



LA PRUEBA DE DAÑO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD *THE HARM TEST AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY*

Benjamín Alejandro CERVANTES PÉREZ*

RESUMEN. La prueba de daño en materia de acceso a la información es una herramienta interpretativa para reducir la discrecionalidad en las clasificaciones de reserva de la información. En México, el marco regulatorio toma como referencia el principio de proporcionalidad para la aplicación de la prueba; sin embargo, es necesario aclarar los motivos y estándares de dicha aplicación para comprender la metodología a través de la cual deben llevarse a cabo las argumentaciones que den fundamento a una reserva de información, ya que sin ella el ejercicio seguirá siendo discrecional por parte de los sujetos obligados.

PALABRAS CLAVE. Prueba de daño, acceso a la información, reserva de la información, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT. *The harm test in access to information law is an interpretive tool to reduce discretionary decisions in the classification of information. In Mexico, the regulatory framework takes as a reference the principle of proportionality for the application of the test; however, it is necessary to clarify the reasons and standards of the said to understand the methodology through which the argumentation to ground the closure of information must be carried*

* Estudiante de posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM y licenciado en derecho por la misma institución. Actualmente se desempeña como asesor en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), benalecer@gmail.com.

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2017.

Fecha de dictamen: 26 de febrero de 2018.

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

out. Without this method, the exercise of testing harm will remain discretionary on the side of the government agencies.

KEY WORDS. *Harm test, access to information, classified information, principle of proportionality.*

50

I. INTRODUCCIÓN

● El propósito de este artículo es dilucidar el objeto, alcance y metodología de la prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad en los estándares reconocidos en la normativa mexicana. Por lo tanto, para tener mayor certeza de su naturaleza, es preciso revisar la teoría principalista de los derechos fundamentales como marco teórico que explique el porqué de herramientas interpretativas como la prueba de daño, y abordar específicamente la teoría de Robert Alexy, quien propone una metodología para superar los conflictos de principios.

● Posteriormente, se profundizará en el análisis del principio de proporcionalidad para conocer la función, el propósito y las etapas que implica realizar este examen en la colisión de principios. Lo anterior ayudará a demostrar que el nuevo esquema que se integró en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹ (LGTAIP) y en los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de Información, emitidos por el Sistema Nacional de Transparencia,² toma como base los elementos que aporta el principio de proporcionalidad de Robert Alexy, con la intención de tener mayor certeza en el ejercicio de ponderación de derechos o principios que estén en juego en el derecho de acceso a la información.

● Por tanto, la tercera parte de este trabajo se dedica a clarificar el nuevo estándar y a proponer una metodología para su aplicación, si no correcta, al menos más cercana a las pretensiones teóricas y normativas. La intención de este ejercicio es aportar un insumo para superar el viejo

¹ La ley vigente fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 4 de mayo de 2015.

² Acuerdo del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública, y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos Generales en materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas. Lineamientos vigentes publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de abril de 2016.

ejercicio de la prueba de daño, cuya mayor deficiencia es la vaguedad y la discrecionalidad.

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS

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 informados oportuna y verazmente por éstas, dotando así a las personas del conocimiento necesario para el ejercicio de otros derechos (Luna Pla, 2003: 74 y 75).

El derecho de acceso a la información en México se encuentra reconocido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 13 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), e instrumentado por la LGTAIP. Los principios rectores que constituyen este derecho son los de máxima publicidad, gratuidad, facilidad de acceso y no discriminación.

Para el objeto de este trabajo, es necesario resaltar el principio de máxima publicidad. Dicho principio se encuentra reconocido en el artículo 60. constitucional, así como en el párrafo segundo del artículo 7o. de la LGTAIP. 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.

En el Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de las Naciones Unidas (2000: párrafos 42-44), se asienta que

...el derecho a acceder a la información que está en manos de autoridades públicas 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.

Según este principio, toda la información que repose o deba reposar en las instancias estatales 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 publi-



BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

dad, la apertura es la regla, y el secreto es la excepción (Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, párrafos 86 y 92). 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.

52 Ahora bien, sobre las limitaciones del derecho de acceso a la información, la Relatoría de la CIDH (2000) ha planteado que el límite al ejercicio del derecho de acceso a la información 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, advierte que el alcance de dichas restricciones no debe enmarcarse dentro del ámbito de discreción de los Estados, sino que éstas deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Ante estas restricciones, de conformidad con la Relatoría, 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. Sobre este referente, es necesario advertir dos temas. El primero, de conformidad con el estándar internacional, 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.

