación de derechos a través de cálculos ayuda a racionalizar la estructura de la argumentación, pero este cálculo no debe sustituir lo que verdaderamente importa: el criterio de

<sup>301</sup> *Idem.*

<sup>302</sup> *Idem.*

la ponderación reside en la valoración del órgano que la realice.<sup>303</sup> La formulación del principio de proporcionalidad no busca crear un modelo algorítmico que suprima por completo la discrecionalidad del juez para alcanzar una respuesta única y correcta.<sup>304</sup>

Sin embargo, realizar una argumentación, tomando como guía el principio de proporcionalidad, permite demostrar que ciertos argumentos tuvieron mayor peso racional frente a otros argumentos en contrario. En tanto se siga una estructura coherente, no cualquier respuesta puede darse en un procedimiento racional y no cualquier respuesta es posible en un marco constitucional democrático. El control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad permitiría distinguir entre argumentos fundamentables, no fundamentables y otros en los que el desacuerdo institucional podría permanecer, pero no cualquier argumento puede ser ofrecido.<sup>305</sup>

Ejemplo de ello es el estándar anterior de la prueba de daño que citamos en el capítulo correspondiente. El esquema que se estableció para la aplicación de la prueba de daño resultaba problemático, pues se exigía argumentar en favor de criterios vagos que demostraran un “daño presente, probable y específico”. Aportar elementos solamente sobre estas referencias para realizar una prueba de daño resultaba muy confuso para los sujetos obligados, pues no existía un estándar claro de lo que debía entenderse como “presente”, “probable” y “específico”.

Además, este ejercicio no cumplía cabalmente con las exigencias de ser una herramienta que permitiera reducir la discrecionalidad a la hora de restringir el acceso a la información, pues bastaba con que se argumentara en el sentido del “daño” para reservar la información, pero no existía una exigencia que permitiera contrastar esos argumentos con el “beneficio” de la apertura

---

<sup>303</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 191.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 196.

de la información. Es decir, este ejercicio carecía de una verdadera ponderación de principios o derechos.

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de muchas críticas. Las dos críticas principales a este principio, y que han sido atendibles por los que formulan y defienden aquél, es la que cuestiona la racionalidad del principio de proporcionalidad y aquella que cuestiona la legitimidad de los jueces y órganos que aplican el control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad.<sup>306</sup>

### 1. *Crítica a la racionalidad del principio de proporcionalidad*

Una de las primeras objeciones a la racionalidad del principio de proporcionalidad es que éste carece de un concepto claro y una estructura jurídica precisa para otorgar valores a los principios y, por lo tanto, se convierte en una fórmula retórica y subjetiva del propio juzgador.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Laura Clérico se pregunta ¿cuál es el sentido de intentar debilitar algunas críticas que desde un principio tratan de desacreditar el modelo de la ponderación y, a su vez, no intentan racionalizar las soluciones a las colisiones iusfundamentales en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto? Desde esta perspectiva, ella clasifica las críticas que sí son atendibles de la siguiente manera: 1) metodológicas, 2) dogmáticas y 3) políticas. La primera se refiere a la racionalidad de la ponderación; la segunda, a la falta de desarrollo de una dogmática de ponderación más específica referida a su aplicación, y la tercera, sobre el peligro de ampliación de la competencia jurisdiccional en desmedro de la competencia parlamentaria. Sobre la segunda, Clérico afirma que es plausible; no se descarta la creación de una teoría general de la ponderación, y el intento para formularla son los trabajos que se llevan a cabo sobre la profundización del principio de proporcionalidad. *Cfr.* Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit., p. 296.

<sup>307</sup> Esta crítica nace de Habermas, quien señala que hacen falta parámetros racionales para la ponderación, de esta manera es solamente una aplicación arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios. Citado por Alexy en “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, cit., p. 7.

Es decir, no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para las personas facultadas para interpretar derechos y ponderarlos, y que sirvan para poder controlar las decisiones del juez. Por lo tanto, la estructura estaría vacía, basada exclusivamente en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez.<sup>308</sup>

Sobre esta primera objeción, Bernal Pulido advierte que el principio de proporcionalidad no excluye las apreciaciones subjetivas del juez, pero tampoco está basado únicamente en las mismas.<sup>309</sup> La objetividad ideal es algo que no puede alcanzarse con ningún método interpretativo, porque siempre influirán los condicionamientos de la persona que lo aplica. Por ejemplo, el método de interpretación a través del silogismo tampoco extingue por completo la subjetividad, pero esto no lleva a concluir que el silogismo es irracional.<sup>310</sup>

Solamente puede exigirse una objetividad ideal si se trata de un sistema jurídico igualmente ideal. Sin embargo, decisiones de este tipo no son deseables para el sistema jurídico, pues las disposiciones jurídicas amparadas en los derechos fundamentales son siempre indeterminadas, pues no deben sujetarse a un tiempo, espacio e ideales desde donde se aprueban. Además, un sistema idealmente objetivo y completo anularía por completo los espacios de deliberación política, elemento esencial de cualquier sistema democrático y respeto de autonomía de los poderes que conforman un Estado.<sup>311</sup>

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no carece tampoco de racionalidad, en la medida en que su estructura está dirigida a buscar una decisión clara y consistente susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.<sup>312</sup>

---

<sup>308</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 46.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>312</sup> De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, una fundamentación es consistente desde el punto de vista normativo si se llega a los mismos resultados cuando tie-

La estructura de la ponderación a través del principio de proporcionalidad, descrita en todos sus elementos en los apartados anteriores, provee de una medida común para comparar los principios y da lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho. El objetivo es establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios a la luz de las circunstancias del caso.<sup>313</sup>

La subjetividad tampoco desaparece del principio de proporcionalidad, pero la utilidad de éste es que enmarca y esclarece cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara en el juez o en la persona u órganos que lo aplican.<sup>314</sup>

Una segunda objeción a la irracionalidad de la ponderación es que los derechos fundamentales o principios que se ponderan son dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no podrían compararse. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad tendría el problema de la inconmensurabilidad, ya que sería difícil otorgar valor a los principios en colisión y encontrarles una medida común.<sup>315</sup>

Robert Alexy acota el problema en que la conmensurabilidad se puede alcanzar siempre que, desde un discurso racional, se encuentra un punto de vista común para ponderar los principios. La inconmensurabilidad aparece en tanto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común.<sup>316</sup>

El ejemplo de la inconmensurabilidad que usa Alexy se presenta cuando un intérprete de la Constitución le dijera a otro que, desde su punto de vista, cierta cosa es válida, mientras lo contrario fuese válido desde el punto de vista del otro. Entonces, cada uno estaría en lo correcto desde su punto de vista, y no sólo ninguno se equivocaría, sino que tampoco podría ser criticado, porque no

---

nen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. *Ibidem*, p. 52.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>316</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 28.

existiría un punto de vista unitario o común desde el cual pudiese demostrarse que algo es falso. Como consecuencia, sería imposible un discurso sobre la respuesta correcta que fuese más allá de la retórica vacía y que, en ese sentido, fuese racional.<sup>317</sup>

Pero lo racional sería lo contrario: encontrar un punto de vista común desde lo que predica la Constitución, no desde el punto de vista personal. El punto de vista común aparece tan pronto como aparece el discurso racional, que se deja guiar por las ideas regulativas de lo correcto desde la perspectiva de la Constitución.<sup>318</sup>

La conmensurabilidad a través del discurso racional se refleja a través de la escala triádica de valores. El punto de vista común podría definir la intensidad “leve”, “moderada” y “grave” de los principios en colisión.<sup>319</sup> Así, por ejemplo, que una revista satírica llame “tullido” a un parapléjico constituye claramente una ofensa grave contra su derecho al honor que, a la vez, contribuye sólo de manera leve a la satisfacción de la libertad de expresión.<sup>320</sup>

Sin embargo, existen casos difíciles en los cuales graduar los principios en un contexto determinado es incierto y depende de las circunstancias y la subjetividad. Por ejemplo, para un creyente sería más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna. Los casos difíciles dependerán del margen de libertad y autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o a un colectivo. He aquí un espacio de margen de deliberación del juez.<sup>321</sup>

## 2. *La legitimidad en el principio de proporcionalidad*

Otra de las críticas más influyentes sobre el principio de proporcionalidad es sobre la legitimidad de los jueces u órganos que

---

<sup>317</sup> *Idem.*

<sup>318</sup> *Idem.*

<sup>319</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 56.

<sup>320</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento...”, *cit.*, p. 28.

<sup>321</sup> *Ibidem*, pp. 28 y 29.

dotan de contenido a los principios a través del principio de proporcionalidad, por carecer de legitimidad directa del pueblo, tal como la goza el órgano parlamentario.

Esta crítica se desprende de la primera que explicamos, dado que la aplicación del principio de proporcionalidad, al carecer de criterios jurídicos certeros, el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, lo que constituye una intervención ilegítima en la competencia legislativa para configurar la Constitución.<sup>322</sup>

La contraargumentación sobre esta crítica se ha desarrollado en dos vertientes. En la primera, Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad es legítimo sólo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.<sup>323</sup> Esto se refiere a que la democracia no es solamente un sistema de decisiones, sino también un sistema de argumentaciones. La representación del pueblo es tanto volitiva como argumentativa. Mediante la inclusión de la argumentación, la democracia se vuelve deliberativa en tanto permite institucionalizar el discurso como medio para la toma de decisiones de la sociedad.<sup>324</sup>

No obstante, alguien podría decir que cualquier argumento podría ser usado como si fuese representación del pueblo, aunque

---

<sup>322</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 246 y 247.

<sup>323</sup> Los participantes del discurso y del sistema jurídico necesariamente erigen una pretensión de corrección, la cual conecta al derecho con la moral, pero no con cualquier concepto de moral, sino con la moral entendida como una pretensión de justicia y de un contenido correcto del derecho. Para Alexy, tanto las normas y las decisiones judiciales individualizadas, así como los sistemas jurídicos como totalidad, erigen necesariamente una pretensión de corrección; en caso contrario, no deben considerarse como tales. La pretensión de corrección posee la peculiaridad de incorporar las deficiencias morales de las normas en sus propiedades jurídicas. *Cfr.*, Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 252-255.

<sup>324</sup> Nava Tovar, *op. cit.*, p. 195.

esté alejado de lo que los representados realmente piensan. La salida a este problema es el vínculo que hace Alexy entre lo que los órganos decisores argumentan y lo que el pueblo realmente piensa. De esta manera, el vínculo debe mostrar que *a)* no cualquier respuesta puede darse en el procedimiento racional, tal como lo vimos en el apartado anterior, y *b)* no sólo es necesario que los argumentos tengan la pretensión de representar al pueblo, sino que, además, un buen número de personas debe estar dispuesto a aceptar la fundamentalidad de los argumentos por la mera razón de que estos argumentos son correctos.<sup>325</sup>

La otra variante de contraargumentación es el ejemplo que da Alexander Aleinikoff; la superación de la constitucionalidad del principio de proporcionalidad podría hallarse en la idea de que la jurisdicción constitucional está dotada de la legitimidad necesaria para ponderar los bienes que entran en conflicto como consecuencia de las actuaciones estatales, porque su función consiste en corregir los errores de “cálculo legislativo”. Es decir, realiza una interpretación constitucional.<sup>326</sup>

Las ponderaciones judiciales tienen el carácter posterior y definitivo, contrario a los actos legislativos.

