



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
POSGRADO DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO

La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del  
principio de proporcionalidad

TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:  
BENJAMÍN ALEJANDRO CERVANTES PÉREZ

Directora de Tesis:  
Dra. Issa Luna Pla  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., septiembre 2019.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**ÍNDICE GENERAL**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1. CONTEXTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LAS EXCEPCIONES EN SU EJERCICIO EN MÉXICO.</b>	<b>16</b>
<b>1.1 El derecho de acceso a la información en México.</b>	<b>17</b>
1.1.1 El reconocimiento constitucional del acceso a la información en 1977.	19
1.1.2 La reglamentación del derecho de acceso a la información.	23
<b>1.2 Estándares internacionales del derecho de acceso a la información.</b>	<b>30</b>
1.2.1 El derecho de acceso a la información en el Sistema Universal de Derechos Humanos.	30
1.2.2 El derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	35
<b>1.3 Las excepciones al derecho de acceso a la información y la prueba de daño.</b>	<b>45</b>
1.3.1 La naturaleza de la prueba de daño.	50
<b>1.4 Algunas consideraciones sobre la prueba de daño.</b>	<b>58</b>
1.4.1 ¿Es la prueba de daño un control de constitucionalidad?	59
1.4.2 La prueba de daño como palanca democratizadora	67
<b>CAPÍTULO 2. LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DEL DERECHO.</b>	<b>70</b>
<b>2.1 La indeterminación interpretativa de Hans Kelsen.</b>	<b>72</b>
<b>2.2 La textura abierta del derecho de H.L.A. Hart.</b>	<b>77</b>
<b>2.3 Los casos difíciles de Ronald Dworkin.</b>	<b>82</b>
<b>2.4 La estructura de las normas de Robert Alexy</b>	<b>88</b>
2.4.1 Los principios como mandatos a optimizar	89
2.4.2 La derrotabilidad de las reglas y los principios	90
2.4.3 El carácter prima facie de los principios y las reglas	94

2.4.4 La subsunción y la ponderación	97
<b>2.5. Objeciones a la noción de principios</b>	<b>99</b>
2.5.1 La aplicación de las normas	99
2.5.2 Mandatos de optimización y mandatos a optimizar	100
2.5.3 Los principios como reglas.	102
2.5.4. Derechos y fines	103
<b>2.6. la teoría principialista y su relación con la prueba de daño</b>	<b>105</b>
<b>CAPÍTULO 3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.</b>	<b>107</b>
<b>3.1 Antecedentes jurisprudenciales del principio de proporcionalidad.</b>	<b>110</b>
3.1.1 Antecedentes en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania.	110
3.1.2 Antecedentes para México.	115
<b>3.2 Etapas del principio de proporcionalidad.</b>	<b>120</b>
3.2.1 El principio de idoneidad	122
3.2.2 El principio de necesidad o medio más benigno.	130
3.2.3 El principio de proporcionalidad en sentido estricto	137
<b>3.3 La racionalidad del principio de proporcionalidad. Una mirada a las críticas.</b>	<b>156</b>
3.3.1 Crítica a la racionalidad del principio de proporcionalidad.	158
3.3.2 La legitimidad en el principio de proporcionalidad.	161
<b>CAPÍTULO 4. LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN LOS SUJETOS OBLIGADOS.</b>	<b>164</b>
<b>4.1 La evolución de la prueba de daño en México.</b>	<b>166</b>
4.1.1 El viejo estándar de la prueba de daño.	167
4.1.2 El nuevo estándar de la prueba de daño	178
<b>4.2 La prueba de daño en la UNAM</b>	<b>185</b>
4.2.1 Análisis de la resolución CTUNAM/011/17	186
4.2.2 Análisis de la resolución CTUNAM/073/17	189
4.2.3 Análisis de la resolución CTUNAM/21/16	191

<b>4.3 La prueba de daño en el INE.</b>	<b>194</b>
4.3.1 Análisis de la resolución INE-CT-R-0255-2017	196
4.3.2 Análisis de la resolución INE-CT-R-0244-2017	199
4.3.3 Análisis de la resolución INE-CT-R-0067-2017	201
<b>4.4 La prueba de daño en la SCJN.</b>	<b>203</b>
4.4.1 Análisis de la resolución CT-VT/A-18-2017	204
4.4.2 Análisis de la resolución CT-CI/A-5-2016	207
4.4.3 Análisis de la resolución CT-CI/A-11-2017	210
<b>4.5 Consideraciones finales sobre la aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.</b>	<b>213</b>
4.5.1 Ambigüedad normativa.	213
4.5.2 Necesidad de argumentos racionales en la prueba de daño.	215
4.5.3 Falta de metodología adecuada.	216
4.5.4 Adopción de los estándares del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prueba de daño.	217
 <b>CAPÍTULO 5. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO.</b>	 <b>220</b>
<b>5.1 La estructura del principio de proporcionalidad para la prueba de daño</b>	<b>222</b>
<b>5.2 Propuesta metodológica para la prueba de daño</b>	<b>230</b>
5.2.1 Primera etapa de la prueba de daño: examen de idoneidad.	230
5.2.2 Segunda etapa de la prueba de daño: examen de necesidad.	234
5.2.3 Tercera etapa de la prueba de daño: examen de proporcionalidad.	236
<b>5.3 Caso práctico de aplicación de la prueba de daño: Audios entre torre de control y helicóptero en Puebla.</b>	<b>245</b>
5.3.1 Prueba de daño del Caso Puebla.	247
<b>5.4 Consideraciones adicionales para la propuesta metodológica</b>	<b>258</b>
5.4.1 Principio de máxima publicidad	258
5.4.2 Regla-resultados de la prueba de daño	261

<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>264</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOHEMEROGRÁFICAS</b>	<b>272</b>

## INTRODUCCIÓN

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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, a 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 esta.

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>

En México, se reconoce a la prueba de daño como una herramienta para interpretar los principios en colisión en materia de acceso a la información, bajo la perspectiva

---

<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*, INAI, México, 2018, p.102.

de máxima publicidad, constituyéndose como un método de protección amplia al derecho fundamental, erigiéndose, a su vez, como un modelo en la región latinoamericana para dirimir las controversias que surjan en la restricción de ese derecho fundamental. 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.

En el sistema constitucional mexicano, el derecho de 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 seguridad nacional, entre otros. El segundo tipo se justifica por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas, y se trata de información confidencial.<sup>2</sup>

Para acreditar alguna causal de excepción del primer tipo, es decir, de reserva, se tiene que demostrar que la publicación de ese documento puede generar un daño a un valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere una ponderación de los valores en conflicto —en este caso, la publicidad de determinada información frente a la seguridad nacional, por ejemplo—.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> López Ayllon, Sergio y Posadas, Alejandro. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, en *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 9, México, 2007, p. 1.

<sup>3</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *ob. cit.*, p.105.



## Introducción

A esta ponderación de principios, cuya finalidad es legitimar las reservas de información y la limitación en el ejercicio del derecho de acceso a la información, se le conoce como “prueba de daño”.

La finalidad de la prueba de daño es validar que la reserva de información –y con ello la limitación del derecho-, sea idónea, necesaria y proporcional.

Desde el año de 2002 se decía que existía una obligación implícita para las autoridades de aplicar una prueba de daño, pues en la exposición de motivos de la primera Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental 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>4</sup>

Por lo anterior, 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

---

<sup>4</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.

Generales), es novedoso en cuanto a que propone estándares más robustos que permiten complementar el examen.

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 de Robert Alexy, con la intención de tener mayor certeza en el ejercicio de ponderación de derechos o principios que están en juego en el derecho de acceso a la información.

Es por ello por lo que esta investigación tiene la necesidad de responder a la pregunta: ¿es el principio de proporcionalidad la herramienta para aplicar adecuadamente la prueba de daño?

#### OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de la presente investigación es analizar 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.

Es necesario advertir que no se han desarrollado investigaciones sobre el tema de la prueba de daño en el país. Pocos se han detenido a analizar las implicaciones de este ejercicio interpretativo y nadie ha profundizado sobre su impacto en el sistema constitucional mexicano<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Además del autor de esta investigación, solo un trabajo académico hace referencia directa a este ejercicio interpretativo, de los autores López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, citado en la

## Introducción

Por lo anterior, se hizo imperativo para el desarrollo de la hipótesis y el objeto que sustentan esta investigación, retomar los estándares del principio de proporcionalidad, incluyendo un recuento teórico de la teoría principialista, y traerlos a la necesidad de la prueba de daño.

También es necesario advertir que, en la realidad cotidiana de la interpretación que realizan 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. Si se revisan los ejercicios que actualmente se realizan, se puede advertir que la gran mayoría aún obedecen al viejo esquema.

Esto detona la necesidad de realizar una propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño que sea adecuada a los estándares normativos en la materia, tomando como referencia la estructura del principio de proporcionalidad. Lo anterior, con la intención de racionalizar y legitimar las reservas de información y así proteger el derecho de acceso a la información de las personas.

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 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 se termine por no respetar el estándar constitucional en la materia.

---

primera nota al pie de página. Sin embargo, este trabajo data del año 2007, por lo que no es posible sacarlo a colación bajo los nuevos parámetros de la normativa aprobada en la materia en los años de 2014 y 2015. Posterior a ello, el autor de esta investigación ha escrito los artículos “La prueba de daño como palanca democratizadora”, 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.

## ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Para explorar las inquietudes anteriores, esta investigación se estructura en cinco capítulos.

En el Capítulo 1, titulado “Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México”, 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 quiera reservar cierta información y limitar el ejercicio de este derecho fundamental. Finalmente, el capítulo se encarga de desentrañar la naturaleza de la prueba de daño y contextualizarlo en el esquema constitucional mexicano.

El Capítulo 2, titulado “La teoría principialista del derecho”, es uno de los sustentos teóricos de esta investigación. Si la intención de la prueba de daño es ponderar principios que colisionan, entonces, resulta indispensable conocer la naturaleza y comportamiento de los principios en un sistema jurídico. Es por ello que se hace un recuento de la construcción de esta teoría, bajo un análisis superficial de las propuestas realizadas por Kelsen, Hart, Dworkin y Robert Alexy.

El capítulo anterior provoca que se dedique un solo capítulo, el tercero, a la profundización del otro fundamento teórico, “El principio de proporcionalidad”. En dicho 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.

## Introducción

En el capítulo tercero retomamos los antecedentes del principio de proporcionalidad y, sobre todo, profundizamos en las etapas que componen este ejercicio interpretativo para desentrañar sus requerimientos y, posteriormente, llevar esos estándares a la prueba de daño. En el mismo capítulo se retoman las críticas que se han realizado al principio de proporcionalidad.

El capítulo cuarto se titula “La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados”. La intención primigenia de este 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 tanto, la información se reserva de manera discrecional al no ponderarse los principios en pugna y con ello dañándose, en principio, el ejercicio de un derecho fundamental e, indirectamente, la construcción de una sociedad democrática.

Para ello, se analiza la evolución de la exigencia de aplicar una prueba de daño en los casos en que se quiera reservar información, desde la primera ley en la materia en el año de 2002, llegando al nuevo estándar reconocido en la normativa actual. Una vez analizado dicho estándar, 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.