Ahora bien, la funcionalidad y racionalización de estos estándares tienen como fundamento teórico la diferencia entre principios y reglas, especialmente en la solución de conflicto entre ellos. Esta diferencia la profundiza Robert Alexy, quien toma como base aquella que realiza Ronald Dworkin sobre reglas y principios para poderlos identificar dentro de un sistema jurídico. Para Alexy, la distinción 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 elementales, pues sin ella no podría existir una teoría adecuada de los límites, una teoría satisfactoria de la colisión, y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (Cianciardo, 2003: 894).

De acuerdo con Alexy, es necesario entender a los principios como mandatos a optimizar, es decir, como normas que ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esta manera, no es que los principios se cumplan o no, sino que deben cumplirse en diferente grado y atendiendo

a las posibilidades de cumplimiento reales y jurídicas, mientras que las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas categóricamente, ya que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible (Alexy, 1993: 86). Este razonamiento echaría por tierra la pretensión de Dworkin de encontrar una “única respuesta correcta”, pues sería contradictorio con la naturaleza de los principios.³

Alexy resalta la naturaleza de los principios obtenida desde el argumento que usa Dworkin para diferenciar las reglas de los principios. 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. 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 (Nava, 2015: 131).

La colisión de principios consiste en que dos normas, tomadas en sí mismas, concluyen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Lo que tenga validez dependerá de qué decisión deba adoptar a la luz de las circunstancias del caso concreto (Nava, 2015: 178). Por tanto, 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 (Nava, 2015: 131). De esta manera es que Alexy llega a la certeza de que es el principio de ponderación o proporcionalidad el que ayuda a resolver adecuadamente los conflictos de principios, pues responde al tratamiento que deben tener como mandatos a optimizar de acuerdo con las posibilidades normativas y fácticas (Nava, 2015: 176).

Cuando existe 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 se enfrenta ante un dilema de apertura o reserva, cada caso presentará razones válidas para elegir cualquier opción. Lo importante es elegir la opción más racionalmente posible, demostrando que dicha opción interfiere lo menos posible con ambos principios y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción, además de que es la opción más adecuada que la otra. Esta

³ Dworkin elabora un modelo de principios en el que propone, al igual que en el sistema de reglas del positivismo que cuenta siempre con una respuesta ante los casos que no representan un reto, que los principios permitan tener también una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta.



BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

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

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:

54

Estructura = racionalidad = legitimidad

- En ese entendido, el objetivo del siguiente apartado se centra en analizar la estructura del principio de proporcionalidad y en realizar un comparativo con el nuevo esquema de la prueba de daño que, en materia de acceso a la información, se estableció en la LGAIP, para comprobar que este esquema busca que las soluciones que se adopten cuenten con la racionalidad que el principio de proporcionalidad aporta.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad 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, que ha marcado la pauta en la elaboración de la filosofía del derecho actual (Rainerd, 2012: 71).

Aunque Robert Alexy apoyó su concepción de filosofía del derecho mediante el principio de proporcionalidad, por ser un mecanismo que permitía institucionalizar la razón en la argumentación judicial, dicho principio nació en 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 qué normas y qué actos eran constitucionales desde el punto de vista sustantivo. Su impacto fue tal que prácticamente todo sistema constitucional ha adoptado los principios fundamentales del principio de proporcionalidad (Díez, 2012).

Anteriormente se mencionó que la estructura de la proporcionalidad es fundamental para poder tener decisiones racionales y, por lo tanto, decisiones legítimas que no aspiran a ser la única respuesta correcta, pero sí

que esté justificada y pueda sostenerse bajo los esquemas democráticos de una Constitución.

Dicho 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.

El principio de idoneidad se refiere a que la intervención en los principios debe ser adecuada a un fin legítimo constitucional. Por tanto, las exigencias a la hora de la valoración son conocer si: 1) la intervención tiene un fin constitucionalmente válido, y si 2) la intervención es idónea para favorecer a la obtención de un fin (Nava, 2015: 180). Por ejemplo, las restricciones a un derecho fundamental sólo pueden darse si resultan indispensables para el cumplimiento de una finalidad legítima (Rainer, 2012: 74).

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. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) identifica este primer requisito en los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales como fines que legítimamente fundamenten la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos (SCJN, Tesis 1a. CCLXV/2016).

Sobre el segundo requisito, es necesario que la medida de intervención al derecho fundamental sea la adecuada para arribar al fin constitucionalmente legítimo. Al respecto, la SCJN considera que 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 el legislador (SCJN, Tesis 1a. CCLXVIII/2016).