Por ejemplo, la prueba de daño como una materialización del principio de proporcionalidad en materia de acceso a la información superaría esta crítica, en la medida que su aplicación interpretativa ha sido ordenada por el Congreso General a través de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y encargada a los comités de transparencia de los sujetos obligados.

---

<sup>325</sup> Para Aarnio, la objetividad de las decisiones jurisdiccionales consiste en la aceptabilidad racional de las decisiones de un determinado juez, como puede ser el Tribunal Constitucional, dentro de una comunidad de interlocutores. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 295.

<sup>326</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 250-254.

## V. ADOPCIÓN DE LOS ESTÁNDARES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO

Del análisis que se ha realizado sobre los estándares normativos de la prueba de daño, frente a la aplicación que los sujetos obligados están realizando (como los casos ejemplificativos de la UNAM, el INE y la SCJN), se advierte que se requieren acreditar ciertos elementos, como la ponderación de intereses en conflicto, la acreditación del vínculo entre la difusión y la afectación, precisar las razones objetivas del riesgo de publicar la información contextualizado al caso en concreto, y que la opción de excepción que se elija debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la información.<sup>327</sup>

Por lo tanto, se considera que la estructura del principio de proporcionalidad es la herramienta interpretativa necesaria que ayuda a solventar las necesidades de dichos parámetros, en tanto el subprincipio de idoneidad responde a que la restricción al derecho fundamental debe tener un fin constitucionalmente legítimo y que la misma sea idónea para alcanzar el fin perseguido; el subprincipio de necesidad implica que la medida que se adopte para restringir el derecho debe ser la que menos dañe a los derechos en colisión, especialmente aquel que se restringe, y, por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige contrastar los argumentos a favor de la intervención de un derecho sobre los argumentos en contra de la intervención, tomando como referencia la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida en cuestión de la intervención o no intervención a la luz de las circunstancias del caso en concreto.

---

<sup>327</sup> Los parámetros de la prueba de daño han sido profundizados en el primer capítulo. Asimismo, serán retomados y comparados en el capítulo quinto cuando se proponga la estructura del principio de proporcionalidad para la prueba de daño.

En este sentido, en el siguiente capítulo se desarrolla una propuesta metodológica para aplicar la prueba de daño por parte de los comités de transparencia de los sujetos obligados, la cual responde a los estándares antes señalados, y en la que se comprueba la compatibilidad y la factibilidad que existe entre el principio de proporcionalidad y la prueba de daño.

## CAPÍTULO QUINTO

### PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO

A lo largo de los capítulos anteriores se ha demostrado la pertinencia de adoptar los estándares del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prueba de daño. Es necesario advertir que aquellos estándares responden a la necesidad real de la aplicación de esta última.

Adoptar una metodología adecuada, conforme a los parámetros constitucionales y normativos, resolvería, entre otras cuestiones, las falencias en su aplicación, tal como se profundizó en el capítulo correspondiente. Los sujetos obligados tienen el imperativo de demostrar, racionalmente, los parámetros desde los cuales se reserva la información como una medida excepcional.<sup>328</sup>

Del análisis de la aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados, podemos advertir que no se está entendiendo como una medida para comprobar la excepcionalidad, sino como mero requisito para reservar la información y sin que se tomen en consideración los factores que favorecen el interés público.

El reto de este capítulo es desentrañar y facilitar la aplicación de los estándares del principio de proporcionalidad para la prueba de daño. Esto es necesario si tomamos en cuenta factores como que el Comité de Transparencia es el órgano adecuado para apli-

---

<sup>328</sup> La metodología que aquí se propone responde a los estándares actuales de la normativa en la materia. Su adopción garantizaría los estándares de ésta. Sin embargo, la metodología serviría mejor si la norma se adecúa de manera que se clarifiquen los alcances y la manera en cómo debe entenderse y aplicarse la prueba de daño.

car la prueba de daño,<sup>329</sup> cuyos integrantes no necesariamente cuentan con especialización argumentativa constitucional;<sup>330</sup> asimismo, se deben aplicar pruebas de daño continuas y constantes en donde se estudian reservas de información. Por lo tanto, se hace útil una metodología clara y concreta para encontrar los puntos nodales en un balance adecuado y así poder sortear las cargas de trabajo en los sujetos obligados, sin que implique descuidar una correcta aplicación de pruebas de daño.

Incluso, la metodología que aquí se propone, por un lado, toma como base lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley General y en el lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales, normas encargadas de establecer los parámetros de la prueba de daño, y que fueron analizadas en el capítulo correspondiente. Por otro lado, es una adecuación de los estándares normativos a las exigencias de la aplicación del principio de proporcionalidad de Robert Alexy, trayéndolos a la realidad del derecho de acceso a la información.

Aunque no es una propuesta novedosa, en tanto el principio de proporcionalidad ha sido formulado, la aportación de la traducción de éste a través de reglas para aplicar correctamente la prueba de daño facilitará su aplicación por parte de los sujetos

---

<sup>329</sup> En el capítulo cuarto se hizo referencia al dilema que se generaba de la interpretación de los artículos 100 y 103 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, pues no quedaba claro si debían ser las unidades administrativas de los sujetos obligados o su comité de transparencia el que debiera aplicar la prueba de daño. También se afirmó que en este trabajo se recomienda que sea el comité de transparencia el que aplique la prueba de daño, ya que los nuevos estándares para su aplicación exigen un esfuerzo argumentativo y especializado para poder ponderar principios que colisionan. Esta argumentación no puede dejarse en manos de cada titular de las áreas, quienes, entre las diversas de tareas cotidianas que realizan, no están familiarizados con argumentar desde el principio de proporcionalidad.

<sup>330</sup> El artículo 43 de la Ley General citada señala que la integración de los comités de transparencia será colegiada e integrados con número impar, sin que puedan depender jerárquicamente entre sí. Más allá de estos requisitos, no se exige alguna especialización respecto a la materia que resuelven.

obligados y, además, garantizará que la respuesta que se elija sea la más racional posible.

A continuación, se realiza un comparativo entre los estándares del principio de proporcionalidad con los de la prueba de daño, para dar cuenta de su homogeneidad.

## I. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA PRUEBA DE DAÑO

La estructura del principio de proporcionalidad es la herramienta interpretativa necesaria que ayuda a solventar las necesidades de los parámetros de la prueba de daño.

Para demostrar lo anterior se toma como referencia la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de las etapas del principio de proporcionalidad y se realiza una comparación con los requisitos para realizar la prueba de daño:

- 1) *Examen de idoneidad*. De acuerdo con la Corte, esta etapa implica identificar el fin o los fines de la medida que restringe los derechos; estos fines deben ser constitucionalmente legítimos, y la medida debe promover los fines en algún grado.<sup>331</sup> En este caso, la medida debe entenderse como la reserva de la información, y los fines, aquellos relacionados con el interés público y la seguridad nacional.

Al respecto, la fracción I del artículo 104 de la Ley General en la materia expresa que, en la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo

---

<sup>331</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

Cfr. Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

al interés público o a la seguridad nacional. Los fines de la medida se deben relacionar con el interés público o la seguridad nacional.

Por su parte, el lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales reconoce, en sus fracciones I y VI, que se deberá citar la fracción y, en su caso, la causal aplicable del artículo 113 de la Ley General (catálogo de fines), la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público. Asimismo, la fracción III establece acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate.

- 2) *Examen de necesidad o medio más benigno*. Esta etapa implica, de conformidad con la Corte, corroborar que no existan medios alternativos que persigan igualmente los fines, pero que sean más benignos con el derecho intervenido.<sup>332</sup> Es decir, es necesario buscar alternativas que ayuden a garantizar el derecho de acceso a la información y, a su vez, que protejan de igual forma los principios de interés público y seguridad nacional.

Sobre esta exigencia, la fracción III del artículo 104 de la Ley General exige demostrar que la limitación representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

En esta misma línea, la fracción VI del lineamiento trigésimo tercero exige elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja.

- 3) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*. La Corte ha establecido que esta última etapa implica realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afecta-

---

<sup>332</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXX/2016, “Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 914.

dos. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.<sup>333</sup>

En el mismo sentido, la fracción II del artículo 104 de la Ley General exige a los sujetos obligados justificar que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera al interés público general de que se difunda. Por su parte, la fracción III del mismo artículo advierte que la limitación debe adecuarse al principio de proporcionalidad.

El lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales también reconoce exigencias similares. La fracción II expresa que, mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y, por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público. La fracción IV pide precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación. Por último, la fracción V expresa que, en los motivos de clasificación, el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño.<sup>334</sup>

Del análisis anterior es posible advertir que la estructura del examen de proporcionalidad puede incluir a todos los parámetros de la prueba de daño. Esto puede esquematizarse de la siguiente manera:

---

<sup>333</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXXII/2016, “Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 894.

<sup>334</sup> La etapa de proporcionalidad en sentido estricto se encarga de valorar y ponderar factores normativos y epistémicos en las tres subetapas que lo componen. Por lo anterior, es posible afirmar que las fracciones aludidas se pueden integrar y reconocer bajo los parámetros de esta última etapa del principio de proporcionalidad, la cual fue profundizada en el capítulo cuarto, apartado III.3. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

| <i>Etapas del principio de proporcionalidad</i>                                                                                                                                        | <i>Artículo 104 de la Ley General</i>                                                                                                                               | <i>Lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Idoneidad. Se refiere a que la intervención en los principios debe ser adecuada a un fin legítimo constitucional.</i>                                                               | I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional; | I. Se deberá citar la fracción y, en su caso, la causal aplicable del artículo 113 de la Ley General, vinculándola con el Lineamiento específico del presente ordenamiento y, cuando corresponda, el supuesto normativo que expresamente le otorga el carácter de información reservada;<br>III. Se debe de acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate;<br>VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información. |
| <i>Necesidad. Toda intervención debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el objetivo y no existir otra que pueda optimizar mejor el principio.</i> | III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.                          | VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

|                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><i>Proporcionalidad. Comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización de la medida establecida, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.</i></p> | <p>II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda.<br/> III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.</p> | <p>II. Mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y, por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público protegido por la reserva;<br/> IV. Precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, a través de los elementos de un riesgo real, demostrable e identificable;<br/> V. En la motivación de la clasificación, el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño, y</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

En el capítulo correspondiente se puntualizó que, cuando nos encontramos ante un dilema de conflicto de principios, es necesario partir del hecho de que ambas opciones poseen argumentos de peso para decantarse en favor de cualquiera.<sup>335</sup> Por lo tanto, es necesario tener presente que, ante un dilema entre la reserva de la información y la apertura de ésta, es posible argumentar en favor de cualquier opción, ya que ninguna puede ser inválida y ninguna tiene precedencia absoluta, sino sólo a la luz del caso en concreto.<sup>336</sup>

Generalmente, no se realiza un ejercicio de ponderación, sino una simple validación de una de las opciones que, en su mayoría, es la reserva de la información.