De este análisis casuístico se advierte 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. Además, se advierte que una de las dificultades para materializar dicha prueba, es que la normativa en la materia no establece cómo

realizar la prueba de daño, únicamente proporciona criterios vagos que debe cumplir dicho ejercicio y sus resultados. Lo anterior puede derivar en la postergación de un verdadero examen de proporcionalidad en materia de acceso a la información.

Por tal motivo, se considera necesaria la construcción de una metodología para realizar adecuadamente una prueba de daño al interior de los sujetos obligados, propuesta que se desarrolla en el capítulo cinco, titulado “Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño”.

En este último capítulo se retoma la estructura del principio de proporcionalidad para la construcción de 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 dicha metodología, basadas en el lenguaje y lógica del derecho de acceso a la información, se realiza un caso práctico de aplicación de prueba de daño, tomando como referencia el caso de la solicitud de acceso a los audios entre la torre de control y el helicóptero accidentado en donde 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.

Estos cinco capítulos conforman el cuerpo de la investigación.

#### METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Referente a la metodología de investigación, ha sido el método deductivo el principal de ésta misma, con la finalidad de buscar los resultados esperados. Si el principio de proporcionalidad es un método interpretativo para resolver

## Introducción

casuísticamente una colisión de principios, y la prueba de daño es una exigencia para ponderar los derechos o principios en colisión en materia de acceso a la información, entonces el principio de proporcionalidad es la herramienta para aplicar correctamente la prueba de daño en materia de acceso a la información.

Secundariamente se usa el análisis y la comparación. El primero nos ayuda para desentrañar naturalezas, elementos y causas de los conceptos que se usan en el desarrollo de esta investigación, como la teoría principialista, el principio de proporcionalidad, la prueba de daño, etc. El segundo, nos ayuda a revisar la compatibilidad que existe entre el principio de proporcionalidad y los estándares de la prueba de daño, para la correcta aplicación de ésta.

### MOTIVACIONES

Las motivaciones para investigar y profundizar sobre este tema y realizar propuestas concretas, se agrupan en dos sentidos. Las primeras, buscan 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. Las segundas, son profesionales; el tema de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, me buscó y me eligió desde el año 2014.

Además, se abre un campo de investigación que ofrece 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, o la relación entre la prueba de daño y el constitucionalismo discursivo.

La finalidad de que la investigación proponga una metodológica de prueba de daño, es 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 salvaguarda eficazmente el 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”, *ob. cit.*, p. 115.



## CAPÍTULO 1. CONTEXTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LAS EXCEPCIONES EN SU EJERCICIO EN MÉXICO.

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 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

---

<sup>7</sup> Este apartado toma como referencia lo publicado por el autor, en colaboración con la Dra. 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*, Miguel Ángel Porrúa, 9ª edición, noviembre 2016, México.

de interés público, según sea el caso, como un examen que demuestre la necesidad de clasificar dicha información.

En las consideraciones finales de este capítulo se abordan algunas interrogantes que nacen del análisis de los estándares específicos de la prueba de daño; por ejemplo, que dicha prueba es una especie de control de constitucionalidad difuso en sede administrativa; el papel que juega la prueba de daño en la democracia mexicana, y la importancia de reconocer y aplicar sus estándares adecuadamente para poder potenciar los efectos y propósitos de la misma.

### 1.1 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 remontan hasta el año de 1766 donde Suecia promulga la “Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a Actas Públicas”, no es

---

<sup>8</sup> Luna Pla, Issa, “Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social”, en *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”, en *Serie Temas selectos de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 3, México, 2012, p. 13.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

sino hasta los años 60's del siglo pasado cuando comienza a tomar forma como un derecho fundamental en los nuevos Estados democráticos.<sup>10</sup>

El surgimiento en el Estado mexicano ha sido *sui generis*. Su reconocimiento en el texto constitucional surgió desde el año de 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 solo 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. La primera, un análisis desde el reconocimiento en la Constitución en el año de 1977 y el impulso que se realizó por parte del movimiento social/académico llamado Grupo Oaxaca para su reglamentación adecuada. La segunda, los logros que se obtuvieron a partir de la reglamentación de ese derecho.

---

<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 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 el año de 1966 cuando Estados Unidos de América [del Norte] aprueba el documento “The Freedom of Information Act”. Ver Martínez Becerril, Rigoberto, *El derecho de acceso a la información en México. Su ejercicio y medios de impugnación*, INFOEM, México, 2009, p. 15 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*, IFAI, México, 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/>

### 1.1.1 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 6° constitucional desde 1977; 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 aquél 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<sup>12</sup>, en el que estableció que el derecho a la información, adicionado al artículo 6° en el año de 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 que lo estimara oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información.<sup>13</sup>

---

<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*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, p. 36

<sup>12</sup> Vale la pena señalar que en la década de los 80, el Estado mexicano firmó los dos tratados internacionales en materia de derechos humanos referidos en el apartado anterior. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo ratificó el 23 de marzo de 1981; mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos la ratificó el 24 de marzo del mismo año. Desde entonces, México ha estado sujeto a las normas e interpretaciones internacionales en materia de acceso a la información, particularmente.

<sup>13</sup> Este criterio nació raíz del amparo 10556/83, a través del que 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 6 constitucional, no podía entenderse sino se reconocía el ejercicio individual por parte de las personas. Tesis 2a. I/92 (8ª), *Información. Derecho a la, establecido por el artículo 6° de la Constitución Federal*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, agosto de 1992.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

Esta limitación interpretativa surgió dentro del contexto del monopolio de poder y los medios de comunicación por parte del partido político hegemónico en México, resultaba cuesta arriba proponer algunos cambios en su lógica de actuar y gobernar. Tanto las autoridades como los medios de comunicación solo ayudaban a fortalecer los lazos entre las élites políticas y se olvidaban de la ciudadanía, legitimaban el sistema de un 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>14</sup>

Por ejemplo, la misma Suprema Corte en el año de 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 veda 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 éste proceder

---

<sup>14</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*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., México, 2009, 193 pp.

de las autoridades incorpora a la vida política una cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación de la verdad.<sup>15</sup>

Es decir, la Corte aceptó que en pleno ocaso del siglo XX, el Estado mexicano incurría en una violación grave a los derechos 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 el año del 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>16</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 el año 2000, se llegó a un consenso social sobre la necesidad de crear una ley reglamentaria del artículo 6° constitucional.

---

<sup>15</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.

<sup>16</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); solicitud de acceso a un expediente clínico (3008/98); y, el caso de acceso a expediente de queja ante la CNDH (2099/1999).

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

Afortunadamente para el desarrollo de las discusiones en torno al derecho de acceso a la información, el movimiento social identificado como Grupo Oaxaca<sup>17</sup> definió el discurso desde los estándares internacionales, las disciplinas jurídicas, de administración pública y desde la ciencia política<sup>18</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 información gubernamental y no solamente para conocer y enterarse de noticias, como se había interpretado desde la libertad de expresión. De esta manera, 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 el año de 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>19</sup>

- I. El derecho a la información es un derecho humano universal.
- II. La información pública le pertenece a las personas.
- III. Máxima apertura de los poderes del Estado.
- IV. Obligación de publicar y entregar la información que posee el Estado.
- V. Procedimientos ágiles, sencillos y a costos mínimos.
- VI. Mínimas excepciones a la norma.
- VII. Organismo autónomo para promover la apertura y resolver controversias.

---

<sup>17</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>18</sup> Luna Pla, Issa, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 97.

- VIII. Tras la pista del dinero.
- IX. Consistencia jurídica.
- X. 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. 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.

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.

#### 1.1.2 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.



## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 esta ley se consideró al IFAI como un órgano descentralizado de la administración pública federal.

En el año de 2006, se amplía el parámetro de interpretación del derecho de acceso a la información, a través de una reforma a la Ley Federal, en 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 donde 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>20</sup>. Sin embargo, como todo derecho progresivo, pronto necesitó de actualización y armonización.

En el año de 2007, se añadió un segundo párrafo al artículo 6° de la Constitución, en donde se reconocían los principios y bases que debían regir el derecho de acceso a la información a nivel nacional<sup>21</sup>. La intención de esta reforma era mitigar una problemática: no todas las leyes en nuestro país cumplían con el contenido del artículo 6°, 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 el gobernador en turno<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Parra profundizar sobre el diagnóstico del acceso a la información en su etapa inicial, ver Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*, IFAI, 1ª ed., México, 2004.

<sup>21</sup> Sobre los propósitos y alcances de la reforma constitucional de 2007, véase Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, IFAI, 3ª ed., México, 2007.

<sup>22</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/ftaig.pdf>.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

A partir de este momento, desde el texto constitucional se reconocieron los principios básicos en la materia a través de los cuáles debían elaborarse las leyes en la materia, especialmente las locales. Estos principios son los siguientes:<sup>23</sup>

- I. 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 tanto, el reconocimiento de este principio intentaba acabar con esa práctica discrecional.
- II. 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 publicidad y la excepción la reserva de la misma, 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 generaría 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, sino 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.

---

<sup>23</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*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 4 a 12.

III. Acceso universal: el derecho de información es un derecho fundamental de cualquier persona. Por tanto, su ejercicio no debe impedirse solicitando que acredite su personalidad, nacionalidad, ciudadanía o edad. Basta con que 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 6° 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>24</sup>.

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.

Inclusive, 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

---

<sup>24</sup> *Ídem*.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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, expeditos y especialización en las resoluciones.<sup>25</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 reforma 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 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, mismas que pueden ser impugnadas por el Consejero Jurídico; entre otras implicaciones.

---

<sup>25</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 a 290.

Un año más tarde de esta reforma constitucional, se expidió la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley General), misma que concreta los cambios planteados para el nuevo régimen de la materia. Con esta Ley General se rompe con 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 7 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.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

Los estándares en la materia, tanto nacionales como internacionales, abogan justamente, por lo contrario, generar una interpretación amplia y garantista en el derecho. Por lo que en el siguiente capítulo reforzamos 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.

### 1.2 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. Basta señalar que ninguna norma internacional reconoce explícitamente el derecho de acceso a la información como derecho humano.

No obstante, en el desarrollo de jurisprudencia y de criterios tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos, como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha reconocido la existencia del mismo y se ha resaltado su importancia en los Estados democráticos.

#### 1.2.1 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 de 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>

El siguiente antecedente en el Sistema Universal es hasta el año de 1993. La Comisión de Derechos Humanos (ahora el 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 de expresión y evaluar su desarrollo y cumplimiento en los Estados miembros de Naciones Unidas.

En sus 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

---

<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, publicado 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 los firman para cumplirlos de buena fe. Agregando que los Pactos cuentan con mecanismos vinculatorios especiales para su cumplimiento.



## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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's internacionales, en donde han establecido los principios fundamentales que deben regir en el cumplimiento del acceso a la información. Por ejemplo, en el año de 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 extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.”<sup>31</sup>

En el año de 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

---

<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 enero 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 enero 2000, párrafos 42 a 44.

<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.

suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones.”<sup>32</sup>

Las trascendencias de estos pronunciamientos radican en que se fue materializando el contenido del derecho de acceso a la información. Vemos que se reconoce como guía del mismo el principio de transparencia máxima, reconocido en México en la reforma constitucional de 2007 y que citamos anteriormente.