El segundo principio es el de necesidad o mandato del medio más benigno. Este refiere a que toda intervención debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el objetivo, y no debe existir otra que pueda optimizar el principio. Entonces, el medio más benigno debe cumplir por lo menos con 1) que ningún participante resulte peor que antes, y 2) que al menos uno de los participantes experimente una mejora (Nava, 2015: 181). Si existen medidas de intervención o afectación



BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

menos gravosa y se elige aquella que resulta más gravosa para los principios en conflicto, la intervención no es correcta (Cárdenas, 2014: 74).

56 Sobre este segundo subprincipio, la SCJN ha sostenido que el examen de 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, en 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 (SCJN, Tesis 1a. CCLXX/2016).

● Los dos primeros subprincipios, el de idoneidad y el de necesidad, se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas, y a las circunstancias de cada caso en concreto. Esta primera etapa del principio de proporcionalidad tiene como objetivo evitar costos evitables. Costos que, no obstante, en muchos casos es inevitable en la colisión de principios, por lo que se hace necesaria una revisión a través del tercer principio: el de proporcionalidad en sentido estricto.

En este tercer principio, debe revisarse si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la norma o el acto. No basta que una medida sea adecuada técnicamente y resulte la menos lesiva (ver los dos subprincipios anteriores) para justificarla, la exigencia de justificabilidad exige al más. Éste 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 (Covarrubias, 2012: 499-541). De acuerdo con la SCJN, 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 (SCJN, Tesis 1a. CCLXXII/2016).

Asimismo, este tercer subprincipio presenta una estructura compuesta por dos leyes de ponderación: 1) la ley material, o mejor conocida como la fórmula refinada del peso, y 2) la ley epistémica o las cargas de la argumentación, que se usan generalmente en caso de empate de la primera ley, y complementa la fórmula refinada del peso.

Sobre la ley material, es necesario advertir que la misma está compuesta por dos pasos a seguir. En el primer paso debe definirse el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. El resultado deviene de hacer un balance entre el grado de afectación del primer principio (P_1) sobre el segundo, y sobre el grado de afectación del segundo principio

(P_2), en el caso de la no realización del primer principio (P_1). A este paso se le conoce como intensidad de interferencia, y se expresará con la letra “I”; así, se tiene que para medir el grado de interferencia de P_1 sobre P_2 , se debe obtener el cociente entre I_1 e I_2 (Nava, 2015: 182-186).

En el segundo paso de la ley material debe definirse la importancia de la satisfacción del principio que se opone al otro. A este paso se le conoce como el de peso abstracto. Éste consiste en asignarle un valor determinado a los principios en juego para saber, en abstracto, qué principio tiene mayores consideraciones normativamente. Por tanto, en la fórmula se expresará con la letra “P”, para identificar el peso del primer principio (P_1) sobre el segundo principio (P_2). Muchas veces este ejercicio queda neutralizado porque a los principios en juego se les asigna el mismo valor; sin embargo, puede resultar ilustrador al momento de realizar la fórmula (Nava, 2015: 182-186).

Sobre los dos primeros pasos de la ley material, los valores que se usan para poder obtener un resultado del ejercicio de ponderación son los de la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es, 1, 2 y 4. Finalmente, en caso de ser necesario se aplica un tercer paso a la fórmula refinada del peso, conocida como ley epistémica. En éste debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Se refieren a la fiabilidad de los supuestos empíricos y normativos, primero con respecto a la cuestión de cuán intensa es la interferencia con P_1 , y cuán intensa sería la interferencia con P_2 , y si la interferencia con P_1 fuera omitida. Esta fiabilidad puede identificarse con R_1^{nf} y R_2^{nf} .

La fiabilidad es un factor que no se refiere a las cosas, en este caso a la intensidad de interferencia y los pesos abstractos; es decir, no es un factor óntico. Es, mejor dicho, un factor referido al conocimiento de las cosas del caso en concreto. Esto quiere decir que es un factor epistémico.

Por todo lo anterior, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se materializa a través de la siguiente fórmula:

$$P_{1,2} = \frac{I_1 \quad P_1 \quad R_1^{nf}}{I_2 \quad P_2 \quad R_2^{nf}}$$

Así, el peso del principio prevaleciente ($P_{1,2}$) resulta del cociente entre el producto de: 1) la afectación del principio P_1 en concreto; 2) su peso abstracto, y 3) la seguridad de las premisas empíricas y normativas relativas



BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

a su afectación; y, el producto de 1) la afectación del principio en concreto; 2) su peso abstracto, y 3) la seguridad de las premisas empíricas y normativas relativas a su afectación.