Lo importante en casos donde se pretende reservar la información es elegir la opción lo más racionalmente posible (idoneidad), demostrando que dicha opción interfiere lo menos posible con ambos principios (necesidad) y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción (proporcionalidad).

La legitimidad de la solución del conflicto de principios mediante la proporcionalidad depende de la racionalidad de ésta, y la racionalidad se sustenta en la estructura que se establezca para el examen de la ponderación. Es decir: estructura es igual a racionalidad; racionalidad es igual a legitimidad.<sup>337</sup> En otras palabras, la legitimidad de la reserva de la información radica esencialmente en realizar una verdadera prueba de daño a través de una estructura racional.

Los estándares reconocidos para la prueba de daño, tanto en la Ley General como su desarrollo en los Lineamientos Generales, carecen de una estructura clara para su aplicación, lo que pone en riesgo, de aplicarse conforme a éstos, la racionalidad y la legitimidad de la decisión que se tome.

---

<sup>335</sup> Esta referencia se retomó del análisis que se realizó sobre la derrotabilidad de las reglas y los principios.

<sup>336</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 180.

Por lo tanto, se estima necesario proponer una estructura clara y concreta que facilite la aplicación de la prueba de daño para los sujetos obligados, tomando en consideración todos los estándares de la normativa en la materia.

## II. PRINCIPIOS A PONDERAR EN LA PRUEBA DE DAÑO

La ponderación es una metodología adecuada para evaluar la corrección de los argumentos y decisiones en los casos de conflicto entre principios. La ponderación o proporcionalidad es la forma específica de aplicación de los principios.<sup>338</sup>

Este método de interpretación se usa recurrentemente para la solución del conflicto entre dos principios que se expresan en forma de derechos fundamentales: libertad de religión *vs.* derecho a la vida; libertad de expresión *vs.* vida privada, entre otros muchos ejemplos. Sin embargo, no todos los principios constitucionales que colisionan son derechos fundamentales. Alexy aclara que las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas.<sup>339</sup> A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, es decir, el Estado; aquí lo central es la atribución de poder. En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales.<sup>340</sup>

En el ámbito de la prueba de daño, lo que colisionan son, generalmente, las dos categorías de principios, en tanto las normas que constituyen la forma del Estado mexicano pueden verse trastocadas en su pretensión por el ejercicio del derecho de acceso a la información.

<sup>338</sup> Alexy, Robert, “Principios formales”, *cit.*, p. 17.

<sup>339</sup> La teoría principialista afirma que las normas pueden expresarse en forma de reglas o de principios.

<sup>340</sup> Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *cit.*, p. 3.

Es importante aclarar, como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los fines que pueden fundamentar una intervención al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir.<sup>341</sup>

Es por ello que el artículo 113 de la Ley General establece una serie de causales que pudieran justificar una limitación en el ejercicio del derecho de acceso a la información, a través de una reserva, dirigidas a proteger intereses del Estado mexicano, cuya publicación:

I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;

III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;

IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;

V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;

VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;

---

<sup>341</sup> Cfr. Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;

X. Afecte los derechos del debido proceso;

XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;

XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y

XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

Por ejemplo, en el caso analizado anteriormente, relativo al recurso de revisión en materia de seguridad nacional resuelto por la SCJN el 3 de abril de 2017, los principios colisionantes fueron el derecho de acceso a la información y la seguridad nacional. En este caso, el sujeto obligado consideró que la solicitud de información relativa a los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota área a disposición de la Presidencia de la República ponía en riesgo de daño el principio de seguridad nacional, en tanto se podía afectar la integridad de máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal.<sup>342</sup>

Siempre, de un lado de la colisión estará el derecho de acceso a la información. Sin embargo, el otro principio colisionante pudiera ser de aquellos protegidos por las causales de reserva reco-

---

<sup>342</sup> Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Recurso de revisión en materia de seguridad nacional 01/2015*, 3 de abril de 2017.

nocidas en el artículo 113 de la Ley General y no necesariamente serán por las mismas causas.

Lo anterior impide construir un catálogo de colisiones y probables resultados. De ahí la importancia de que sean los propios sujetos obligados los que realicen pruebas de daño, ya que como poseedores de la información, conocen la naturaleza y las implicaciones de su divulgación.

Para reducir la discrecionalidad, en los Lineamientos Generales se enlistó una serie de situaciones por las cuales es posible justificar la actualización de las causales previstas la Ley General.<sup>343</sup> Por ejemplo, el lineamiento vigésimo establece que, de conformidad con el artículo 113, fracción II, de la Ley General, podrá considerarse como reservada aquella que de difundirse menoscabe las relaciones internacionales entre México y otros Estados u organismos internacionales, entendiéndose éstas como los vínculos que se crean, modifican o extinguen entre diversos sujetos que ejercen su acción e influencia más allá de las fronteras estatales y mediante los cuales se favorece una convivencia armónica entre dichos sujetos, conformándose como el medio para solucionar diversos problemas que dificultan la realización de esa convivencia.

Para tal efecto, se exige señalar los aspectos generales de la relación con ese Estado o Estados u otro sujeto de las relaciones que salgan del Estado mexicano y la incidencia de la información sobre los aspectos particulares de esa relación. También se exige que la prueba de daño debe acreditar, además, el grado de afectación de la relación internacional, expresando las consecuencias económicas, políticas, sociales, aspectos migratorios, en su caso, y señalar si existen casos previos en que el otorgamiento de una información similar haya afectado una relación del Estado mexicano con otro sujeto de derecho internacional.

---

<sup>343</sup> Todas estas situaciones de desarrollan en el capítulo V, “De la información reservada”, del lineamiento décimo séptimo al trigésimo segundo.

Este ejemplo ilustra que la intención de los Lineamientos Generales es reducir la discrecionalidad en el momento en que se pretende reservar una información. Todas las causales previstas en el artículo 113 de la Ley General se desarrollan en los Lineamientos. Sin embargo, hay otros factores que deben tomarse en consideración para poder fundamentar una decisión potencialmente restrictiva del derecho fundamental de acceso a la información. Estos factores se agrupan en la propuesta metodológica que a continuación se desarrolla.

### III. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA PRUEBA DE DAÑO

Para un mejor entendimiento de este esquema, se formularán las reglas necesarias en cada etapa.

#### 1. *Primera etapa de la prueba de daño: examen de idoneidad*

El objeto de esta etapa es constatar que la medida que restringe un derecho fundamental no constituye una decisión arbitraria.<sup>344</sup>

Esta primera etapa se facilita por los estándares establecidos en la normativa. Tanto la medida de restricción al derecho fundamental como los fines están reconocidos en la Ley General.

Cualquier restricción del derecho de acceso a la información, a través de la reserva de ésta, es legítima, siempre y cuando:

*R1: La divulgación de la información suponga un riesgo de aquellos previstos en el artículo 113 de la Ley General.*

De acuerdo con esta primera regla, el sujeto obligado deberá demostrar la relación entre la información que se solicita con

---

<sup>344</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 877.

aquella causal aludida para reservarla.<sup>345</sup> En otras palabras, debe demostrar que existe un riesgo de daño al bien que protege la causal (seguridad nacional, seguridad pública, debido proceso, orden público, defensa nacional, etcétera) con la publicación de la información.<sup>346</sup>

Generalmente, las pruebas de daño se quedan en este primer paso para justificar la reserva.

*R2: La reserva de la información contribuye en algún grado a evitar dicho riesgo.*

En esta segunda regla el sujeto obligado debe aportar elementos para fortalecer la primera, en el sentido de que, una vez demostrado el riesgo en algún nivel, se debe acreditar que la reserva es la medida idónea para evitarlo o que contribuye a la realización del fin que se propone en algún grado.<sup>347</sup> Es decir, debe comprobarse que reservar la información es la medida adecuada para proteger, por ejemplo, la seguridad nacional.

Es necesario advertir que la relación entre el medio y el fin que se examina a través de estas dos reglas es una versión débil o de menor intensidad;<sup>348</sup> es decir, basta con que se demuestre algún grado de relación entre ambos.<sup>349</sup> La relación entre ambos

---

<sup>345</sup> Dicho artículo alude a las causales permitidas para reservar información de manera excepcional.

<sup>346</sup> Esta regla se sustenta en la fracción I del artículo 104 de la Ley General, y las fracciones I, III y VI del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales, tal como se analizó en el esquema correspondiente.

<sup>347</sup> *Idem*.

<sup>348</sup> Carlos Bernal Pulido profundiza sobre la versión débil y la versión fuerte del examen de idoneidad. *Cfr.*, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 913-920.

<sup>349</sup> Incluso la Suprema Corte de México se inclina por una posición débil, al exigir que en esta etapa debe analizarse si la medida tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos. *Cfr.*, Tesis 1a. CCLXVIII/2016, "Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa", *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

es posible sostenerla a partir de conocimientos científicos o convenciones sociales generalmente aceptadas.<sup>350</sup>

Si no es posible sostener la relación entre medio y fin en algún grado, la medida debe declararse inválida; es decir, no se debe reservar la información, puesto que, de hacerlo, sólo afectaría el derecho de acceso a la información y no contribuiría a proteger el bien jurídico aludido. Si es posible sostenerse, es necesario pasar a la segunda etapa de la prueba de daño.

## 2. Segunda etapa de la prueba de daño: examen de necesidad

En esta etapa debe examinarse si la medida adoptada es la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el fin y que no exista otra que pueda optimizar mejor el principio y dañar menos al derecho.<sup>351</sup>

*R3: Acreditar que no existe medio alternativo para no afectar o afectar lo menos posible al derecho de acceso a la información y que proteja, a su vez, el fin.*

Esta etapa exige de los sujetos obligados un ejercicio autodidacta para imaginarse alternativas o modalidades diversas para evitar, hasta el máximo posible, la reserva de la información.<sup>352</sup>

Conforme se comiencen a hacer este tipo de ejercicios al interior de los sujetos obligados y de los órganos garantes, será posible construir catálogos de medidas alternativas para entregar la información que normalmente se reserva, sin que se afecte el fin ni el derecho fundamental. Las modalidades podrían ser las

---

<sup>350</sup> *Idem.*

<sup>351</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 74.