En el año de 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 dicho informe, expresó el reconocimiento al Estado mexicano sobre los avances logrados con relación al 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 obligados a los partidos políticos, así como 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 relacionados con el derecho de acceso a la información, es la contenida en la Observación General N°

---

<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.

<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 a 69.

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

34 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos publicada en el año de 2011.

El Comité afirmó que la libertad de expresión tiene una relación estrecha con el derecho de acceso a la información. En dicha 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 de la misma 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>

- I. Los Estados parte deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del gobierno que sea de interés público.
- II. 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.
- III. Los procedimientos deberían disponer que las solicitudes de información se tramitarán con puntualidad conforme a normas claras que fueran compatibles con el Pacto.
- IV. Respecto de las solicitudes de información, no deberían percibirse derechos que llegaran a constituir un obstáculo no razonable al acceso a la información.

---

<sup>34</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 14. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 102° periodo de sesiones, Ginebra, 2011, publicado en: [www2.ohchr.org/english/.../CCPR.C.GC.34\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/.../CCPR.C.GC.34_sp.doc)

<sup>35</sup> *Ídem*.

- V. Las autoridades deberían exponer las razones de cualquier denegación de acceso a la información.

De los anteriores principios destacamos los últimos dos 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, etc. 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.

#### 1.2.2 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 de Derechos Humanos 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

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 el año 2003, en donde reconoce expresamente que el derecho de acceso a la información se encuentra protegido por el artículo 13 de la Convención Americana<sup>37</sup>.

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

---

<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*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 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.

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 debe compatibilizarse con otros intereses.

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 la estructura y condiciones necesarias para garantizar a sus ciudadanos el 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

---

<sup>38</sup> *Ídem.*

<sup>39</sup> *Ídem.*

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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, la misma 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 los mismos 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 la privacidad, intereses comerciales, propiedad intelectual; y los intereses públicos como la seguridad pública, la defensa

---

<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> *Ídem*.

nacional, negociaciones internacionales, elaboración de políticas públicas, 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 la misma.

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, además, contribuyó a dotarle de contenido al identificar los principios rectores del mismo 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 esta. 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

---

<sup>43</sup> *Ídem.*



Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

OEA, realizar informes específicos y temáticos y presentar informes anuales de actividades.

Sobre el tema de acceso a la información, en su informe anual de 1999, dicha Relatoría estableció 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 solo requiere de una abstención por parte del Estado de censurar información, sino también se requiere la 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 el año 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

---

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

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

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 limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”<sup>46</sup>

Sobre 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, el acceso a la información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad aplicando las mínimas restricciones y solo en casos excepcionales.<sup>48</sup>

Del estándar anterior es necesario advertir dos temas. El primero, es que las restricciones solo son legítimas si se demuestra que se realizó un balance en la

---

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

<sup>47</sup> *Ídem*.

<sup>48</sup> *Ídem*.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 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 en 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

---

<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 el año de 2006.

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 Convención, 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. Esta obligación 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>

---

<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 No. 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 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 de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 77.

<sup>54</sup> *Ídem*.

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 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 el año de 2010, la Corte emitió la sentencia sobre el Caso Gomes Lund vs. Brasil en donde 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, hemos 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

---

<sup>55</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrafos 87 y 88

<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 de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrafo 211.

la prueba de daño en las mismas, como una introducción al desarrollo de los capítulos de esta investigación.

### 1.3 LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PRUEBA DE DAÑO.

Sería importante resumir los estándares internacionales referente a la excepcionalidad del derecho de acceso a la información. Los mismos, indican que es permisible realiza límites a este derecho bajo razones legítimas y conformes a los intereses de una sociedad democrática. El alcance de dichas limitaciones no debe dejarse al arbitrio de las autoridades, sino deben enmarcarse en una 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 6° constitucional, así como el párrafo segundo del artículo 7 de la Ley General. En ambas disposiciones normativas, se ordena que en la aplicación e interpretación de 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.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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, etc.<sup>58</sup>

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

---

<sup>58</sup> Corte I.D.H. *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 211 y 230.

<sup>59</sup> Tesis: I.4º.A.42 A (10º). *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, ver, Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. de Manuel Atienza, en *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 5, Alicante, 1998, p. 141.

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 clasificada como confidencial, 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>.

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

---

<sup>61</sup> López Ayllon, Sergio y Posadas, Alejandro, *ob. 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:

- 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.



Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

desarrollo de esta investigación solo 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 para que ésta pueda ser automáticamente reservada. Las razones para poder reservar la información se regulan en el artículo 113 y suman trece modalidades<sup>63</sup>.

---

<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;
- 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;

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>

Por su parte, el artículo 103 de la Ley General, mandata que será el Comité de Transparencia quien deba revisar las clasificaciones de información, no solo informando sobre la especificidad de la clasificación, sino realizando *una prueba de*

- 
- 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:

- 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 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

*daño*. El artículo 108, en su última parte, ordena que la clasificación de información reservada se realizará 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 apartado profundizamos sobre la prueba de daño en específico y los alcances de la misma en México.

### 1.3.1 La naturaleza de la prueba de daño.

La prueba de daño en materia de acceso a la información surge como una respuesta 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 en 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 lado, acotar al máximo las posibilidades del ejercicio discrecional de la clasificación informativa<sup>65</sup>.

---

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

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 demostrar 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 del año 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.

Desde el año de 2002 se decía que existía una obligación implícita para las autoridades de aplicar una prueba de daño, pues en la exposición de motivos de la primera 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.<sup>66</sup>

---

<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”, en *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 9, México, 2007, p. 12

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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”. 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 daño presente, probable y específico.<sup>67</sup>

Sumándole 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 “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 carecía de una verdadera ponderación de principio o derechos.

En otras palabras, en la prueba de daño que se estableció con el estándar anterior, bastaba con que se argumentara en favor del “daño”, sin demostrar el balance con “el beneficio”, para demostrar que en realidad debía prevalecer el primero. Insistimos, 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.<sup>68</sup>

---

<sup>67</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>68</sup> Incluso, dentro de las discusiones que se generaron en torno a la Ley General en la materia, en febrero de 2015 el IFAI entregó al Senado el documento “Documentos relacionados con los diez puntos que el IFAI entregó al Senado de la República”. Este contiene un apartado llamado “Prueba de Daño”, en el que se intenta demostrar tres ejemplos de ejercicios de prueba de daño que realizaron diversas instancias administrativas. Las tres cumplen con las características antes mencionadas, es decir, argumentaciones en el sentido de demostrar solamente un daño presente, probable y específico. El documento se encuentra publicado en el siguiente enlace: [http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF](http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF).

Incluso, aún en el nuevo esquema que se propone con la reciente Ley General y los respectivos Lineamientos Generales de Clasificación y Desclasificación de la Información que emitió el Sistema Nacional de Transparencia (Lineamientos Generales), su aplicación arrastra algunos elementos del viejo esquema y con ello se dificulta para poderlo materializar adecuadamente.<sup>69</sup>

No obstante, este esquema es novedoso en cuanto a que propone estándares más robustos que permiten complementar el examen. Su propósito es clarificar el objeto, alcance y metodología de la prueba de daño, a la luz del principio de proporcionalidad. 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.

En la exposición de motivos del Dictamen a través del que se aprobó la Ley General, se destacó que, en toda clase de reserva de información, el sujeto obligado deberá demostrar, en todo caso, que la divulgación de dicha información genera un daño específico al valor jurídicamente protegido, es decir, se requeriría de una ponderación de los valores en conflicto, publicidad contra seguridad, a fin de conocer si, en su caso, procedería una reserva temporal del documento o se divulgará la información, incluso en los casos más claros.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Sobre estas dificultades, en el Capítulo 4 de esta investigación se abordan algunos casos que demuestran la aplicación de la prueba de daño.

<sup>70</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., p. 257.

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

Este espíritu se materializó en el artículo 104 de la Ley General, mismo que se encarga de reconocer los parámetros de la prueba de daño, reproducidos a continuación para cuestiones prácticas:

*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.*

Tal como lo señala la última fracción de dicho artículo, la prueba de daño se fundamenta en el ejercicio y aplicación del principio de proporcionalidad. Además, las tres fracciones nos dan cuenta de que se deben valorar en cada caso concreto variables fácticas y normativas que influyen o deben influir en la decisión del asunto.<sup>71</sup>

No obstante, el artículo 104 de la Ley General no establece *cómo* realizar dicha prueba de daño, pues solo indica ciertos parámetros que deben tomarse en cuenta en dicho examen. Es decir, para demostrar un riesgo no existe algún camino que deban seguir

---

<sup>71</sup> Estas variables se encuentran reconocidas en el principio de proporcionalidad en sentido amplio formulado por Robert Alexy en su teoría de derechos fundamentales. Sobre este tema profundizaremos en el Capítulo III de la presente investigación.

los sujetos obligados, por lo que su aplicación podría resultar defectuosa y discrecional.

Por su parte, el Sistema Nacional de Transparencia, debido a lo anterior, se encargó de elaborar los Lineamientos Generales. Este documento tiene como propósito, entre otros, establecer los criterios con base en los cuales los sujetos obligados clasificarán como reservada la información. En relación a la prueba de daño, el Lineamiento Trigésimo Tercero establece los criterios que deben tomar en cuenta los sujetos obligados para la aplicación de aquel principio, mismos que valdrían la pena reproducirlos:

*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;*



Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 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 el mismo, por lo siguiente.

El principio de proporcionalidad se compone, a grandes rasgos, de tres subprincipios. El principio de idoneidad refiere a que la restricción al derecho fundamental debe tener un fin constitucionalmente legítimo y que la misma sea idónea para alcanzar el fin perseguido, mismo que se refleja en la primera fracción al requerir que la limitación que se realice al derecho de acceso a la información debe estar contemplada en el marco normativo cuyo sustento se encuentra en el artículo 6° constitucional; asimismo, la fracción VI exige que la opción que se elija debe ser la adecuada.

El principio 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 aquél que se restringe, mismo que lo vemos reflejado en la fracción VI que exige demostrar que la medida que se está tomando es la que menos restringe el derecho.

Por último, el principio 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, las podemos observar incluidas en las fracciones II, III, IV y V.

Con base en lo anterior, podemos advertir que el esquema de la prueba de daño obedece a la estructura del principio de proporcionalidad. Es a la luz de este principio que debe aplicarse la prueba de daño. 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 damos una revisión a los ejercicios que actualmente se realizan, podemos advertir que la gran mayoría aún obedecen al viejo esquema.

Probablemente, 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, simplemente proporcionan 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.

Asimismo, es importante mencionar que, a la fecha, no existe bibliografía suficiente para estudiar los alcances de la prueba de daño a la luz de los nuevos estándares,

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

por lo que no es posible aún profundizar en los aspectos y características de esta. Esto justifica que el marco teórico de las propuestas que aquí se presentan, se sustente en el principio de proporcionalidad y la teoría principialista del derecho.<sup>72</sup>

Por tal motivo, se considera que es necesario la construcción de una metodología para realizar adecuadamente una prueba de daño.

### 1.4 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 de ellas 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 solo 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.