58 Ahora bien, existen casos en los cuales la certeza empírica y normativa tanto de P_1 como de P_2 son iguales, por lo que es posible reducir ambos y no incluirlos en la ponderación. Asimismo, es posible reducir el peso abstracto de los principios en caso de que se valoren con igual valor abstracto. Por lo tanto, la misma fórmula puede reducirse o ampliarse dependiendo de la complejidad de cada caso concreto, pero si las categorías anteriores se neutralizan, entonces la fórmula del peso puede sintetizarse del siguiente modo (Nava, 2015: 182-186):

$$P_{1,2} = \frac{I_1}{I_2}$$

En la valoración que se da en el tercer paso es diferente. Aquí los valores asignados a las escalas de esta variable pueden representarse mediante la secuencia geométrica 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} ; esto es, 1, $\frac{1}{2}$ y $\frac{1}{4}$.

Para muchos teóricos, realizar este tipo de exámenes puede entorpecer las valoraciones judiciales y volverlas mecánicas. Contrario a eso, el cálculo ayuda a racionalizar la estructura de la ponderación, pero la ponderación reside en la valoración que realiza el tribunal o cuerpo colegiado. No se busca un modelo algorítmico que suprima la discrecionalidad jurisdiccional para alcanzar una respuesta única y correcta, sino para evitar un margen que dé pie al subjetivismo y discrecionalismo.

La aplicación del principio de proporcionalidad mediante la prueba de daño es complicada, ya que en cada etapa del mismo se debe dotar de argumentaciones bastante complejas que satisfagan y comprueben el resultado de cada una de ellas. Asimismo, el cálculo sirve para racionalizar la ponderación que se realice al interior de los órganos colegiados respectivos, dotando los argumentos a favor y en contra. Lo anterior no indica que dichas operaciones deban publicarse en la resolución, pero sirven como guía, no sólo para tomar una decisión, sino para construir los argumentos finales en razón de la intensidad de la intervención del peso abstracto de cada principio, y de las razones empíricas o normativas que intervienen en los casos en concreto.

IV. LA PRUEBA DE DAÑO: CRÍTICA Y PROPUESTA METODOLÓGICA

La necesidad de retomar y profundizar sobre el tema de la prueba de daño surge en la firme convicción de que los parámetros desde los cuales se reconoce actualmente la prueba de daño en la legislación mexicana la convierten en un mecanismo que trae consigo nuevos horizontes, no sólo para el ejercicio del derecho de acceso a la información de las personas, sino para el fortalecimiento democrático de las instituciones, al ser un medio a través del cual se puedan reflejar los intereses de la sociedad. No obstante, es necesario hacer una revisión de la evolución normativa y dogmática de la prueba, en razón de que ayuda a entender la importancia y los retos actuales para la misma.

59

En 2003, ante la aprobación de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFAIPG) y los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, se estableció como parámetro que al clasificar información con fundamento en algunas de las causales de reserva que marcaba la ley resultaba necesario considerar “la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto” (Lineamientos, artículo 8o.). De este modo, la prueba de daño aplicable contenía dos elementos. El primero era la existencia de “elementos objetivos” que permitieran determinar el daño. El segundo, que éstos debía cumplir tres condiciones: la de ser “presente”, “probable” y “específico” (López y Posadas, 2007: 13).

Sin embargo, de un análisis sustantivo sobre ese modelo se puede advertir que el examen no contenía una racionalidad suficiente que permitiera demostrar fehacientemente que la decisión que se tomaba fuera la más apropiada. La prueba de daño, a través de esos criterios, se hacía como una suerte de *check list* para expresar argumentos en favor de un daño presente, probable y específico. Lo anterior se da debido a que los sujetos obligados y órganos garantes han tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios “presente”, “probable” y “específico”, al tratarse de términos vagos.

Como se señaló en el apartado correspondiente del principio de proporcionalidad, cuando dos principios o más se encuentran en conflicto, es posible que las opciones de solución posean argumentos de peso para inclinarse en favor de cualquiera; es decir, cada posible respuesta presentará razones válidas para ser elegida. Lo importante es elegir la opción más

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

racionalmente posible, demostrando que dicha opción interfiere lo menos posible con los principios en conflicto, y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción, además de que es la opción más adecuada que la otra (Nava, 2015: 178).