<sup>352</sup> Esta regla se sustenta con la obligación prevista en la fracción III del artículo 104 de la Ley General, y la fracción VI del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales.

propias versiones públicas de los documentos, consulta de la información *in situ*, información estadística, información desagregada, etcétera.

Si existiera un medio que intervenga menos intensamente el derecho de acceso a la información y es igualmente adecuado para fomentar el fin, entonces debe elegirse el medio alternativo.<sup>353</sup> Si no existe medio alternativo, es necesario pasar a la última etapa de la prueba de daño.

### 3. Tercera etapa de la prueba de daño: examen de proporcionalidad

No basta con que una medida sea adecuada técnicamente y resulte la menos lesiva para justificarla. Para limitar un derecho fundamental es necesario ofrecer argumentos a favor de la intervención y considerarlos de cara a los argumentos que hablan en contra de ésta.<sup>354</sup>

En esta etapa se debe revisar si la importancia de la intervención en el derecho de acceso a la información está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido (seguridad nacional, seguridad pública, orden público, etcétera) por la reserva de información.<sup>355</sup>

*R4: Será válida la reserva sólo si el grado de riesgo por la divulgación de la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.*

Por lo tanto, resulta necesario realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que ne-

---

<sup>353</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit., p. 114.

<sup>354</sup> Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 182.

<sup>355</sup> *Idem.*

cesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.<sup>356</sup>

Es necesario recordar que toda colisión de principios necesariamente produce un daño. Sin embargo, para que sea constitucional una restricción, es necesario demostrar que este daño es superior al beneficio. En otras palabras, no basta con que se demuestre en algún grado el riesgo a algún principio, como el de seguridad nacional al divulgarse cierta información, sin antes comprobar que éste es superior al beneficio de darla a conocer, conforme a las circunstancias del caso en concreto.

Para aplicar correctamente *R4*, es necesario desarrollarla a través de las siguientes subetapas que dotan de certeza a la ponderación de principios.

#### *A. Subetapa de intensidad*

En esta primera subetapa debe constatarse, por un lado, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y, por otro lado, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

*R4.A: ¿Qué tan intenso puede calificarse el riesgo de daño del bien jurídico protegido con la divulgación de la información?*

Los grados que pueden asignarse para identificar el grado de afectación son “leve”, “moderado” o “grave”. A cada grado es posible asignarles valores numéricos mediante la secuencia geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , esto es, 1, 2 y 4, respectivamente. Esto ayudaría a tener certeza de los argumentos para poderlos ponderar.<sup>357</sup>

En este examen es necesario tomar en consideración aspectos normativos y empíricos, a la luz del caso en concreto; es decir, es

<sup>356</sup> Esta regla se sustenta en las fracciones II y III del artículo 104 de la Ley General, y en las fracciones II, IV y V del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales.

<sup>357</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 22.

necesario justificar con argumentos el grado que se le asigna.<sup>358</sup> Esto nos ayudaría a medir si el peso de las razones que justifican la reserva es alto, si pesan intensamente.

Por ejemplo, entre los aspectos normativos, se debe considerar la posición que el bien jurídico protegido tiene dentro del sistema constitucional democrático y si con la divulgación de la información se afectarían muchos elementos de éste, o no. En los aspectos empíricos es necesario valorar si con la divulgación la afectación sería real, con una temporalidad duradera, o que cambie el estado de cosas que guarda alguna situación de hecho.

Si la información es de conocimiento público por otros medios, en realidad la reserva de información poco contribuiría a la protección del bien jurídico y mucho afectaría al derecho de acceso a la información.

*R4.B: ¿Qué tan intensa puede calificarse la afectación al derecho de acceso a la información con la reserva?*

Lo mismo que en la regla anterior, los grados que pueden asignarse para identificar el grado de intervención son “leve”, “moderado” o “grave”. A cada grado es posible asignarles valores numéricos mediante la secuencia geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , esto es, 1, 2 y 4, respectivamente.

Respecto a la valoración de aspectos normativos, es poco lo que se debe valorar en relación con el derecho de acceso a la información, debido a su posición en el sistema constitucional democrático. De conformidad con los estándares nacionales e internacionales, este derecho es considerado piedra de toque de todo sistema democrático.<sup>359</sup>

No obstante, el grado de interferencia del derecho de acceso a la información podría variar respecto a los aspectos empíricos. Es necesario valorar si la interferencia menoscaba el interés ge-

<sup>358</sup> Para profundizar sobre estos dos aspectos, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 967 y ss.

<sup>359</sup> Véase el capítulo primero de este trabajo.

neral que se refleja a través de dicha solicitud de información, de conformidad con las circunstancias del caso en concreto. No será lo mismo reservar información relacionada con los planos arquitectónicos de una institución, que aquella relacionada con un caso de corrupción grave, por ejemplo. El interés general de conocer la primera no es tan importante como la segunda.

Si en esta subetapa los factores normativos distan de los factores epistémicos, podría calcularse el grado de interferencia de la siguiente manera: supongamos que le asignamos una posición importante al derecho de acceso a la información y, por lo tanto, una interferencia grave, únicamente por lo que respecta al ámbito normativo; en este sentido, el valor numérico sería 4. Por el contrario, consideremos una posición no importante del mismo derecho por lo que respecta al ámbito epistémico; por lo tanto, la interferencia es leve, y el valor numérico sería 2.

$$\frac{4}{2}$$

El grado de interferencia, entonces, podría calificarse como moderado (2).

### B. Subetapa de asignación de pesos abstractos

Este examen es independiente de las circunstancias del caso en concreto.<sup>360</sup> El peso que se le asigna a los principios en colisión dependerá de la posición que éstos jueguen dentro de un sistema jurídico.<sup>361</sup> Por lo tanto, es necesario observar elementos tales como la jerarquía constitucional del principio, la prioridad de principios que expresan derechos fundamentales, el refuerzo

<sup>360</sup> Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *cit.*, p. 10.

<sup>361</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 1002.

que tengan los principios a través de garantías para su protección, si se trata de un grupo vulnerable, la vinculación con el principio democrático y la dignidad humana, decisiones precedentes sobre el tema, etcétera.<sup>362</sup>

*R4.C: ¿Cuál es el peso abstracto del principio protegido por la reserva?*

*R4.D: ¿Cuál es el peso abstracto del derecho de acceso a la información?*

Aquí nuevamente se usan los valores asignados para la escala triádica: 1, 2 y 4.

Vale la pena resaltar que sería difícil que al derecho de acceso a la información se le otorgue un valor menor a 4, en tanto que la jurisprudencia lo relaciona con otros derechos fundamentales y piedra de toque de un Estado democrático.

Este ejercicio abstracto ayuda, simplemente, a proporcionar elementos que resultan esclarecedores para determinar el grado de precedencia de un principio sobre otro en el caso en concreto. En el capítulo correspondiente se apuntó que una intervención que se califica como leve (1) en un principio con elevado peso abstracto (4) tiene una igual importancia que una intervención grave (4), que se lleva a cabo a causa de una omisión, en un principio con escaso peso abstracto (1).<sup>363</sup>

### *C. Subetapa de justificación empírica*

A diferencia de las primeras dos subetapas que realizan una valoración abstracta tanto del peso como de la interferencia, en esta última lo que se valora es la fiabilidad de los presupuestos empíricos referidos.<sup>364</sup>

<sup>362</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, p. 127.

<sup>363</sup> Cfr., Alexy, Robert, “Principios formales”, *cit.*, p. 37.

<sup>364</sup> *Idem.*

La regla es que cuanto mayor sea una interferencia en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.<sup>365</sup>

Para medir la certeza de las premisas que sostienen la intervención o la satisfacción, se usan los grados de seguro, plausible o no evidentemente falso. Aquí los valores numéricos asignados a dichos grados son diferentes a las otras dos subetapas:  $2^0$ ,  $2^{-1}$  y  $2^{-2}$ ; es decir, 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ .<sup>366</sup> La razón de que sean diferentes es porque en el cálculo a través de la fórmula completa, hace la diferencia para obtener mayores certezas de la precedencia de un principio sobre otro. Por lo tanto, las reglas serían:

*R4.E: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de no realizarse la reserva se afectaría el bien jurídico protegido, es segura, plausible o no evidentemente falsa?*

*R4.F: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de realizarse la reserva se afectaría el interés público, es segura, plausible o no evidentemente falsa?*

Esta última subetapa ayuda a evaluar los razonamientos vertidos en las otras dos y otorgarles un valor en cuanto a su fiabilidad. Permite demostrar que ciertos argumentos tuvieron mayor peso racional frente a otros argumentos en contrario.

#### D. Conclusiones de la tercera etapa de la prueba de daño

Para hacer el cálculo de la tercera etapa, es necesario ponderar las reglas establecidas anteriormente de la siguiente manera:

$$\text{Intensidad del bien jurídico protegido por la reserva} = \frac{R4.A + R4.C + R4.E}{R4.B + R4.D + R4.F}$$

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>366</sup> *Idem*.

Es necesario resaltar que las reglas establecidas en la parte superior de la fórmula se refieren a la valoración del bien jurídico protegido por la reserva. El valor final que se le asignará corresponderá al total de la valoración de dichas reglas, sobre el total de la valoración que obtuvo el derecho de acceso a la información:

$$\frac{16}{4} = 4$$

Para asignarle el valor final al derecho de acceso a la información, deberán intercambiarse los lugares de las reglas en la fórmula de la siguiente manera:

$$\text{Intensidad del derecho de acceso a la información} = \frac{R4.B + R4.D + R4.F}{R4.A + R4.C + R4.E}$$

Por lo tanto, el valor final, tomando como referencia el ejemplo anterior, sería:

$$\frac{4}{16} = 0.25$$

Es importante recordar que, como se formuló en el apartado correspondiente,<sup>367</sup> esta última etapa de la prueba de daño se puede reducir únicamente al análisis del grado de la interferencia de los principios, es decir, a la primera subetapa de intensidad, siempre y cuando el valor del peso abstracto (segunda subetapa) y el de las certezas empíricas (tercera subetapa) se puedan neu-

---

<sup>367</sup> En el capítulo cuarto se profundizó sobre este aspecto en el apartado de las conclusiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

tralizar entre sí al tener el mismo valor cada uno.<sup>368</sup> Es decir, la fórmula simplificada quedaría como sigue:

$$\frac{\text{Intensidad del bien jurídico protegido por la reserva}}{R4.A} = \frac{R4.A}{R4.B}$$

Incluso, para los parámetros que exige la normativa en la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la fórmula simplificada para el principio de proporcionalidad en sentido estricto, y se pudiera dejar con carácter de opcional las últimas dos subetapas, en caso de que no resulte tan esclarecedora la prueba de daño. Además, resulta más sencilla su aplicación para los sujetos obligados.

#### IV. CASO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO: *CASO PUEBLA*

Tomando como referencia las reglas que se proponen para la prueba de daño, a continuación se analiza el *Caso Puebla* a la luz de dicha metodología, para vislumbrar de qué manera es posible agrupar los argumentos que demuestran la racionalidad, o no, de una clasificación de información por reserva.