---

<sup>72</sup> Incluso, los dos artículos académicos que han profundizado sobre estos estándares son del propio autor. Ver Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, "La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad", en *Revista de Estudios en Derecho a la Información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Número 6, Julio-Diciembre de 2018, pp. 49 a 67; 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*, INAI, México, 2018, pp. 100 a 120.

#### 1.4.1 ¿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, etc.), 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 de 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 carácter internacional. Esta apertura, entre otras cuestiones, implica la recepción de los tratados e incorporación de estos al derecho interno como normas constitucionales, así como el reconocimiento y aplicación del derecho y las

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

jurisprudencias emanadas de jurisdicciones internacionales que han sido reconocidas por el Estado mexicano.<sup>73</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>74</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>75</sup>; los parámetros de verificación incluyen, no sólo las normas que componen el cuerpo de las convenciones, 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, apliquen el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia, algunos Estados han ampliado el “bloque de convencionalidad”, incluyendo otros

---

<sup>73</sup> Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2014, p.1.

<sup>74</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, publicado en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, UNAM-IIJ, México, 2011, pp. 355-357.

<sup>75</sup> De acuerdo al 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>.

instrumentos internacionales de organismos especializados en derechos humanos ajenos al sistema interamericano.<sup>76</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*, establece 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>77</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 aquellos 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>78</sup>

---

<sup>76</sup>Ídem.

<sup>77</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 SAGUES, Néstor, “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°1, Chile, 2010, p. 120.

<sup>78</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, de 9 de diciembre

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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 en el tema. La Corte Interamericana reiteró y especificó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos genera obligaciones específicas para los jueces del país, afirmó que estos 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>79</sup>

---

de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 394, y *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 104. Asimismo, *cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 59, Considerando 3; *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 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, de 1 de septiembre de 2010, Considerando 5.

<sup>79</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: elemento dogmáticos para una aplicación práctica*, publicado 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 2014).

En atención a dicha resolución internacional, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, emitió 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>80</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 contradeciría 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>81</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 de acceso a la información como objeto de nuestra

---

Cfr. Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 339.

<sup>80</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. Publicado en el DOF del 4 de octubre de 2011, párrafo 31.

<sup>81</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.



Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

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>82</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>83</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>84</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 dicha 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>85</sup>

---

<sup>82</sup> Del Rosario Rodríguez, Marcos, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Núm. 33, julio-diciembre 2015, p. 159.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>84</sup> *Ídem*.

<sup>85</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>86</sup>

- I. 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.
- II. Interpretación conforme en sentido estricto: ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente validas, las autoridades deben preferir aquella que hace a la ley acorde a 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.
- III. Cuando las dos alternativas no son posibles, se puede acudir a la inaplicación o declaración de invalidez de las normas, mismo que está reservado 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 quien afirma que las autoridades administrativas no están facultadas para ejercer un control de constitucionalidad, sino que solo están facultadas para interpretar las

---

<sup>86</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. Publicado en el DOF del 4 de octubre de 2011, párrafo 33.

## Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

normas 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.

Caso es el 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 es a través de ella que se protegen principios reconocidos en el parámetros 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, profundizar sobre el sustento teórico del principio de proporcionalidad como solución al conflicto entre principios, y una posterior profundización y explicación de este para entender su aplicación en materia de acceso a la información.

#### 1.4.2 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, el que 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 información, seguridad pública, etc.

Estas deliberaciones son la base que dan legitimidad a las decisiones democráticas, en el sentido de que es a través de ellas que 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

Capítulo 1. Contexto del derecho de acceso a la información y las excepciones en su ejercicio en México.

de daño, sirven como mecanismos a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales y racionales.<sup>87</sup>

En este tipo de revisiones y de procesos argumentativos, se dotan de contenidos 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>88</sup>

La intención de este trabajo es señalar el papel importante que juegan herramientas como la prueba de daño, en la que a través de ella 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 que convergen en el mismo, resaltando la importancia que tienen en el fortalecimiento democrático de los Estados.

Por tanto, es importante que no cualquier procedimiento deba pasar por prueba de daño, ya que, si no se cumple con los parámetros mínimos de su aplicación, no se

---

<sup>87</sup> Niembro Ortega, Roberto, "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", en *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, Madrid, 2013, p. 19.

<sup>88</sup> *Ibidem.*, p. 27

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 del mismo. Por tanto, a más discrecionalidad, menor democracia.

La finalidad de una aportación metodológica que sirva como guía para que se pueda aplicar de manera correcta la prueba de daño en sus diferentes facetas, es para fortalecer el estándar de la misma y que se respete su estructura para que las argumentaciones que se viertan en un análisis de este tipo sean transparentes y legítimas. 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 2. LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DEL DERECHO.

En el apartado relativo a la introducción de esta investigación, se definió a la prueba de daño como una herramienta interpretativa para realizar una 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 los valores protegidos por ésta –seguridad nacional, orden público, relaciones internacionales, etc.-, sea idónea, necesaria y proporcional.

Para entender los fundamentos y la racionalidad de herramientas interpretativas de este tipo en un sistema jurídico, a través de la que se ponderan principios y que van más allá de interpretaciones subsuntivas de reglas aplicadas a casos en concreto, el presente capítulo se encarga de encontrar la génesis en el estudio de la teoría principialista del derecho.

La teoría principialista 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.

Anteriormente, las concepciones del derecho dominadas por el positivismo jurídico planteaban el derecho como un universo normativo constituido exclusivamente por proposiciones deónticas dotadas de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, es decir, de reglas. Partiendo de esta concepción, el ámbito jurisdiccional se limitó únicamente a expresar lo que el legislador había establecido a través de las reglas, sin necesidad de realizar alguna interpretación que no encontrara sustento en el propio entramado normativo.

Sin embargo, las últimas décadas para la filosofía del derecho se ha caracterizado por rebatir los postulados iusformalistas a través de la adopción de ciertas concepciones novedosas que se relacionan con la concepción del derecho y su interpretación. Entre esas concepciones podemos encontrar a autores como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, entre otros.

El propósito de este capítulo es desentrañar la evolución de la teoría principialista tomando como base de estudio los principales ejes que han ocupado las diversas corrientes iusfilosóficas para analizar y debatir la naturaleza del derecho, a saber: 1) el concepto del derecho y su composición; 2) la separación entre derecho y moral, y 3) la indeterminación interpretativa en el derecho.<sup>89</sup>

Si bien, dichos ejes no estarán en un análisis explícito, sí trazan una línea discursiva para identificar la evolución de las concepciones en torno a los mismos. Dicha evolución toma como base las concepciones del derecho de Kelsen, de Hart, de Dworkin y finalmente concluye con la formulación de Robert Alexy, quien propone un entendimiento más elaborado de una teoría principialista.

El capítulo no se encarga de identificar en el debate si se tratan de posturas formalistas o antiformalistas, positivistas o iusnaturalistas, pues es de todos sabido la corriente a la que los autores están adscritos<sup>90</sup>, sino ilustrar la evolución argumentativa en torno a los principios.

---

<sup>89</sup> Estos ejes se replican de los propuestos por el profesor Imer Flores en su artículo, Flores, Imer B., "La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265 enero-junio 2016.

<sup>90</sup> Para una mejor referencia ver Flores, Imer B., "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año XXX, Núm. 90, septiembre-diciembre de 1997, pp. 1001 a 1036.



## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

### 2.1 LA INDETERMINACIÓN INTERPRETATIVA DE HANS KELSEN.

Para el interés de este capítulo, el hilo conductor de los argumentos nace en la aclaración que Hans Kelsen realiza en su Teoría Pura del Derecho sobre la indeterminación en la interpretación del mismo, pues resulta la base desde la cual es posible entender la evolución en la concepción del derecho que trasciende en la teoría principialista.

Sin embargo, antes de entrar de lleno a dicho tema, es necesario contextualizar su postura sobre este tema a través de su concepción del derecho y su relación con la moral.

El propósito central de la teoría pura es escindir al derecho de cualquier componente ideológico, entendiendo a éste como la política o la moral.<sup>91</sup> Para ello, Kelsen parte de una concepción normativista<sup>92</sup> para explicar lo que es el derecho y la diferencia básica entre éste y la moral; lo sustenta en que el primero se compone de cierto tipo de normas que le dan una característica diferente a las normas morales. Las normas jurídicas son un juicio hipotético que expresa un vínculo específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, 1ª ed., 2011, p. 51.

<sup>92</sup> Con el nombre de positivismo se entiende “aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que toma como punto de partida lo positivo, lo dado, lo comprensible, por lo que su conocimiento y descripción es el único objeto de la investigación, razón por la cual elimina la ciencia toda metafísica trascendente, así como los conceptos que se refieren a lo suprasensible, o a fuerzas y causas (categorías). Con el nombre de positivismo jurídico se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como “derecho” al derecho positivo, por lo que no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente al llamada derecho natural. Ver Kelsen, Hans, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, traducción de Mario de la Cueva, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XVI, número 6, enero-marzo, 1996.

<sup>93</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, ob. cit., p. 55.

Es decir, una de las diferencias básicas entre las normas jurídicas de las morales, es que las primeras generan una relación de imputación entre la condición y la consecuencia (si es A, entonces debe ser B), mientras que las morales generar una relación de causalidad (si es A, entonces tiene que ser B).

Lo anterior lo explica Kelsen de la siguiente manera:

“Tal es el sentido de un enunciado que dijera que un sujeto será castigado ‘a causa’ de un delito, o que la ejecución de bienes patrimoniales tiene ‘por causa’ la deuda no pagada. La relación existente entre la pena y el delito no tiene significado causal, sino normativo. El ‘deber’ es expresión del vínculo de imputación y asimismo es expresión de la existencia específica del derecho, de su validez...”<sup>94</sup>

En este sentido, todo acto anti-jurídico que trasgreda alguna regla, debe ser sancionado conforme a la norma jurídica de manera automática, conforme a la deducción *si es A entonces debe ser B*. La importancia científica de la aplicación deductiva de las normas está en que no se formula enunciado alguno sobre el valor moral o político de la conexión, es decir, es aplicable con independencia del tipo de actos que sean los que haya que entender por jurídicos<sup>95</sup>.

La segunda característica de las normas jurídicas es que éstas ordenan una coacción, mientras que las morales no lo hacen. La coacción es la consecuencia establecida previamente por el legislador en la proposición jurídica vinculada a una condición jurídica, materializada a través de un acto estatal coactivo (el uso de la fuerza).<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 57.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

Para Kelsen, todo sistema jurídico se compone solo de este tipo de normas jurídicas, emanadas de un órgano con poder soberano facultado para emitir las, ordenadas a través de una estructura jerárquica cuya validez depende de su remisión a otra norma de orden superior que la contempla, y que en última instancia es la norma hipotética fundamental lo que le da sentido al sistema jurídico.<sup>97</sup>

De la naturaleza de estas normas y su estructura jerárquica, se derivan ciertas implicaciones para la interpretación. Para Kelsen, la interpretación es un ejercicio de subsunción en la medida en que se limita a contestar a la pregunta de cómo, partiendo de la norma general de la ley, se obtiene, en su aplicación al caso, la correspondiente norma individual que es la sentencia o el acto. Es decir, cómo llevar una norma superior a su nivel inferior, es el papel de la interpretación dentro del positivismo normativista.<sup>98</sup>

Sin embargo, esta concepción encuentra su limitante en el momento en que se le presenta un caso que cae en un espacio vacío del sistema jurídico o que no encuentra una respuesta en concreto, en el que el juez está limitado para decidir sobre su interpretación y aplicación ya que se encontraría impedido para valerse de fundamentos extrajurídicos.