60 En la prueba de daño que se estableció con el estándar anterior, bastaría con que se argumentara en favor del “daño”, sin demostrar el balance con “el beneficio”, para señalar que en realidad debía prevalecer el primero. Es preciso mencionar que este tipo de examen carecía de razonabilidad y, por tanto, de legitimidad. Ergo, se podía convertir en un ejercicio inconstitucional al no respetar la naturaleza y el tratamiento de los principios consagrados en el texto fundamental.

● Sin embargo, tal parece que el nuevo estándar que se estableció en la LGTAIP intenta resolver las falencias al establecer parámetros de racionalidad que permiten a los órganos colegiados, encargados de realizar la prueba de daño, contar con mayores elementos para legitimar su decisión y, a su vez, acotar el ámbito de discrecionalidad.

● Actualmente, para reservar la información no basta con que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que pueda ser automáticamente reservado. Las razones para poder reservar la información se regulan en el artículo 113, y suman trece modalidades (LGAIP, artículo 113). La normativa define que la información clasificada como reservada podrá permanecer bajo ese 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 (LGAIP, artículo 101).

Por su parte, el artículo 103 de la LGAIP 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.⁴ Mientras que el artículo 108 de la misma ley ordena

⁴ 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 información desde el momento de la clasificación de la información. Esta ambigüedad ha quedado reflejada en la práctica. Por ejemplo, tanto la UNAM como el Instituto Nacional Electoral (INE) en su reglamentación interna reconocen que son las unidades administrativas quienes realizan la prueba de daño. El Comité de Transparencia de la UNAM se limita a la revisión de las mismas; el Comité de Transparencia del INE no sólo revisa, sino que, en ocasiones, complementa dicha prueba de daño. En cambio, aunque en la SCJN no esté

que la clasificación de información reservada se realizará conforme a un análisis caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño. Sin embargo, es en el artículo 104 de dicha ley en el que se precisa el principio de la prueba de daño, estableciendo que:

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.

61

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, demostrable e identificable, pues se entraría en la dinámica del viejo estándar de usar argumentos repetitivos en categorías de definición vaga. Por lo que el segundo paso de la prueba de daño es que, una vez que se acreditó el riesgo, es necesario ponderarlo con el interés público general de que se difunda esa información, demostrando que el primero supera al segundo. Mientras que la tercera fracción es una guía de cómo realizar dicha ponderación a través del principio de proporcionalidad. Es decir, se debe determinar, en resumen, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la reserva de la información frente al interés público de divulgarla. Además, se deben explorar las alternativas a través de las cuales se puede conseguir un menor daño a los intereses en pugna, o verificar que el medio que se eligió para reservar la información es el más benigno.

Con base en lo anterior, se puede advertir que el esquema de la prueba de daño obedece a la estructura del principio de proporcionalidad. Por tanto, su ejercicio, realizado a través de los comités de transparencia y los órganos garantes, debe transformarse y adecuarse a estos nuevos estándares. Si se revisan los ejercicios que actualmente se realizan, se puede advertir que la gran mayoría aún obedecen al viejo esquema.⁵ Por ello se considera

explícito en su normativa interna, en los casos que se analizan, se pudo observar que es su Comité de Transparencia el que realiza la prueba de daño para revisar la reserva de información realizada por el área.

⁵ Una de las dificultades para materializar los nuevos estándares es que ni la LGAIP ni los Lineamientos establecen cómo realizar la prueba de daño. Simplemente proporcionan

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

que es necesaria la construcción de una metodología para realizar adecuadamente una prueba de daño en la que se contenga, cuando menos, la especificación de los siguientes elementos:

62

- 1) Los propósitos de la prueba de daño que, resumiéndose, serían racionalizar y legitimar las decisiones de los órganos.
- 2) La importancia de las deliberaciones colegiadas para que el ejercicio no sea unilateral y parcial.
- 3) Los pasos de la prueba de daño, respetando el principio de proporcionalidad de la teoría de principios, que serían:

i) Idoneidad:

- ¿Cuál es el fin para reservar la información y su fundamento?
- ¿Con la reserva de la información es posible alcanzar dicho fin?

ii) Necesidad:

- ¿Existen medios alternativos que puedan garantizar el acceso a la información sin poner en riesgo alguna causa de reserva?

iii) Proporcionalidad:

- ¿Qué tan importante es para el interés público dar a conocer la información solicitada de acuerdo con el contexto del caso?
- ¿Qué tan intenso sería el riesgo a la seguridad nacional (u otras causas) si se divulga la información solicitada?
- ¿La intervención del derecho de acceso a la información está justificada por la importancia del fin que se persigue al reservar la información?

$$P_{1,2} = \frac{I_1}{I_2}$$

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.