El *Caso Puebla* se refiere al accidente donde perdieron la vida la entonces gobernadora de Puebla, Martha Érika Alonso, y el entonces senador Rafael Moreno Valle, hecho que cimbró la vida pública del país.<sup>369</sup>

Esto provocó, en el caso de la gobernadora, que el Congreso de Puebla eligiera un gobernador interino mientras se orga-

<sup>368</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 186.

<sup>369</sup> Para seguir la secuencia de los hechos y el debate público, *El Sol de México* ha sistematizado dicha información en el siguiente enlace <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/esto-es-lo-que-sabemos-de-la-muerte-de-martha-erika-alonso-y-rafael-moreno-valle-2841912.html>.

nizaban las elecciones para elegir a un gobernador o gobernadora sustituta. Es decir, no habían pasado ni dos semanas desde que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) validó la elección en donde fue ganadora Martha Érika Alonso, de la coalición por Puebla al Frente.<sup>370</sup> En resumen, el interés público del caso y de sus consecuencias era evidente e inevitable.

Bajo ese contexto, el pasado 26 de enero de 2019, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) recibió dos solicitudes de información mediante las cuales se solicitaba lo siguiente:<sup>371</sup>

- 1) Comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación.
- 2) Hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018.

El 15 de febrero de 2019, la Secretaría emitió las respuestas respectivas, en las cuales reservó la información solicitada, por actualizarse la causal prevista en la fracción II del artículo 113 de la Ley General, en relación con los numerales vigésimo, fracción II, y trigésimo segundo de los Lineamientos Generales, relativas al menoscabo de la conducción de negociaciones y relaciones internacionales, en razón de que la investigación del accidente se llevaba a cabo en colaboración con otros Estados invitados, en el marco del Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

Cabe señalar que dicha reserva de información no fue emitida por el Comité de Transparencia de la SCT.

---

<sup>370</sup> Las impugnaciones resueltas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación corresponden al SUP-JRC-517/2018 y SUP-JRC-204/2018, promovidas por el candidato de la coalición Juntos Haremos Historia, Luis Miguel Barbosa Huerta, y el partido Morena.

<sup>371</sup> Folios 00009000029919 y 00009000029819 de las solicitudes de información.

Por lo anterior, resulta útil realizar una prueba de daño bajo las reglas antes descritas (en su versión simplificada) tomando en consideración las circunstancias del caso en concreto.

### *Prueba de daño del Caso Puebla*

*R1: ¿La divulgación de la información relativa a 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, supone un riesgo de aquellos previstos en el artículo 113 de la Ley General?*

La SCT informó que se actualizaba el supuesto de las fracciones II y XIII del artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en relación con los lineamientos generales vigésimo, fracción II, y trigésimo segundo.<sup>372</sup> Es decir, la divulgación de esa información pudiera menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales, además de que por disposición expresa de un tratado internacional de que el Estado mexicano es parte, se le otorga el carácter de información reservada, siempre que no contravenga lo dispuesto por la Ley General.

Esta afirmación la sustentó bajo el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado el 7 de diciembre de 1944, cuyo preámbulo considera que el desarrollo futuro de la aviación civil internacional puede contribuir poderosamente a crear y a preservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, mientras que el abuso de la misma puede llegar a constituir amenazas a la seguridad general, y bajo el cual se establecen esquemas de cooperación internacional en investigaciones de accidentes aéreos.<sup>373</sup>

<sup>372</sup> Secretaría de Comunicaciones y Transportes, oficios 4.1.0.4.0.1.-089-2019 y 4.1.0.4.0.1.-090-2019, 15 de febrero de 2019, p. 2.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 3.

El Convenio, además, establece en su anexo 13, titulado “Investigación de accidentes e incidentes”, en su capítulo 5, sobre la investigación, responsabilidad por la institución y realización de la investigación, que el Estado del suceso instituirá una investigación para determinar las circunstancias del accidente aéreo y será responsable de realizarla, pero podrá delegar, total o parcialmente, la realización de tal investigación en otro Estado u organización regional de investigación de accidentes, por acuerdo y consentimiento mutuos. En todo caso, el Estado del suceso empleará todos los medios a su alcance para facilitar la investigación.<sup>374</sup>

Con base en lo anterior, México aceptó involucrar a los Estados de fabricación y diseño de la aeronave involucrada, y al Estado operador en las investigaciones de las causas probables que dieron lugar a la ocurrencia del desastre aéreo.<sup>375</sup>

Por lo tanto, es posible concluir que la información podría representar un riesgo para la causal prevista en la fracción II del artículo 113 de la Ley General, ya que pudiera menoscabar la conducción de la investigación internacional del accidente aéreo y con ello las relaciones internacionales con los países encargados de la misma.

*R2: ¿La reserva de la información contribuye en algún grado a evitar dicho riesgo?*

La SCT aseguró que, al ocurrir un accidente aéreo o incidente serio de aviación, México notifica los hechos a diversos países con el fin de que participen en las investigaciones. Esa participación consiste en dar a conocer los resultados de los análisis de los diversos componentes de la aeronave, su diseño y operación, entregando datos de patentes, de diseño, y que esperan, al amparo del anexo 13, que no sea divulgada, ya que la información se comparte con la confianza, buena voluntad y finalidad de cooperar en la investigación del accidente, cuyo único

---

<sup>374</sup> *Idem.*

<sup>375</sup> *Idem.*

objetivo es la prevención de futuros accidentes e incidentes de aviación.<sup>376</sup>

Por lo anterior, la SCT consideró que, en el caso en concreto, dar a conocer toda la información que forma parte del expediente de la investigación del accidente de la aeronave XA-BON pone en riesgo la confianza y cooperación que han depositado los Estados parte, así como las futuras investigaciones en las que se requiera la cooperación internacional.<sup>377</sup>

En conclusión, es posible acreditar el parámetro de idoneidad de la reserva de la información.

*R3: Acreditar que no existe medio alternativo para no afectar o afectar lo menos posible al derecho de acceso a la información y que protege, a su vez, el fin.*

En la consideración realizada por la SCT, mediante la cual reservó formalmente la información solicitada, afirmó que dicha reserva era el medio menos restrictivo posible, ya que el derecho de acceso a la información del particular sólo es superado por el interés general de preservar la cooperación y las relaciones internacionales de las cuales el Estado mexicano forma parte.<sup>378</sup>

Lo anterior no demuestra que no exista medio alternativo y, por lo tanto, que sea el medio menos restrictivo. Al contrario, lo que se comprueba es que, al no existir medio alternativo, es necesario elegir el medio más restrictivo y único disponible para el derecho de acceso a la información.

Dada la naturaleza de la información solicitada, consistente en 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, resulta difícil

---

<sup>376</sup> *Idem.*

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>378</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 5.

encontrar un medio alternativo a través del cual se pueda garantizar el acceso a dicha información y a la vez proteger el fin de no poner en riesgo las relaciones internacionales con aquellos países que participan en la investigación del accidente.

Por lo tanto, es necesario realizar una ponderación entre el riesgo de daño y el interés público de divulgar la información solicitada.

*R4: Será válida la reserva sólo si el grado de riesgo de publicar la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.*

Para sostener la reserva en el caso que nos ocupa, es necesario calificar la intensidad a través del análisis normativo y empírico del caso en concreto, tomando en cuenta las circunstancias de éste. Sólo en caso de que el riesgo de daño sea mayor, la reserva podrá justificarse. Para ello, es necesario demostrar las siguientes reglas.

Cabe aclarar que la SCT afirmó, en su respuesta, que el riesgo de perjuicio de la divulgación de la información contenida en los expedientes de accidentes o incidentes de aviación supera el interés público general, en virtud de que la Dirección de Análisis de Accidentes e Incidentes de Aviación (DAAIA) requiere la cooperación de los actores internacionales del medio aeronáutico para poder llevar a cabo las investigaciones mandatadas por la Ley de Aviación Civil, su reglamento, así como el convenio internacional de la OACI. El fracturar o poner en riesgo esta cooperación internacional conlleva la pérdida de confianza en el Estado mexicano de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos.<sup>379</sup>

*R4.A: ¿Qué tan intenso puede calificarse el riesgo de daño a la conducción de negociaciones y relaciones internacionales al divulgarse la información solicitada?*

---

<sup>379</sup> *Idem.*

El artículo 26 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional expresa que en el caso de que una aeronave de un Estado contratante sufra en el territorio de otro Estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, o que indique graves defectos técnicos en la aeronave o en las instalaciones y servicios para la navegación aérea, el Estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta (*i. e.* investigación) sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que pueda recomendar la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). Se permitirá al Estado donde esté matriculada la aeronave que designe observadores para estar presentes en la encuesta, y el Estado que la realice comunicará al otro Estado el informe y las conclusiones al respecto.

Este procedimiento de investigación sobre accidentes se reglamenta por el anexo 13 del convenio citado, relativo a las normas y métodos recomendados sobre la investigación de accidentes e incidentes de aviación.<sup>380</sup>

El capítulo 5 del anexo es el relativo a la investigación. En las generalidades mandata que las autoridades encargadas de la investigación de accidentes gozarán de independencia para realizar la investigación y de autoridad absoluta al llevarla a cabo. La investigación comprenderá, entre otras cosas, la protección de determinados registros de las investigaciones de accidentes e incidentes de conformidad con lo dispuesto por el punto 5.12.<sup>381</sup>

El punto 5.12 expresa que el Estado que lleve a cabo la investigación de un accidente o incidente no dará a conocer los registros que se señalan en dicho apartado para fines que no sean la investigación de accidentes o incidentes, a menos que la autoridad competente designada por dicho Estado determine, de conformidad con la legislación nacional y con sujeción al apéndice 2 y al punto 5.12.5, que la divulgación o uso de dichos regis-

---

<sup>380</sup> OACI, Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, “Investigación de accidentes e incidentes de aviación”, julio de 2016.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 35.

tros es más importante que las posibles consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones.<sup>382</sup> Entre esos registros susceptibles de protección se reconocen las grabaciones de las conversaciones en el puesto de pilotaje y las grabaciones de las imágenes de a bordo, y toda transcripción de ésta.<sup>383</sup>

Es necesario resaltar que el propio anexo 13 del Convenio permite que la información sea susceptible de divulgarse cuando resulte de relevancia para evitar posibles consecuencias adversas a nivel nacional.

En el presente caso, todo indicaría que la excepcionalidad de publicidad aplicaría debido a que la información solicitada, relacionada con los avances de la investigación, es de relevancia nacional (sobre ello se profundizará en el apartado siguiente). Por lo tanto, la divulgación de la información relacionada con la investigación del accidente del helicóptero donde se transportaban la gobernadora del estado de Puebla y el senador no transgrediría desproporcionadamente las relaciones internacionales a que hace referencia la SCT, y que protege la fracción II del artículo 113 de la Ley General, en tanto dicha divulgación se tiene prevista en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, y la excepcionalidad de evitar posibles consecuencias adversas a nivel nacional se configura en el presente caso.