Este problema lo advierte el propio autor de la teoría pura del derecho y lo trata como una indeterminación de interpretación, en el que se abre un espacio para la discrecionalidad del aplicador de esa norma. No obstante, esa aplicación discrecional no debe ser arbitraria ni subjetiva, sino que está sujeta al propio marco del sistema jurídico que dota de varias posibilidades de solución al problema. Ya sea que la

---

<sup>97</sup> Mucho se ha escrito sobre la inconsistencia entre las pretensiones de generar una teoría pura del derecho alejada de toda ideología y la naturaleza ideológica de la norma hipotética fundamental de Kelsen. Sobre la estructura jerárquica ver, Kelsen, Hans, *ob. cit.*, pp. 82 a 100.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p.101.

indeterminación sea abiertamente intencionada por el órgano que la crea, permitiendo al intérprete decidir, dentro de los parámetros establecidos por la propia norma a aplicar, la decisión en el caso en concreto a favor de una u otra respuesta; el ejemplo claro es la posibilidad de imponer una pena privativa o una pena pecuniaria por un delito; este marco ya está dado por la propia norma. O ya sea que la indeterminación no es intencionada, sino que deriva de la vaguedad o ambigüedad de ciertos conceptos jurídicos, entonces el propio marco dota de elementos que deben atenderse para resolver ese problema, como atender la literalidad de la norma o la voluntad de la autoridad que la ha emitido.<sup>99</sup>

En resumen, para Kelsen el derecho se compone de reglas ordenadas en una estructura jerárquica de validez, con un grado de indeterminación considerable, cuya solución en su interpretación radica en atender al propio marco que ofrecen las normas jurídicas, por lo que no cabría una interpretación discrecional ni a través de elementos que no sean los de las propias normas jurídicas.

Es curioso ver cómo el autor advierte dos betas de las que pudiera adolecer su teoría pura desde la indeterminación en la interpretación, y son justamente las bases que posteriormente retomarían sus críticos para reformular una concepción más amplia del derecho.

La primera de ellas se relaciona con la búsqueda de la única respuesta correcta a cada caso. Kelsen afirma que la interpretación de una norma no tiene por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable, pero solo una de ellas será válida en razón de que será

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 101 a 103.

declarada a través de un acto como derecho positivo<sup>100</sup>. Incluso critica a los teóricos iusnaturalistas en su necesidad de encontrar la respuesta correcta, “como si se tratara de un acto intelectual de clarificación o de comprensión”. Es decir, buscar la respuesta correcta no es una cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica.<sup>101</sup>

Esta beta de la imposibilidad de encontrar la respuesta correcta es utilizada por Ronald Dworkin para fundamentar su teoría de los principios. En opinión de Imer Flores, Kelsen se equivoca en que nunca hay una única respuesta correcta, pues es diferente aplicar una de las posibilidades cognitivas, a justificar tal aplicación como la correcta al ser requerida por el derecho como un todo.<sup>102</sup>

La segunda beta se relaciona con el método interpretativo de ponderación de intereses. Kelsen afirma que una ponderación de este tipo no suministra una pauta objetiva en la medida en que no permite proceder a la comparación entre los diversos intereses opuestos ni a cómo decidir los conflictos que se den entre esos intereses. Además de que esta pauta interpretativa no se justifica ni de la norma que se interpreta, ni de la ley que la contiene, ni del conjunto del ordenamiento jurídico.<sup>103</sup> Si los intereses en conflicto se resuelven, la única vía es a través de un nuevo acto de creación normativa como una sentencia.<sup>104</sup>

Esta advertencia que se pone sobre la mesa desde la Teoría Pura del Derecho, será retomada, tanto por Dworkin en el sentido de que los intereses a los que hace referencia Kelsen pueden ser principios que forman parte del propio sistema jurídico, como por Alexy en el entendido de que éste formula un método de interpretación

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 104 a 106.

<sup>101</sup> *Ídem*.

<sup>102</sup> Imer B., “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265 enero-junio 2016, p. 142.

<sup>103</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 105.

específico que responde a la preocupación del propio autor austriaco al suministrar una pauta para resolver los conflictos de intereses, *i.e.* de principios.

El desarrollo de estas posturas de Kelsen que sustentan su concepción del derecho, serán rebatidas en cierta medida por H.L.A. Hart a través de la textura abierta del derecho.

## 2.2 LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO DE H.L.A. HART.

La premisa en la que se sustenta las diferencias entre Kelsen y Hart, es que el primero parte de un positivismo normativista, y el segundo parte de una concepción positivista analítica del derecho. Esta diferencia se refleja en que el normativismo considera que la indeterminación del derecho emana de la propia estructura jerárquica de las normas, y el analítico de la textura abierta del lenguaje.<sup>105</sup>

Pero abordemos con calma las implicaciones de la propuesta de Hart para la evolución de la teoría principialista.

Como premisa fundamental de la que parte la construcción - o crítica – teórica de Hart, es la concepción del derecho como un sistema compuesto de dos diferentes tipos de

---

<sup>105</sup> Ludwig Wittgenstein fue uno de los pensadores más influyentes del siglo XX en el desarrollo de la filosofía analítica del lenguaje. Este filósofo introduce la idea de que todo lenguaje es producto de las relaciones interpersonales, de manera que estamos inmersos en diferentes campos de juego de lenguajes mediante los cuales interactuamos (o diferentes lenguajes dependiendo el contexto en donde nos desenvolvamos). Wittgenstein afirma que la explicación del significado de las palabras nace en función del uso que se les da. Bajo esta premisa de la filosofía analítica, Hart sostiene que la determinación del significado de un término jurídico se puede resolver a través de la observación de cómo se usa ese término en la práctica jurídica (lo que reconoce como regla de reconocimiento). Ver, González Covarrubias, María de la Luz y Aspe de la Rosa, Miguel Ángel, “El debate Hart-Dworkin. Una introducción a la discusión” en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, Tomo LXV, Núm. 263, enero-junio 2015; Imer B., “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265, enero-junio 2016, p. 138.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

reglas, a las que identifica como primarias y secundarias<sup>106</sup>. Esta identificación en la composición del derecho le permite separarse de la vieja concepción de entender y estudiar al derecho exclusivamente como órdenes respaldadas por amenazas dadas por un soberano a sus súbditos<sup>107</sup>; por un lado, porque la separación entre soberano y súbditos es algo irreal en la práctica, ya que las amenazas aparejadas en la composición de las normas aplican también a aquellas personas que se encargan de emitirlas; por otro lado, porque no todas las normas se componen de la misma forma, hay otro tipo de normas que no necesariamente están respaldadas por amenazas<sup>108</sup>.

Bajo ese entendido, las reglas primarias son aquellas que prescriben que las personas hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; mientras que las reglas secundarias son aquellas que facultan a crear nuevas reglas primarias, modificar o extinguir reglas anteriores, o determinar los efectos de éstas<sup>109</sup>.

La diferencia que realiza Hart sobre la propuesta de Kelsen es hacer una composición más compleja del derecho. Con ello, nace también en una concepción diferente de la fundamentación de validez de las propias reglas. Si para Kelsen la validez de las

---

<sup>106</sup> Ejemplos claros sobre normas primarias son las normas penales y civiles, mientras que las normas secundarias Hart las clasifica en regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Segunda edición, Buenos Aires, 1961, pp. 101, 113-123.

<sup>107</sup> Hart, *ob. cit.*, p. 99.

<sup>108</sup> Sobre la noción de amenaza como impulso para la obediencia del derecho, Hart advierte que es falso el dilema que sustenta la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. Para ello, distingue los aspectos interno y externo de la conducta de las personas que obedecen las reglas, sustentada básicamente en que el observador las acepta porque el grupo al que pertenece las acepta. Ver Hart, *ob. cit.*, pp. 110 a 113.

<sup>109</sup> La regla de reconocimiento determina cuáles reglas pertenecen y cuáles no pertenecen al sistema, por lo que se configura como la regla secundaria más importante. Para determinar la pertenencia de las reglas, se debe aplicar un test de procedencia con base en la regla de reconocimiento para determinar el origen de la regla para comprobar que se cumple con los requisitos de ésta como condición de validez. Rojas Amandi, Victor Manuel, "El concepto de derecho de Ronald Dworkin", en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo LVI, Núm. 246, julio-diciembre 2006, p. 360; Hart, *ob. cit.*, pp. 113 a 123.

normas se deriva de una norma superior bajo un esquema de jerarquización, para Hart la validez se deriva de una regla de reconocimiento que la suministra. En palabras del propio autor:

“Primero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo, una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho [la regla de que la ley ha sido emitida por un órgano facultado para ello]. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones.<sup>110</sup>

Es importante resaltar la segunda parte de la formulación de la regla de reconocimiento de Hart. Si bien, el autor sostiene que la validez de las reglas deviene de un reconocimiento que puede nacer de otra norma, este reconocimiento también puede encontrarse en la práctica judicial, si la validez no se sostiene de otra norma. Da por sentado que la regla de reconocimiento tiene una composición metafísica, como un *ethos*, en el sentido de que es un hecho no verificable, pero sí un hecho conmensurable en la práctica de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>111</sup> La noción de la práctica judicial como vehículo de la regla de reconocimiento, será retomado por Dworkin para formular la crítica al sistema de reglas de Hart e introducir la noción de principios como componentes esenciales del sistema jurídico. *Ibidem*, p. 137.



## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

De la formulación de la regla de reconocimiento como una práctica social, se deriva una problemática que Kelsen había abordado en su teoría pura del derecho: la indeterminación en la interpretación. La regla de reconocimiento que dota de validez a las normas es incierta, en tanto los miembros de la comunidad jurídica discrepan respecto de la adecuada aplicación de la formulación verbal a los casos particulares. Es decir, la incertidumbre recae en el criterio último usado por los tribunales que pretende identificar una regla válida del derecho<sup>112</sup>

Al igual que el autor austriaco, Hart acepta que un sistema jurídico conlleva cierta indeterminación en las formulaciones de las reglas; sin embargo la diferencia radica en que Kelsen considera que la indeterminación nacía de la estructura jerárquica del sistema jurídico y se resolvía por el propio marco del sistema jurídico, mientras que Hart advierte que la indeterminación nace por la textura abierta del lenguaje general en que se formulan las normas y cuya solución la deposita en la elección de los funcionarios.

El razonamiento que usa para llegar a tal conclusión es que, el derecho, como instrumento de control social consistente en reglas, pautas o criterios formulados con una generalidad suficiente para comunicar determinadas conductas deseadas para una sociedad, acarrea en sí mismo un campo abierto de posibilidades, y con ello dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar<sup>113</sup>. Esto es así ya que la naturaleza del lenguaje es limitativa; existen ciertos casos obvios que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales del mismo son claramente aplicables; sin embargo, hay casos en que no resulta tan claro si aquellas se aplican o no<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 157.