- 4) La necesidad de demostrar los resultados en las resoluciones. Es decir, aunque no es recomendable que los cálculos se demuestren en las resoluciones —ya que éstas están dirigidas a los ciudadanos—, es importante, al menos, demostrar las argumentaciones que se vertieron en uno u otro sentido y que hicieron llegar a determinada solución.
- 5) Casos ejemplificativos que demuestren la materialización de dicho estándar. Resultaría clarificador el último punto de la propuesta de metodología para la aplicación de la prueba de daño, en la medida en que se ilustraría el tipo de argumentación que debe realizarse en cada etapa de la misma para demostrar el daño en una colisión de principios.

63



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

La trascendencia de la metodología radica en que, a través de la misma, la prueba de daño se constituye como una manera de ejercer un control de constitucionalidad en sede administrativa,⁶ 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 referencia 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 encarga a las áreas de los sujetos obligados y, en pocas ocasiones,

⁶ Así lo entendió la Corte IDH 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. Esta consideración 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.

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

es una tarea que asumen los comités de transparencia que, en suma, son más de mil órganos o áreas que pueden realizar esta verificación. Por esta razón, no debe realizarse cualquier aplicación ni interpretación, ya que en ello se encuentran involucrados intereses de la sociedad mexicana, protegidos por la Constitución, 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.

64

Como propuesta de este artículo, el comité de transparencia debe ser el que aplique la prueba de daño, debido a 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 del área, quien, entre las múltiples tareas cotidianas que realiza, muchas veces no está familiarizado con argumentar desde el principio de proporcionalidad.

Si bien existen muchos pendientes en materia de transparencia y acceso a la información, fortalecer el esquema constitucional de las decisiones que emiten los órganos colegiados encargados de revisar las actuaciones de las unidades administrativas de los sujetos obligados, significaría también fortalecer todo el apartado institucional hacia el interior de los sujetos obligados, pero también hacia el exterior en el momento de que sus actuaciones serán revisadas. No obstante, no debe perderse de vista que todo esto debe resultar en beneficio de las personas titulares de los derechos fundamentales de acceso a la información y protección de datos personales. Más aún, el interés general de transparentar cada vez con mayor rigor las actuaciones de las autoridades es para que se contribuya al robustecimiento de una democracia mexicana muy mermada.

V. CONCLUSIONES

La prueba de daño en materia de acceso a la información surge como una repuesta a la necesidad de establecer nuevos estándares constitucionales 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 en el derecho de acceso a la información. A través de ella es 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 so-

ciudades democráticas), aunque tomando como referencia las limitaciones competenciales de los sujetos obligados.

Esto detonaría la preocupación relacionada con su aplicación funcional y correcta por parte de los sujetos obligados. La prueba de daño 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 más de mil 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, 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.

65



VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALEXY, Robert, 1993, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert, 1998, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 5.
- CÁRDENAS, Jaime, 2014, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XLVII, núm. 139, enero-abril.
- CIANCIARDO, Juan, 2003, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), 2000, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, OEA.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), 2006, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, serie C, núm. 151.
- COVARRUBIAS, Ignacio, 2012, “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información y la vida privada”, *Revista de Derecho*, Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, núm. XXXVIII, julio.

BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

- DÍEZ, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio.
- DWORKIN, Ronald, 1989, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- FLORES, Imer B., 2006, “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart reconsiderada: ¿entre Escila y Caribdis?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 265, vol. 66.
- 66
- KELSEN, Hans, 2011, *Teoría pura del derecho*, España, Trotta.
- LÓPEZ, Sergio y POSADAS, Alejandro, 2007, “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.
- ○
●
- LUNA PLA, Issa, 2003, “Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social”, *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre.
- NAVA, Alejandro, 2015, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos.
- ONU, 2000, *Informe del relator especial para la libertad de expresión, promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*, Doc. E/CN.4/2000/63.
- RAINER, Arnold *et al.*, 2012, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, núm. 1.
- ROJAS, Víctor, 2006, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LVI, núm. 246, julio-diciembre.
- VILLANUEVA, Ernesto, 2003, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM.

Marco jurídico

Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFAIP), 2002, México, disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/LFTAIPG/LFTAIPG.pdf>.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGAIP), 2015, México, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015.

Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, 2003, México, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=692002&fecha=18/08/2003.

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.

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.

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.

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.