Por lo anterior, podríamos evaluar que el riesgo de daño es moderado, y su valor numérico correspondiente sería 2, en tanto la excepcionalidad prevista en la propia normativa internacional de no divulgar la información sobre investigaciones de accidentes aéreos, se actualiza en el *Caso Puebla* aquí analizado.

*R4.B: ¿Qué tan intensa puede calificarse la afectación al derecho de acceso a la información y al interés público con la reserva de la información solicitada?*

---

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>383</sup> *Idem*.

El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de las personas a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas, y a ser informadas oportuna y verazmente por éstas, dotando así a las personas del conocimiento necesario para el ejercicio de otros derechos.<sup>384</sup>

El ejercicio de este derecho se ha convertido en un requisito indispensable para la consolidación de la democracia, ya que promueve el ejercicio de las libertades de las personas y la rendición de cuentas de las autoridades.<sup>385</sup>

La importancia del derecho de acceso a la información en los sistemas democráticos es prioritaria para poder acercar mecanismos de participación en la toma de decisiones a las sociedades.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas ha dado detalle de la relación que existe entre el derecho de buscar, recibir e impartir información, y la obligación de los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente de la información que está en manos del gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación. Asimismo, ha subrayado la importancia que tiene este derecho en la democracia, al hacer posible la participación en el desarrollo. Además, ha expresado su preocupación por la tendencia de los gobiernos y sus instituciones de retener del pueblo la información que por derecho le corresponde.<sup>386</sup>

Particularmente, en 1999 el relator declaró que está implícito en la libertad de expresión el derecho del pueblo al acceso abierto a la información y de saber qué es lo que los gobiernos están ha-

---

<sup>384</sup> Luna Pla, Issa, “Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social”, *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre de 2003, pp. 74 y 75.

<sup>385</sup> Peschard M., Jacqueline y Astorga O., Fidel, *Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia*, cit., p. 13.

<sup>386</sup> Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998, párrafo 14.

ciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.<sup>387</sup>

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en 2003, consideró que la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública.<sup>388</sup> Consideró, además, que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.<sup>389</sup>

Conforme a los estándares antes referidos, es posible advertir que el derecho de acceso a la información fortalece el ejercicio de otros derechos fundamentales, y que la garantía de aquél se vuelve imperante cuando se trata de derechos políticos para la toma de decisiones.

En el caso que nos ocupa, podemos afirmar que el acceso a la información solicitada, relacionada con 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, resulta de interés público, en tanto que la investigación del accidente repercutiría en la opinión pública y, en su momento, en la decisión que se debía adoptar para la elección de nueva gobernadora o gobernador en el estado de Puebla.

---

<sup>387</sup> *Idem.*

<sup>388</sup> La Asamblea General de la OEA aprobó tres resoluciones sobre el tema de acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia, identificadas y aprobadas de la siguiente manera: AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10 de junio de 2003; AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), 7 de junio de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), 6 de junio de 2006.

<sup>389</sup> *Idem.*

El nivel normativo de la importancia del derecho de acceso a la información en el presente caso se fortalece con el nivel empírico de las circunstancias del caso en concreto. Existen varios factores en el nivel empírico que es necesario tomar en consideración en tanto fortalecen el interés público de conocer la información solicitada:

- 1) El accidente ocurrió el 24 de diciembre de 2018. Días antes, el 8 de diciembre de 2018, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación había validado la elección en el estado de Puebla y confirmó el triunfo de la candidata Martha Érika Alonso Hidalgo, tras una de las sesiones más controversiales de dicho tribunal, en donde se denunciaron presiones al propio tribunal para decantarse por validar la elección.<sup>390</sup>
- 2) Tanto la entonces gobernadora como el entonces senador, Rafael Moreno Valle, pertenecían al Partido Acción Nacional, fácticamente posicionado como oposición al gobierno en turno. Incluso, la disputa por la gubernatura en el estado de Puebla era con el partido político Morena, que se posicionaba como el partido en el poder.
- 3) Una de las hipótesis que ha señalado el Partido Acción Nacional es que el accidente del helicóptero en realidad se trató de un atentado en contra de la oposición.<sup>391</sup>

<sup>390</sup> “Voto decisivo de Janine Otalora valida elecciones de Puebla”, *La Jornada*, sábado 8 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/08/voto-decisivo-de-janine-otalora-valida-elecciones-de-puebla-9689.html>. “Falso, no hubo presiones en caso Puebla: presidenta del TEPJF”, *El Universal*, 10 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/falso-no-hubo-presiones-en-caso-puebla-presidenta-del-tepjf>.

<sup>391</sup> “PAN utiliza el dolor de la madre de Martha Érika con fines políticos: Barbosa”, *El Sol de México*, jueves 28 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/pan-aprovecha-dolor-de-madre-de-martha-erika-con-fines-politicos-barbosa-accidente-aereo-puebla-carta-3124718.html>.

En suma, podemos señalar que, del análisis de los factores normativos y empíricos, la reserva de la información solicitada afectaría de manera grave el interés público, en tanto conocerla trascendería en el ejercicio de otros derechos y a la rendición de cuentas. Por lo tanto, el valor numérico que debe asignarse es 4.

Comparando ambos grados, es posible percibir que el grado de interferencia al derecho de acceso a la información (4) es mayor al grado de afectación de las relaciones internacionales (2).

En conclusión, podemos advertir que no se acredita la *R4*, en tanto el grado de riesgo de publicar la información no es mayor que la afectación del derecho de acceso a la información. Por lo tanto, debería proceder la entrega de ésta.

No sobra aclarar que dicha información fue divulgada, a pesar de que la SCT la había reservado en principio. Esta entrega de información se dio en el marco de las conferencias de prensa de la Presidencia de la República, en donde la prensa cuestionó dicha decisión al presidente, pues se trataba de información de interés público. Esta forma de divulgación, aunque garantizó el interés público, no fortalece el ejercicio del derecho de acceso a la información, en tanto se trató de una decisión unilateral y sin argumentación de por medio relacionada con la colisión entre la reserva y la apertura, ejercicio que es posible sólo a través de la prueba de daño.<sup>392</sup>

## V. CONSIDERACIONES ADICIONALES PARA LA PROPUESTA METODOLÓGICA

La propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño puede ser robustecida con algunas consideraciones adicionales que se han planteado para el principio de proporcionalidad.

---

<sup>392</sup> “SCT reserva audios del helicóptero de Moreno Valle; AMLO ordena transparencia”, Grupo Fórmula, 27 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.radioformula.com.mx/noticias/mexico/20190227/transparencia-completa-ordena-amlo-a-sct-para-caso-martha-erika-y-moreno-valle/>.

Por ejemplo, en caso de empate en un asunto donde no quede clara la precedencia de un principio frente a otro, es necesario saber qué regla debe aplicarse, o en los casos donde existan precedentes en el mismo sentido, qué papel podrían jugar éstos en las nuevas aplicaciones de la prueba de daño.

### 1. *Principio de máxima publicidad como carga argumentativa*

En caso de que la precedencia del caso en concreto no sea clara, es decir, cuando el valor de los principios ponderados resulte en un empate, es posible sostener que el principio rector de máxima publicidad obliga a elegir la apertura de la información.

Cabe aclarar que Robert Alexy ha planteado dos soluciones para los casos de empate, ambas contrarias:<sup>393</sup>

- 1) *Cargas de la argumentación hacia el principio de libertad o igualdad jurídica.* De acuerdo con esta postura, ningún principio contrario a éstos puede prevalecer sin que se invoquen a su favor razones más fuertes. Los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica; en nuestro caso, al derecho de acceso a la información.
- 2) *Cargas de la argumentación hacia la democracia.* En caso de que el empate se produzca debido al control de constitucionalidad de una ley, ésta debe ser declarada constitucional. En nuestro caso, los empates no jugarían a favor del derecho de acceso a la información, sino a favor de la reserva.

En esta investigación nos inclinamos por la primera opción, por las siguientes razones.

El principio implica, para cualquier autoridad, que toda la información que genere o posea es pública, accesible a toda persona, con excepción de aquellos casos previstos en la ley, y siempre

---

<sup>393</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 994 y 995.

que la reserva o confidencialidad se justifique. Es decir, el impedimento del acceso a la información debe ser mínimo y debe estar limitado por reglas claras, por ejemplo:

- 1) El derecho a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones.
- 2) La denegación de información por parte de las autoridades siempre deberá tener una justificación robusta, realizada mediante una prueba de daño.
- 3) La máxima publicidad debe considerarse como principio orientador de la actividad de los sujetos obligados cuando interpretan las disposiciones legales y constitucionales relacionadas con el derecho de acceso a la información pública.<sup>394</sup>

El sistema interamericano de derechos humanos, del que México forma parte, ha establecido que el derecho de acceso a la información debe estar regido por el principio de máxima publicidad, o máxima divulgación, en interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>395</sup>

Los alcances del principio de máxima publicidad implican dos aspectos fundamentales: *a)* en la aplicación de la norma, y *b)* en la interpretación de ésta.

El primer aspecto obliga a los sujetos obligados a publicar gran parte de la información referente a su funcionamiento, órganos, personal, documentos básicos, etcétera. Es una suerte de publicación de oficio de la información contemplada en las obligaciones de transparencia. También, implica el poder que tienen

---

<sup>394</sup> Estos parámetros fueron establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 699/2011, titulado “Constitucionalidad del secreto fiscal”, que a su vez fue retomado de la interpretación del sistema interamericano de derechos humanos.

<sup>395</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2a. ed., disponible en: [oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO\\_A\\_LA\\_INFORMACION\\_2012\\_2da\\_edicion.pdf](https://oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO_A_LA_INFORMACION_2012_2da_edicion.pdf).

los ciudadanos de poder solicitar cualquier información en posesión de los sujetos, más allá de la información ya disponible.

El segundo aspecto se refiere a que, en la interpretación por parte de los sujetos obligados, en caso de duda entre la publicidad o la reserva de la información, deberá favorecerse inequívocamente la publicidad de ésta.

Para aclarar los alcances de estos aspectos, vale la pena retomar la analogía que se ha hecho al principio de máxima publicidad con el principio pro persona (ambas herramientas interpretativas de derechos humanos):<sup>396</sup>

- Ante el escenario de aplicación normativa del principio de máxima publicidad, cuando hay dos normas que regulen el acceso a la información pública, en virtud de dicho principio se optará por la norma que más favorezca la divulgación de la información.
- Por lo que respecta a la aplicación interpretativa del principio de máxima publicidad, cuando a alguna norma se le puedan atribuir varios sentidos, se debe aplicar el sentido que más favorezca a la publicidad.