Como lo ilustra Imer Flores, el razonamiento analítico –como lo formula Hart- es impecable pero no necesariamente válido: si todo lenguaje –considerado como un todo- es indeterminado por tener textura abierta y el derecho está expresado en el lenguaje, entonces, el derecho es indeterminado por tener textura abierta. Sin embargo, la anterior inferencia no implica necesariamente que el derecho no esté preparado para lidiar con la indeterminación, al apelar a algo más allá del lenguaje para poder dotar de sentido y significado.<sup>115</sup>

La solución que da Hart a la indeterminación en el derecho es a través de la interpretación que realiza el encargado de hacerla; sin embargo, no establece pautas de cómo realizar esa interpretación, simplemente aclara que dicho acto de interpretación es una elección entre alternativas abiertas, alejándose de las posturas formalistas que tenían como únicos vehículos de interpretación a la subsunción y la derivación silogística.<sup>116</sup>

Es necesario resaltar la finalidad de la interpretación derivada de la textura abierta del derecho: áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Imer B., “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265 enero-junio 2016, p. 143.

<sup>116</sup> La fórmula de Hart al reconocer que hay ciertos casos en que la determinación de la norma es claramente aplicable, pero también casos que no se dé con claridad su solución con las reglas aplicables, se coloca en un punto intermedio entre el formalismo que exige una respuesta para todos los casos, y el escepticismo que afirma que toda solución de casos se sustenta en una libre elección de los jueces. Este dilema lo ilustra con la analogía de *Escila y Caribdis*. Hart, *ob. cit.*, pp. 183 y ss.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 168.

Imer Flores denuncia que la actividad judicial creadora para enfrentar la indeterminación moderada que propone Hart, no debe ser una actividad legislativa, pues en los casos donde hay lagunas jurídicas a ser colmadas por el juez, debe realizar una actividad judicial creativa e interpretativa para declarar el derecho existente, o más precisamente, para cubrir las lagunas con material jurídico pre-existente, incluidos principios y objetivos o propósitos. Ver, Imer B., “La tesis de la indeterminación

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

Es decir, no está de acuerdo en que cada caso deba tener una única respuesta correcta, sino que debe interpretarse a la luz de las circunstancias, lo que lo acerca más al postulado de Robert Alexy en la formulación del principio de proporcionalidad quien toma como referencia factores normativos y fácticos para la interpretación de los casos que no tienen una solución determinada, y a su vez, lo aleja del posicionamiento que realiza Ronald Dworkin en referencia a la solución de casos difíciles a través de un sistema de principios.

Por tanto, en el siguiente apartado se analizan las propuestas de Ronald Dworkin en el diálogo teórico que sostiene con los postulados de H.L.A. Hart para criticar al positivismo en todas sus facetas, y proponer una revisión más extensa de la composición de los sistemas jurídicos a través de la formulación de un estándar amplio fundamentado en los principios.

### 2.3 LOS CASOS DIFÍCILES DE RONALD DWORKIN.

Ronald Dworkin, filósofo del derecho estadounidense, contribuyó al desarrollo y consolidación de la teoría principialista del derecho<sup>118</sup>, tomando como base las críticas realizadas al positivismo de Hart.

---

moderada de H.L.A. Hart”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265 enero-junio 2016, p. 143.

<sup>118</sup> La teoría principialista se caracteriza por diferenciar a las reglas de los principios como componentes con distinta naturaleza de un sistema jurídico. Si bien, uno de los principales exponentes es Ronald Dworkin, esta formulación ya había sido planteada anteriormente en Alemania en los años 50 del siglo XX, gracias a la profundización de Josef Esser y los primeros esbozos en los años 40 por Walter Wilburg en Austria. Ver Alexy, Robert, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, en *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N° 28, Universidad Externado de Colombia, Perú, 2003, p. 93.

Para él, las teorías positivistas se pueden identificar a través de los siguientes elementos:<sup>119</sup>

- 1) El derecho es considerado como un conjunto de normas especiales usadas por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamientos deben ser castigados o sometidos a coerción por los poderes públicos.
- 2) Si las normas no cubren claramente algún caso en concreto, entonces no es posible aplicar la ley. Estos casos deben ser decididos por un funcionario facultado para ello, como un juez, quien debe ejercer su discreción.
- 3) Sin un caso se resuelve por el ejercicio de la discreción de un juez, entonces eso no implica que impone un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto, sino que el juez decide.

Dworkin centra su crítica especialmente en la discrecionalidad de los jueces como mecanismo para resolver la indeterminación de las normas jurídicas en donde se plantean casos en que ninguna norma establecida pareciera la adecuada; particularmente, centra su crítica en la textura abierta del derecho que presenta Hart.<sup>120</sup>

La premisa fundamental es señalar que en aquellos casos en que no existe una solución clara por las normas jurídicas dadas para ello, en realidad los funcionarios y operadores jurídicos echan manos de otro tipo de estándares que forman parte también de los sistemas jurídicos, pero que no se comportan como normas<sup>121</sup>. Es decir,

---

<sup>119</sup> Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, 2da. Edición, España, 1989, pp. 65 y 66.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 87

<sup>121</sup> Dicho estándar al que refiere Dworkin se conforma por “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”, *Ibidem*, p. 72.

No obstante, el mismo Dworkin propone la tesis de que las decisiones judiciales para los casos difíciles, característicamente son y deberían ser generadas por principios y no por políticas. Por tanto,

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

la indeterminación de las normas es posible solucionarla a través de estos estándares y no a través de la discrecionalidad judicial, tal y como lo propone Hart.<sup>122</sup>

Estos estándares son identificados genéricamente como principios, cuya obligatoriedad de ser observados radica en la exigencia de justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad que buscan materializar<sup>123</sup>.

Dworkin regresa a la postura iusnaturalista de la posibilidad de encontrar la solución correcta a los conflictos; aun cuando esta solución no se encuentre en las normas establecidas, el juez tiene el deber de descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos a través de la discrecionalidad. En sus propias palabras afirma que “los jueces deben aplicar el derecho creado por otras instituciones, no deben crear nuevo derecho”, refiriendo una crítica a que la “textura abierta” de reglas imprecisas no implica legislar.<sup>124</sup>

Tomando como base estos postulados, 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

---

en lo subsecuente usa el término de “principios” para referirse a dichos estándares. Cfr., Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, versión castellana de Javier Esquivel, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, México, 1981, pp. 10 y ss.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>123</sup> Como ejemplo para identificar el comportamiento de los principios en la vida cotidiana de los tribunales, usa el caso *Riggs v. Palmer* de 1889, en donde el tribunal decide que las leyes y contratos pueden ser controlados en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. Por ejemplo, en este caso se usó la máxima de que “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia o adquirir propiedad sobre su propio crimen”, para resolver que un heredero que había privado de la vida al abuelo de quien recibiría la herencia, no podía recibirla bajo esta máxima, aun cuando las normas establecidas le concedieran ese derecho. *Ibidem*, p. 73.

<sup>124</sup> Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, *ob. cit.*, pp. 5 y 6.

permitan tener también una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta correcta.

Refiriendo a la analogía de las reglas de un juego de ajedrez, Dworkin asume que, “una vez establecida una institución autónoma tal que sus participantes tienen derechos institucionales conforme a las diferentes reglas pertenecientes a dicha institución, entonces pueden surgir casos difíciles de los que hay que suponer que tienen, en la naturaleza del caso, una respuesta”.<sup>125</sup>

La tesis de la única respuesta la sustenta con base en que el juez que decide el caso tiene que sustentar su decisión en una teoría general (i.e. principios), y demostrar por qué esa decisión es la que exige la teoría general. Por tanto, el juez tiene que preguntarse qué esquema de principios ha sido establecido y construir una teoría constitucional.<sup>126</sup>

Para él, la única respuesta correcta o verdadera sería así la mejor que pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la norma fundamental, las reglas del Derecho y los precedentes.<sup>127</sup>

Para Dworkin es importante hacer una diferencia en la naturaleza de las reglas y los principios, pues su comportamiento no es similar en la solución de casos. Las reglas son aplicadas disyuntivamente, es decir, que se debe elegir una opción entre dos alternativas, las reglas son válidas o no lo son respecto a la solución de un determinado caso, aunque las reglas puedan tener excepciones en su aplicación.

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>126</sup> El autor acepta que este ejercicio interpretativo es complejo, aunque idóneo; para ello, construye hipotéticamente a un juez que llama “Hércules”, con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos, capaz de desarrollar una teoría política completa que justifique la Constitución como un todo. *Ibidem*, pp. 41 a 45.

<sup>127</sup> Alexy, Robert, *ob. cit.*, p. 140.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

En cambio, los principios, son pautas que los operadores jurídicos deben tener en cuenta si se aplica al caso que se revisa, como un criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido. Por tanto, los principios no pierden su vigencia en determinado caso, sirven como pautas.<sup>128</sup>

Otra diferencia es en relación con la solución en los casos de colisión. Si las reglas colisionan, su aplicación disyuntiva lleva a aplicar una de ellas y dejar de observar a la otra en un caso en concreto. En cambio, si dos principios colisionan en un determinado caso, quien resuelve debe tener en cuenta el peso de cada uno de ellos para la solución de este, sin que medie una calificación de importancia entre un principio y otro. Esto se debe a la dimensión del peso o la importancia de los principios, característica que no se encuentran en las reglas.<sup>129</sup>

Esta diferenciación es la base desde la cual Dworkin se separa de los postulados de Hart: de conformidad con la regla de reconocimiento de este último, cuando se está frente a un caso difícil, el juez no está limitado por ciertas normas, sino que su decisión debe basarse en lo que los tribunales “hacen por principio”, de ellos se colige que los principios no tengan fuerza normativa desde el positivismo, como las reglas, al dejarse a la discrecionalidad del juez la solución de un caso. Dworkin, en cambio, les reconoce fuerza normativa y existencia independiente y anterior a cualquier caso difícil, solo es cuestión de dilucidar, a través de un ejercicio interpretativo o constructivo de teorías generales, cuál es la respuesta correcta que los principios brindan a cualquier caso. Para él, la praxis judicial como un todo representa la interpretación de una concepción del derecho, esto es, expresa una determinada concepción de la naturaleza y esencia del derecho. En la base de esta teoría, que el mismo Dworkin propone como una teoría

---

<sup>128</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 74 a 78.

<sup>129</sup> *Ídem*.

alternativa al positivismo, se encuentra la firme idea de que los *principios* que se suelen utilizar en la argumentación judicial son, al igual que las reglas, parte esencial del derecho.<sup>130</sup>

Es claro que la concepción que aporta Dworkin al derecho es un gran avance en el entendimiento de la naturaleza del mismo, pero sobre todo del papel que juegan los juzgadores (en el sentido amplio de la palabra) en el momento de decidir sobre los asuntos que resuelven, en particular sobre los casos difíciles que involucran principios. Dworkin pone énfasis en la actividad judicial para reformular la concepción del derecho, y es a partir de aquí que la filosofía del derecho se encamina en esa dirección.

Sin embargo, el autor estadounidense deja la puerta abierta a una incógnita sin resolver: “no podríamos -dice en su obra- idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. La respuesta que da el positivismo no es suficiente, porque remite a la doctrina de la discreción que no lleva a ninguna parte”<sup>131</sup>.