Por ejemplo, el Poder Judicial de la Federación ha asentado en una tesis aislada que el derecho de acceso a la información se debe concebir bajo la lógica de que la regla general debe ser la máxima publicidad de la información y disponibilidad. De modo que, en aras de privilegiar su acceso, han de superarse los meros reconocimientos formales o ritos procesales que hagan nugatorio el ejercicio de este derecho. Este principio responde a la lógica de la aplicación más favorable a las personas en la protección de sus derechos humanos.<sup>397</sup>

<sup>396</sup> Kubli García, Fausto, “El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 861.

<sup>397</sup> Tesis I.4o.A.42 A (10a.), “Acceso a la información. Implicación del principio de máxima publicidad en el derecho fundamental relativo”, *Semanario Ju-*

## 2. *Regla-resultados de la prueba de daño*

Ningún derecho fundamental puede ser limitado de manera absoluta por otro, sin antes justificar la limitación de conformidad con las circunstancias del caso en concreto.<sup>398</sup> Esta regla de la teoría general de los derechos humanos es recogida por la Ley General en su artículo 108, el cual prohíbe clasificar información antes de que se genere la información y sin que se haya realizado un examen caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño.

Sin embargo, también es necesario advertir que los comités de transparencia de los sujetos obligados publican y sostienen criterios de interpretación para la resolución de sus casos, sientan precedentes, a través de sus propias resoluciones, para la solución de casos iguales o similares. Muchas veces, por ejemplo, estos precedentes son usados para reservar información *ipso facto* que ha sido reservada con anterioridad, sin considerar las circunstancias del caso en concreto.

Entonces, ¿cuál sería el punto medio entre realizar pruebas de daño caso por caso y reservar información de manera anticipada sin un análisis previo?

Laura Clérico propone crear un *modelo de la ponderación orientado por reglas-resultado*.<sup>399</sup> Este modelo se fundamenta en que un resultado de una prueba de daño se convierta en una regla-resul-

---

*dicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 1897.

<sup>398</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido “la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. *Cfr.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párrafo 100.

<sup>399</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Argentina, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 182.

tado universalizable (sin que sea universal en abstracto) sólo si las condiciones del antecedente se pueden justificar como iguales o similares a las condiciones del nuevo caso en concreto.<sup>400</sup> Por lo tanto, el resultado de una prueba de daño es *prima facie* vinculante para la resolución de ese nuevo caso.<sup>401</sup> *Prima facie* en tanto se puede disentir del resultado de la regla-resultado, aun cuando las circunstancias del caso sean similares, pero quien disiente de este precedente tiene la carga de la argumentación y debe justificarlo de forma suficiente.<sup>402</sup>

Este modelo es intermedio para el dilema arriba citado, en tanto evita que se realicen pruebas de daño caso por caso, como lo mandata la Ley General, y a la vez impide que se reserve información sin que se analicen las circunstancias del caso.

Por lo tanto, la regla-resultado no es universal sino universalizable; sólo es válida si se consideran las circunstancias concretas del nuevo caso para justificar la igualdad o similitud entre ambos casos.

Clérico añade que es posible construir una *red de reglas-resultado*, cuyo objeto sea facilitar la información acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes. Esta red no sólo contribuye a exigir transparencia en la justificación del peso concreto de los principios, sino que también limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una prueba de daño.<sup>403</sup> Esta red jugaría una suerte de sistema de precedentes de pruebas de daño.

---

<sup>400</sup> *Idem.*

<sup>401</sup> *Idem.*

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 192.

## CONCLUSIONES

La aportación de este trabajo es demostrar la compatibilidad que existe entre el principio de proporcionalidad y los estándares de la prueba de daño para, a través de reglas claras y concretas, desarrollar una metodología con base en dicho principio para aplicar la prueba de daño de manera correcta.

Es importante dejar constancia que la finalidad de desarrollar una metodología para aplicar la prueba de daño es clarificar y bajar a la realidad los estándares normativos actuales. Como se demostró en el desarrollo del trabajo, la prueba de daño no está siendo entendida tal y como se reconoce.

La metodología responde a la exigencia de la norma para poder declarar una reserva. Pero respondería mejor si la norma se modifica para clarificar los alcances y la manera en cómo debe entenderse y aplicarse la prueba de daño por parte de los sujetos obligados. Por ejemplo, consideramos que la exigencia de demostrar la idoneidad y necesidad en una reserva de información puede no ser materia de la prueba de daño, sino un requisito formal antes de realizar una ponderación. Así, se pasaría al examen de proporcionalidad en sentido estricto de manera directa y con mayores elementos para argumentar correctamente.

La valía de esta metodología es que ubica los elementos esenciales que deben tomarse en cuenta a la hora de aplicar o reconsiderar la prueba de daño.

En el desarrollo del trabajo se advirtió que la prueba de daño no está siendo considerada como una medida excepcional de reserva de información por parte de los sujetos obligados, sino como un mero requisito formal para justificar las reservas. Es de-

cir, no se está haciendo un balance entre el riesgo de publicar la información frente al beneficio que significaría para el interés público de divulgarla. Lo anterior se debe, entre otras cosas, a que no queda claro cómo se debe aplicar la prueba de daño.

Sin embargo, la ley ordena a los sujetos obligados aplicar pruebas de daño bajo los parámetros analizados, cada que se pretenda reservar información. Incluso, como se citó, el legislador previó que esto podría representar una carga de trabajo significativa para ellos, y que incluso derivaría en la especialización de los integrantes de los órganos en la materia en la aplicación de la prueba de daño.

De ahí la necesidad de traducir las exigencias normativas para aplicar la prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad como primera aportación, y después sintetizar todas esas exigencias normativas y de la teoría de los derechos fundamentales a reglas claras y concisas para garantizar un verdadero ejercicio de ponderación de principios cuando se pretenda limitar el derecho de acceso a la información, y también para facilitar su aplicación en los sujetos obligados.

La finalidad de una aportación metodológica que sirva como guía para aplicar de manera correcta la prueba de daño en sus diferentes facetas es fortalecer el estándar de ésta y que se respete su estructura y parámetros, tanto los exigidos por la Ley General como los recomendados por los Lineamientos Generales, para que las argumentaciones que se viertan en un análisis de este tipo sean transparentes y legítimas.

Argumentaciones racionales en las reservas de información inhibirían la prevalencia de los intereses políticos, que generalmente se ponen por encima de los intereses de la sociedad.

El modelo propuesto para aplicar la prueba de daño, y que toma como referencia las etapas del principio de proporcionalidad, se estructura a través de las siguientes reglas:<sup>404</sup>

---

<sup>404</sup> Capítulo quinto, “III. Propuesta metodológica para la prueba de daño”, pp. 201-2014.

### Primera etapa:

*R1: La divulgación de la información supone un riesgo de aquellos previstos en el artículo 113 de la Ley General.*

*R2: La reserva de la información contribuye en algún grado a evitar dicho riesgo.*

### Segunda etapa:

*R3: Acreditar que no existe medio alternativo para no afectar o afectar lo menos posible al derecho de acceso a la información y que proteja, a su vez, el fin.*

### Tercera etapa:

*R4: Será válida la reserva sólo si el grado de riesgo de publicar la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.*

*R4.A: ¿Qué tan intenso puede calificarse el riesgo de daño del bien jurídico protegido con la divulgación de la información?*

*R4.B: ¿Qué tan intensa puede calificarse la afectación al derecho de acceso a la información con la reserva?*

### Reglas optativas:

*R4.C: ¿Cuál es el peso abstracto del principio protegido por la reserva?*

*R4.D: ¿Cuál es el peso abstracto del derecho de acceso a la información?*

*R4.E: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de no realizarse la reserva se afectaría el bien jurídico protegido, es segura, plausible o no evidentemente falsa?*

*R4.F: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de realizarse la reserva se afectaría el interés público, es segura, plausible o no evidentemente falsa?*

Como se advirtió en el apartado correspondiente, para los parámetros que exige la normativa en la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la fórmula simplificada del principio de proporcionalidad en sentido estricto, y dejarse con carácter optativo las últimas dos subetapas (R4.C-R4.D y R4.E-R4.F), en caso de que no resulte tan esclarecedora la prueba de daño.

La metodología propuesta ayuda a conocer si un argumento o una decisión en donde se reserva información es arbitraria y carente de racionalidad. En tanto se siga una estructura coherente, no cualquier respuesta puede darse en un procedimiento racional y no cualquier respuesta es posible en un marco constitucional democrático.

A la metodología propuesta habría que agregar otros factores que son necesarios para fortalecerla. Por ejemplo, debería tenerse en claro que el objeto de la metodología es racionalizar y legitimar las decisiones de los órganos a través de la estructuración de los argumentos. También es necesario tener en cuenta la importancia de las deliberaciones colegiadas a través del Comité de Transparencia, para que el ejercicio no sea unilateral y parcial; la metodología no busca una única respuesta correcta, sino encontrar y decantarse por las argumentaciones que tengan mayor peso en la deliberación.

La propuesta para aplicar la prueba de daño ayuda también a que su ejercicio quede evidenciado en las justificaciones o resoluciones a través de las cuales los sujetos obligados reservan información. Es decir, sería útil y pertinente que se demuestre la aplicación de la prueba de daño bajo estos estándares, para exponer las argumentaciones que sostienen la reserva y el balance que se realizó frente al interés público, lo que demostraría que la decisión no fue discrecional sino racional.

Evidenciar este tipo de ejercicios por parte de los órganos del Estado ayudaría, en lo subsecuente, a perfeccionar dicho modelo; a que se respete verdaderamente el espíritu del derecho de acceso a la información en nuestro sistema jurídico mexicano; a que los órganos garantes que fungen como revisores de las decisiones que reservan información tengan mayores elementos para calificar una reserva de información.

Por otro lado, a partir de este tipo de esquemas de argumentaciones, sería interesante y posible diseñar un sistema de revisión ciudadana especializada para que los argumentos que sean usados en las reservas de información puedan ser revisados, criticados y retroalimentados. A su vez, sería necesario analizar los mecanismos con que cuenta el modelo procedimental del ejercicio del derecho de acceso a la información, como vía para que las argumentaciones que pudieran sostener una prueba de daño sean representativas de la sociedad mexicana, es decir, democráticas.<sup>405</sup>

Un segundo estudio para profundizar y perfeccionar la propuesta que aquí se desarrolla sería resolver la cuestión sobre qué argumentos han de considerarse necesariamente válidos en una prueba de daño. Por ejemplo, tomar en consideración la especialidad y autonomía del sujeto obligado que reserva información; de esta manera, han de excluirse argumentos inconsistentes o que contienen premisas empíricamente refutables, así como exigencias no universalizables que no pueden ser aceptadas por otros sujetos. Que los argumentos sean coherentes, es decir, que la objetividad se siga si las proposiciones normativas son objetivamente fundamentables en virtud de las ponderaciones y no sólo representan decisiones subjetivas, entre otras cuestiones.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *cit.*, p. 113.