Asimismo, en cuanto a la búsqueda de la respuesta correcta de los casos difíciles a través del “mundo de los principios”, Dworkin no aporta elementos procedimentales para llegar a ella. Solamente se limita a afirmar que esta respuesta existe y puede ser alcanzada por un juez ideal que esté en condiciones de encontrarla, como un “Juez Hércules”.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Rojas Amandi, Víctor, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *ob. cit.*, p. 370.

<sup>131</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *ob. cit.*, p. 95.

<sup>132</sup> Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, *ob. cit.*, p. 44.



## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

Así, al final lo que realiza Dworkin es una semejanza entre reglas y principios en el ámbito de la elección, pues propone que a todo caso difícil corresponde una única respuesta correcta a través de los principios.

Este dilema abre la puerta para el perfeccionamiento de la teoría principialista que realiza Robert Alexy a través del principio de proporcionalidad como herramienta para dimensionar, justamente, el peso de los principios en los casos difíciles.

### 2.4 LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy continúa el camino de Ronald Dworkin para complementar la teoría principialista del derecho y, a consideraciones de algunos teóricos, perfecciona el entendimiento de la misma, en razón de que las propuestas de Dworkin en gran medida son incompletas y no se sostienen racionalmente.<sup>133</sup>

La diferencia que atinadamente Dworkin realiza sobre reglas y principios para poderlos identificar dentro de un sistema jurídico, para Alexy 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 colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.<sup>134</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,

---

<sup>133</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, México, enero-abril de 2014, pp. 63 a 68.

<sup>134</sup> Cianciardo, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 894.

permisión 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.

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

#### 2.4.1 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 solo pueden ser cumplidas o no.<sup>135</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 depende 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>136</sup>

---

<sup>135</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y 87.

<sup>136</sup> *Ídem*.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

Esta primera diferencia que puntualiza Robert Alexy ayuda a entender que la diferencia es cualitativa y no de grado, es decir, un principio no es superior a una regla o viceversa, sino 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 Dworkin de encontrar una “única respuesta correcta”, pues sería contradictorio con la naturaleza de los principios. Recordemos que el autor estadounidense pone énfasis en la solución de los casos difíciles mediante la búsqueda de la respuesta correcta a través de la teoría general aplicable; en cambio, Alexy sugiere que la aplicación de los principios en los casos difíciles dependerá de los factores reales y jurídicos.

### 2.4.2 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>137</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>138</sup>

El ejemplo 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 abandonarla en caso de alarma de incendio; es decir, estas reglas conducen a juicios

---

<sup>137</sup> *Ídem.*

<sup>138</sup> Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015, p. 178.

contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona si la segunda regla se configura como una excepción a la primera regla: no se puede abandonar el salón hasta que suene el timbre de salida, excepto cuando se active la alarma de incendio.<sup>139</sup>

Las excepciones a las reglas no pueden ser enunciadas de manera conclusiva debido al hecho de 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>140</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>141</sup>

Lo que sucede con los principios, es que, conforme a las circunstancias del caso en concreto, uno de los principios precede al otro. Es decir, cuando los principios colisionados tienen diferente peso en relación a 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,

---

<sup>139</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 88.

<sup>140</sup> Carsten Bäker, "Reglas, principios y derrotabilidad", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 37, España, 2014, p. 33.

<sup>141</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 131.

y, aún más, tampoco implica que la solución debe ser la misma, pues deberán atenderse a las posibilidades reales y jurídicas concretas.<sup>142</sup>

A esta solución Alexy la nombra como ley de colisión, en la que 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>143</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 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, los principios no son derrotables.<sup>144</sup>

Por 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>145</sup>

Lo anterior arroja un entendimiento de la naturaleza de los principios, pues aunque los principios no pierdan su vigencia en ningún momento, sí se puede afirmar que su

---

<sup>142</sup> La relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede 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, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 89 a 95.

<sup>143</sup> Ver Alexy, Robert, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, ob. cit., p. 100.

<sup>144</sup> Carsten Bäker, ob. cit., p. 34.

<sup>145</sup> *Ídem*.

contenido no es absoluto, y esto se demuestra que en la colisión de principios, uno debe ceder ante el otro, mediante un ejercicio de ponderación.<sup>146</sup>

De esta manera es que Alexy llega a la certeza de que el principio de ponderación o proporcionalidad es 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.<sup>147</sup>

Lo ejemplifica de mejor manera Alejandro Nava Tovar:

“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>148</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

---

<sup>146</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. Ver, Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 174 y 175.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 178.

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 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 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: estructura es igual a racionalidad, racionalidad es igual a legitimidad.<sup>149</sup>

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

En el apartado dedicado a Ronald Dworkin, se hizo referencia a la concepción que tenía éste sobre la naturaleza de las reglas y los principios. Se dijo que las reglas son aplicadas disyuntivamente, mientras que los principios son usados como un criterio para inclinarse por un resultado u otro.

Robert Alexy profundiza sobre esta diferencia básica, al analizar el carácter *prima facie* de las reglas y los principios.

El carácter *prima facie* de los principios ya había sido anotado por W. D. Ross, mismo que concebía a los deberes morales como un deber en “primera apariencia”, en tanto otro deber moral no tuviera que ser más favorecido a aquél que, en principio, se consideraba aplicable. Es decir, un deber *prima facie* es aquel que contiene las

---

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 180.

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>150</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>151</sup>

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 solo *prima facie*. En cambio, las reglas exigen que se haga exactamente lo que ellas ordenan, por tanto, su carácter no es *prima facie* sino de definitividad.<sup>152</sup>

Este modelo totalitario en que todos los principios son *prima facie* y todas las reglas son definitivas, es el concebido por Ronald Dworkin cuando afirma que las reglas deben

---

<sup>150</sup> García-Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Dikaion*, Año 26, Vol.21, Núm. 2, Colombia, Diciembre de 2012, pp. 463 a 465.

<sup>151</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, Colombia, 2014, pp. 815 y 816.

<sup>152</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 99.



## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

ser aplicadas de manera disyuntiva, es decir, todo o nada, mientras que los principios contienen razones que orientan.<sup>153</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 a 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>154</sup>

A pesar de que las reglas puedan 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>155</sup>

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.

---

<sup>153</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 74 y 75.

<sup>154</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 100.

<sup>155</sup> *Ídem*.

#### 2.4.4 La subsunción y la ponderación

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

Alexy afirma que existen dos operaciones fundamentales en la aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación<sup>156</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 la misma corriente iusfilosófica. Mediante este método, la solución a los conflictos se da en razón de 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>157</sup>

En cambio, el método de la ponderación es aquél 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>158</sup>

Algunos autores afirman que el método de ponderación es alternativo a la subsunción e, incluso, es anterior a este ejercicio. Es decir, antes de interpretar es necesario

---

<sup>156</sup> Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008, p. 13.

<sup>157</sup> Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008, p. 103.

<sup>158</sup> Ávila Santamaría, Ramiro, "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008, p. 334.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

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>159</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>160</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 tanto, la ponderación puede llevar a construir reglas o premisas mayores que, al final, sería suficiente una subsunción para resolver estos casos reiterados.<sup>161</sup>

El método de ponderación es profundizado a través del principio de proporcionalidad por Robert Alexy, mismo que será desarrollado en el Capítulo 3 de esta investigación.

---

<sup>159</sup> Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", *ob. cit.*, p. 104.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>161</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*, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 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.

## 2.5. OBJECIONES A LA NOCIÓN DE PRINCIPIOS

Para cerrar este apartado, vale la pena retomar las principales críticas que han intentado refutar la teoría principialista de Robert Alexy, a través de las premisas que analizamos anteriormente.

Alexy dialoga abiertamente con ellas y, en una suerte de defensa de la noción de principios que él propone, contraargumenta dichas críticas. Este ejercicio lo realiza de manera puntual en su ensayo “Tres escritos sobre derechos fundamentales”.

### 2.5.1 La aplicación de las normas

La primera de las críticas es aquella que afirma que no existen principios, sino sólo normas que se aplican de diferente manera. Desarrollada por Klaus Günther, el objeto de crítica es que la estructura de los principios no tiene ninguna diferencia con la estructura de las reglas; la diferencia radica en el tratamiento que reciben las normas en general, sea que en su aplicación se observen las circunstancias fácticas y jurídicas del caso en concreto, o no.<sup>162</sup>

Para Günther, que exista la posibilidad de exigir que cada norma sea aplicada en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, echa por tierra la diferenciación de una estructura específica para reglas y otra para principios, pues hay normas que pueden ser cumplidas o incumplidas (reglas) cuya aplicación exige que se observen dichas circunstancias del caso.<sup>163</sup>

No obstante, Robert Alexy apunta que, si bien la optimización implica considerar las circunstancias del caso, la consideración de las circunstancias del caso

---

<sup>162</sup> Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 104.

<sup>163</sup> *ídem*.

no implica necesariamente optimizar. Es decir, la crítica de Günther no afecta el carácter de los principios, en tanto no ataca la optimización, misma que hace una diferencia estructural entre principios y reglas.

La optimización en los principios es lo único que puede fundamentar por qué una norma que debe ceder en una ponderación no resulta vulnerada, ni se declara inválida de manera parcial o total, sino que permanece plenamente siendo una norma válida.

Anteriormente se expuso que 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. Para Alexy, la optimización es necesaria para comprender la dimensión del peso de una norma, en contraposición a la dimensión de su validez; una teoría de la restricción de los derechos fundamentales no sería entendible sin la optimización de principios.<sup>164</sup>

Sin embargo, también es cierto que existen casos en que no es fácil distinguir una regla de un principio, tal como lo señala Günther. Pero este es un problema de interpretación y no una objeción en contra del carácter de los principios.<sup>165</sup>

### 2.5.2 Mandatos de optimización y mandatos a optimizar

El apartado 2.4.1 se nombra principios como mandatos *a* optimizar, justamente atendiendo a la diferenciación que realiza Robert Alexy derivado de la contraargumentación a la crítica desarrollada por Aarnio.

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 107.

Para Aarnio, los mandatos de optimización (como generalmente se le definen a los principios) tienen como tales la estructura de las reglas, en tanto mandatan definitivamente a que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>166</sup>

Alexy aprovecha esta crítica para realizar un análisis más agudo a la teoría de los principios, en tanto hace una diferencia entre los mandatos que se optimizan y los mandatos de optimización.

Los mandatos que se optimizan son los objetos de la ponderación (los principios), que pueden ser denominados como un “deber ser ideal”. El “deber ser ideal” es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real.<sup>167</sup>

Por el contrario, los mandatos de optimización o mandatos de optimizar se sitúan en un metanivel. En este metanivel, ellos establecen lo que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos (mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar). Estos mandatos ordenan que sus objetos, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, por eso el carácter de reglas que le confiere Aarnio.<sup>168</sup>

Bajo este análisis, los principios como aquel deber ser ideal, son el objeto de los mandatos de optimización, es por eso que se reconocen como mandatos a optimizar, pues en ellos aún no descansa el deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>168</sup> *idem*.