<sup>406</sup> Para profundizar sobre la corrección de los argumentos en la ponderación, véase Sieckmann, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.

La importancia del fortalecimiento de la prueba de daño es un campo que ofrece oportunidades serias para la consolidación de varios intereses nacionales. El primero, se refiere a la protección efectiva a un derecho fundamental. El segundo, a que esa protección se traduce en el fortalecimiento de la participación democrática de las personas en los asuntos públicos que les conciernen. El tercero, que el procedimiento argumentativo que se lleva a cabo en la prueba de daño al interior de los sujetos obligados y, en última instancia, en los órganos rectores de la materia, se convierte en una deliberación mediante la cual se procesan los temas e intereses que a la sociedad le atañen, tales como la definición de interés público, seguridad nacional, acceso a información, seguridad pública, etcétera.<sup>407</sup>

En este tipo de herramientas interpretativas, como la prueba de daño, se gestan las deliberaciones base de la legitimidad de las decisiones democráticas, en el sentido de que a través de ellas se ventilan los desacuerdos profundos y razonables que caracterizan a una sociedad; estos desacuerdos son la base de una democracia. El diálogo que se lleva a cabo a través de la prueba de daño sirve como mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales y racionales; los argumentos se van perfeccionando como una forma de representación popular.<sup>408</sup>

Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad (*i.e.* la prueba de daño) es legítimo sólo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.<sup>409</sup> Esto se refiere a que la democracia no es solamente un sis-

---

<sup>407</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *cit.*, p. 114.

<sup>408</sup> Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro*, Madrid, nueva época, vol. 16, núm. 2, 2013, p. 19.

<sup>409</sup> Los participantes del discurso y del sistema jurídico necesariamente erigen una pretensión de corrección, la cual conecta al derecho con la moral, pero

tema de decisiones, sino también un sistema de argumentaciones. La representación del pueblo es tanto volitiva como argumentativa. Mediante la inclusión de la argumentación, la democracia se vuelve deliberativa, en tanto permite institucionalizar el discurso como medio para la toma de decisiones de la sociedad.<sup>410</sup>

Bajo esta perspectiva, la prueba de daño como método de interpretación y decisión detonaría un campo a analizar en cuanto a la contribución que hace, en sentido positivo o negativo, para la construcción de un Estado constitucional (discursivo) y la democracia.

La valía de esta aportación académica es buscar un modelo desde el derecho que busque resolver una realidad compleja. Si bien la filosofía del derecho busca encontrar las respuestas a la concepción y naturaleza del derecho, siempre es necesario tener como horizonte materializarla a través de modelos de interpretación para que los operadores jurídicos lo usen en sus actividades cotidianas.

---

no con cualquier concepto de moral, sino con la moral entendida como una pretensión de justicia y de un contenido correcto del derecho. Para Alexy, tanto las normas y las decisiones judiciales individualizadas, así como los sistemas jurídicos como totalidad, erigen necesariamente una pretensión de corrección; en caso contrario, no deben considerarse como tales. La pretensión de corrección posee la peculiaridad de incorporar las deficiencias morales de las normas en sus propiedades jurídicas. *Cfr.*, Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 252-255.

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 195.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

- ACKERMAN, John M. y SANDOVAL, Irma E., *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, IFAI, 2008.
- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, enero-junio de 2009.
- ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008.
- ALEXY, Robert, “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 37, 2014.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 5, 1998.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Perú, Universidad Externado de Colombia, 2003 (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 28).
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- ARAUJO RENTERÍA, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

- ARIAS CASTAÑO, Abel, *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”, OEA AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), aprobada el 4 de junio de 2009.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, OEA AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada el 8 de junio de 2010.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 59 (1). Convocación de una conferencia internacional de libertad de información*, Sexagésima Quinta Reunión Plenaria, 14 de diciembre de 1946, disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(1\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(1)).
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en CÁCERES NIETO, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Dictamen de la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública, con proyecto de Ley Federal de Trans-

- parencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, *Gaceta Parlamentaria*, núm. 985-I, martes 23 de abril de 2002.
- CÁMARA DE SENADORES, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Anticorrupción y Participación Ciudadana, de Gobernación, y de Estudios Legislativos, segunda; relativo a la Iniciativa que contiene el Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, *Gaceta del Senado*, LXII/3SPO-105, 18 de marzo de 2015.
- CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “El derecho de acceso a la información a la luz de la reforma en materia de derechos humanos”, en PESCHARD MARISCAL, Jacqueline (coord.), *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: nuevos paradigmas para su garantía*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2015.
- CARSTEN, Bäker, “Reglas, principios y derrotabilidad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 37, 2014.
- CERVANTES PÉREZ, Benjamín Alejandro y LUNA PLA, Issa, “El desarrollo del acceso a la información pública como derecho humano”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, noviembre de 2016.
- CERVANTES PÉREZ, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, *Revista de Estudios en Derecho a la Información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 6, julio-diciembre de 2018.
- CERVANTES PÉREZ, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, en *El acceso a la información pública como herramienta para el fortalecimiento de la democracia*, México, INAI, 2018.

- CERVANTES PÉREZ, Benjamín Alejandro, *La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2019.
- CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003.
- CLÉRICO, LAURA, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- CLÉRICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, OEA, octubre de 2000.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Observación General núm. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 102o. periodo de sesiones, Ginebra, 2011, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8507.pdf>.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Resolución CT-VT/A-18-2017, 8 de marzo de 2016.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Resolución CT-CI/A-5-2016, 4 de septiembre de 2017.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Resolución CT-CI/A-11-2017, 29 de mayo de 2017.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Resolución CTUNAM/073/17, 10 de marzo de 2017.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Resolución CTUNAM/011/17, 27 de enero de 2017.

- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Resolución CTUNAM/21/16, 14 de octubre de 2016.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, Resolución INE-CT-R-0255-2017, 30 de junio de 2017.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, Resolución INE-CT-R-0244-2017, 22 de junio de 2017.
- COMITÉ DE TRANSPARENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, Resolución INE-CT-R-0067-2017, 24 de febrero de 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Raddilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.
- Declaración conjunta de los relatores para la libertad de expresión. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión*, OEA, 26 de noviembre de 1999.
- Declaración conjunta sobre acceso a la información y sobre la legislación que regula el secreto. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión*, OEA, diciembre de 2004.

DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio de 2012.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., España, Ariel, 1989.

FAJARDO MORALES, Zamir A., *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*, disponible en: [http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material\\_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf) (fecha de consulta: abril de 2019).

“Falso, no hubo presiones en caso Puebla: presidenta del TEPJF”, *El Universal*, 10 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/falso-no-hubo-presiones-en-caso-puebla-presidenta-del-tepjf>.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GARCÍA-YZAGUIRRE, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Dikaion*, Colombia, año 26, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2012.

GRUPO FÓRMULA, “SCT reserva audios del helicóptero de Moreno Valle; AMLO ordena transparencia”, 27 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.radioformula.com.mx/noticias/mexico/20190227/transparencia-completa-ordena-amlo-a-sct-para-caso-martha-erika-y-moreno-valle/>.

*Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas, Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998.

*Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas, Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, ONU Doc. E/CN.4/2000/63, 18 de enero de 2000.

- Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Misión a México*, ONU Doc. A/HCR/17/27/Add.3.
- INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*, México, IFAI, 2004.
- INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, 3a. ed., México, IFAI, 2007.
- KUBLI GARCÍA, Fausto, “El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano”, en CARPIZO, Jorge y ARRIAGA, Carol (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, México, UNAM, núm. 9, 2007.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?”, en SALAZAR UGARTE, Pedro, *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- LUNA PLA, Issa, “Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social”, *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre de 2003.
- LUNA PLA, Issa *et al.*, *Resoluciones relevantes en materia de acceso a la información y de protección de datos personales*, México, Instituto Na-

- cional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, 2017.
- LUNA PLA, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México, UNAM, 2009.
- MARTÍNEZ BECERRIL, Rigoberto, *El derecho de acceso a la información en México. Su ejercicio y medios de impugnación*, México, INFOEM, 2009.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos, 2015.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro*, Madrid, nueva época, vol. 16, núm. 2, 2013.
- “PAN utiliza el dolor de la madre de Martha Érika con fines políticos: Barbosa”, *El Sol de México*, jueves 28 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/pan-aprovecha-dolor-de-madre-de-martha-erika-con-fines-politicos-barbosa-accidente-aereo-puebla-carta-3124718.html>.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- PESCHARD M., Jacqueline y ASTORGA O., Fidel, *Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012 (Serie Temas Selectos de Derecho Electoral, núm. 3).
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008.
- RAINER, Arnold *et al.*, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, núm. 1, 2012.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA, *Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos*, OEA, Informe Temático, 2010.

- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA, *Informe Anual de 1999*, OEA.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA, *Informe Anual de 2001*, OEA.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA, *Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en México 2010*, OEA, 7 de marzo de 2011.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, “La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 33, julio-diciembre de 2015.
- SAGUES, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 8, núm. 1, 2010.
- SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Recurso de revisión en materia de seguridad nacional 01/2015*, 3 de abril de 2017.
- Tesis 1a. CCCXLIV/2015, “Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2015.
- Tesis 2a. CIV/2014 (10a.), “Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2015.
- Tesis 2a. I/92 (8a.), “Información. Derecho a la, establecido por el artículo 6o. de la Constitución Federal”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, agosto de 1992.
- Tesis I.4o.A.42 A (10a.), “Acceso a la información. Criterios que deben observar las restricciones que se establezcan al ejercicio del derecho relativo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013.

- Tesis P. LXXXIX/96 (9a.), “Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6o. también constitucional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, junio de 1996.
- Tesis P. XLV/2000 (9a.), “La Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó originariamente el artículo 6o. constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente este concepto a garantía individual y a obligación del Estado a informar verazmente”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, abril de 2000.
- Tesis I.4o.A.42 A (10a.), “Acceso a la información. Implicación del principio de máxima publicidad en el derecho fundamental relativo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003.
- “Voto decisivo de Janine Otalora valida elecciones de Puebla”, *La Jornada*, sábado 8 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/08/voto-decisivo-de-janine-otalora-valida-elecciones-de-puebla-9689.html>.

*La prueba de daño en materia de acceso a la información. Análisis crítico y propuesta metodológica para su aplicación*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 21 de abril de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Esta obra llena un vacío académico por diversas razones. Primero, porque a pesar de la extensa regulación, no existen suficientes estudios doctrinales del derecho de acceso a la información en México para interpretar dogmáticamente la garantía del derecho y su protección frente a otros derechos e intereses protegidos; segundo, porque toma casos de estudio para analizar el problema desde la práctica, y tercero, porque propone un modelo de análisis para el intrincado y complejo diseño de las pruebas de daño.