<sup>169</sup> *idem*.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

Alexy considera que mientras no sea necesario un análisis particular sobre la diferencia que aquí se desarrolla, se puede sostener que los principios sean caracterizados como “mandatos de optimización”.<sup>170</sup>

### 2.5.3 Los principios como reglas.

Otra de las críticas las desarrolla Atienza y Ruiz Manero, quienes afirman que existen principios con carácter de reglas. Como ejemplo aluden al artículo 14 de la Constitución Española mismo que reconoce que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.<sup>171</sup>

Según dicho autores, la forma de este tipo de principios es la siguiente:

“Si (condición de la solicitud) un órgano legal utiliza sus poderes normativos (es decir, emite una norma para resolver un caso individual, etc.), y con respecto al caso individual o genérico en cuestión, existe una oportunidad para la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, y no existe un principio compensatorio que sea más elevado en el caso que nos ocupa, entonces (solución normativa) el órgano tiene prohibido discriminar por cualquiera de los factores recién mencionados.”<sup>172</sup>

Este tipo de principios no deben cumplirse en diferente grado, sino que solo pueden cumplirse o incumplirse, y por tanto, tienen el carácter de reglas.

Para Alexy, la afirmación de la propiedad de los principios de poder ser cumplidas o incumplidas es trivial. Para ello, se centra en la categoría de

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>172</sup> *Ídem*.

discriminación en razón del sexo. El principio sería de la siguiente manera: “si una medida estatal discrimina a alguien en razón de su sexo y esa discriminación no está justificada por un principio contrario que tenga mayor peso, entonces, esa discriminación está prohibida”.<sup>173</sup>

Según Alexy, cada principio puede asimilarse a una norma todo-o-nada mediante una cláusula general de reserva como aquella que establece “y cuando otro principio contrario con mayor peso no ordene otra cosa”.<sup>174</sup>

Esta reformulación es la misma que realizan del artículo 14 de la Constitución Española Atienza y Ruiz Manero. Dejan en evidencia que dicho principio desemboca necesariamente en una ponderación. Es decir, los principios son mandatos a optimizar en la medida mayor posible, en este caso, en tanto no exista un principio con mayor peso que el reconocido en dicho artículo.

Por lo tanto, el argumento de Atienza y Ruiz Manero de que existen algunos principios que no pueden cumplirse de forma gradual y que por tanto tienen carácter de reglas, es insostenible.<sup>175</sup>

#### 2.5.4. Derechos y fines

La última crítica que aquí abordaremos es la que desarrolla Habermas en relación al ámbito deontológico de los principios como mandatos a optimizar.

Similar a la crítica que realiza Günther, Habermas afirma que la definición como mandatos a optimizar conduce a que los principios pierdan su carácter de

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>174</sup> *ídem*.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 122.



valores, para convertirse en reglas, puesto que los mismos obligan a sus destinatarios a cumplirse “sin excepciones ni condiciones”.<sup>176</sup>

Contrario a las reglas, los valores expresan preferencia de unos bienes sobre otros, que pueden realizarse o soslayarse mediante un actuar teleológico.

Otra diferencia que remarca Habermas entre reglas y valores, es que las normas únicamente pueden tener validez o no. Al contrario de la preferibilidad de los valores, su validez no sería graduable. Lo que deber ser (reglas) tiene la pretensión de ser bueno para todos en igual medida. Por el contrario, los valores tienen una vinculatoriedad relativa; ellos no establecen lo que es bueno para todos, sino sólo lo que, considerándolo todo, es bueno para nosotros relativamente.<sup>177</sup>

Estas diferencias que encamina Habermas son para demostrar que en un modelo de decisión jurídica basado en la optimización o la ponderación, la decisión sería en sí misma un juicio de valor, pues reflejaría una forma de vida articulada en el marco de un concreto orden de valores, lo que se pagaría con la pérdida de la categoría de lo correcto de las normas que se deciden en el caso en concreto<sup>178</sup>. Es decir, para Habermas la optimización desnaturalizaría a los principios como normas y los convertiría únicamente en valores.<sup>179</sup>

A consideración de Alexy, si esta idea fuera correcta, la teoría de los principios expuesta en forma de la tesis de optimización estaría herida en el corazón.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>179</sup> *idem*.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 127.

La réplica a la objeción de Habermas es que la ponderación y la optimización no son incompatibles con la idea de corrección, sino que incluso esta idea las exige. Para Alexy, en el momento en que dos o más principios se ponderan, no se realiza una ponderación en el ámbito de la fundamentación jurídica, porque mediante una ponderación de bienes no puede fundamentarse ningún juicio, sino que los juicios resultan de dicho procedimiento. Una decisión jurisdiccional es correcta solo si existen razones suficientes que la justifican.<sup>181</sup>

La afirmación de que con la ponderación se abandona el ámbito de la fundamentación y de lo correcto no es acertada, en tanto la ponderación es un procedimiento para fundamentar y justificar decisiones judiciales, en los casos, por ejemplo, de colisión de derechos fundamentales. Las ponderaciones consisten en relacionar principios que juegan en sentido contrario.<sup>182</sup>

Alexy concluye que la crítica de Habermas nace del temor de que, a través del modelo de la ponderación o de la optimización, en algunos casos puedan “sacrificarse los derechos individuales frente a los fines colectivos”, influencia que adquirió de la concepción individualista de los derechos fundamentales propuesta por Ronald Dworkin.<sup>183</sup>

## 2.6. LA TEORÍA PRINCIPIALISTA Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA DE DAÑO

El estudio de la teoría principialista a través de su génesis y desarrollo de interpretaciones iusfilosóficas, desde las propuestas de Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, pasando por la textura abierta del derecho de H.L.A. Hart, la propuesta que

---

<sup>181</sup> *Ídem*.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 128. En el capítulo 3 se profundiza sobre las etapas del principio de proporcionalidad y en dichos apartados se ilustra de qué manera la ponderación sirve para fundamentar y justificar decisiones judiciales.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 134.

## Capítulo 2. La teoría principialista del derecho.

realiza Dworkin de tomar a los principios como componentes del derecho y, finalmente, 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 través de interpretaciones subsuntivas –esto se profundiza en el capítulo 4-. Es decir, en los casos en que se estudia la posible reserva de información, el ejercicio que normalmente se realiza para validar la misma es la de la subsunción a la causal aplicable y no una ponderación de intereses.

La importancia de entender, someramente, los postulados de la teoría principialista, ayuda a conocer el propósito verdadero 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 intereses en conflicto, en este caso, el interés general de difundir cierta información, frente a la protección de intereses también generales, como la seguridad nacional.

Por 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. Caso contrario, interpretaciones restrictivas inhiben un desarrollo adecuado de los derechos fundamentales y una consolidación de sociedades racionales y democráticas.

### CAPÍTULO 3. 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>184</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>185</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 aquellos y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.<sup>186</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 los mismos, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> Alexy, Robert, "Principios formales", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Universidad de Alicante, N° 37, España, 2014, p. 17.

<sup>185</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>186</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 52.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 54.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

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 particulares, ya que se evalúa una relación entre medios y fines tomando como referencia el parámetro constitucional.<sup>188</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 que ha marcado la pauta en la elaboración de la filosofía del derecho actual.<sup>189</sup>

Aunque Robert Alexy apoyó su concepción de filosofía del derecho mediante el principio de proporcionalidad, por ser un mecanismo que permite institucionalizar la razón en la argumentación judicial, dicho principio nació en los tribunales

---

<sup>188</sup> Araujo Rentería, Jaime, "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica.", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, p. 853.

<sup>189</sup> Rainer, Arnold, *et. al.*, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 10, N°1, 2012, p. 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", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Núm. 26, enero-junio 2012.

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 aquellos.

La estructura de la proporcionalidad fue desarrollada a través de las sentencias que se encargaba de revisar que normas y actos fuesen 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.<sup>190</sup>

Dicho principio consiste a su vez en tres sub-principios 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 sobre el principio de proporcionalidad en todos sus elementos y algunas variantes que éstos tienen en la colisión de principios. En un primer momento se analizan los antecedentes más relevantes a través de los cuales nació y se desarrolló este principio como forma de ponderar derechos en los órganos jurisdiccionales; posteriormente, se analiza cada uno de los elementos que constituyen el principio de proporcionalidad; y, finalmente, se retoman las críticas más sobresalientes que ha recibido desde la teoría del derecho este principio y se esbozará la contra argumentación para la defensa del mismo, relacionado con su racionalidad.

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

---

<sup>190</sup> México no ha sido la excepción, aunque la adopción desde el año 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", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm. 26, México, enero-junio 2012.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

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.

#### 3.1 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Si bien, la génesis del principio de proporcionalidad normalmente es atribuido a Robert Alexy, esto no es del todo correcto. El propio Alexy reconoce en su obra que dicho principio nació en el seno del Tribunal Constitucional alemán y que el mismo ha sido adoptado a su teoría de los derechos fundamentales como elemento esencial para la solución de conflictos entre estos.<sup>191</sup>

Por lo anterior, citaremos los antecedentes jurisprudenciales más importantes que le han dado origen al principio de proporcionalidad y lo han dotado de contenido, no solo los antecedentes alemanes, sino también de aquellos que dieron recepción a dicho principio para el Estado mexicano.

##### 3.1.1 Antecedentes en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

El principio de proporcionalidad surgió ante la necesidad por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán de adoptar un método que ayudara a acotar la discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales, lo que llegó a formular a través de estándares que disminuyeran las arbitrariedades en las argumentaciones y se volvieran más racionales.<sup>192</sup>

La forma que ideó dicho tribunal para conocer si un argumento o una decisión era arbitraria y carente de racionalidad, era determinar y medir la proporcionalidad entre un acto o medida y el fin que perseguía éste. Lo anterior ayudaría a comprender la

---

<sup>191</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1983.

<sup>192</sup> Rainer, Arnold, *et. al., ob. cit.*, p. 66.

intensidad de la interferencia a otros derechos y si dicho acto formulado por una autoridad era, jurídicamente, el más adecuado para alcanzar el fin.<sup>193</sup>

Uno de los primeros antecedentes de la aplicación de esta proporcionalidad, se remonta al uso que le daba 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>194</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>195</sup>

Es hasta el año de 1949 ante la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn<sup>196</sup> que el Tribunal Constitucional Federal desarrolló la relación entre la proporcionalidad y la naturaleza de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, definiéndolo como

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 67. Por su parte, 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 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; ver Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, Colombia, 2014, pp. 55 a 69.

<sup>195</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, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Comanducci, Paolo, *et. al., Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 85 a 112.

<sup>196</sup> La Ley Fundamental de Bonn fue el nombre utilizado para designar la Constitución promulgada el 22 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

“un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos”.<sup>197</sup>

A partir de entonces el Tribunal comenzó a desarrollar este principio en la solución de sus casos.

En 1952 se registra uno de los primeros casos en que se aplicó este principio. Ante la solicitud del gobierno alemán en turno de declarar inconstitucional al Partido Socialista del Reich (SRP por sus siglas en alemán), por estimarlo atentatorio al orden democrático, el Tribunal estudió exhaustivamente el programa político, el comportamiento de los líderes y la genealogía del partido. De lo anterior, pudo concluir que la mayoría de sus miembros permanecían fieles a los principios del nacionalsocialismo y que la estructura partidista conservaba las jerarquías del partido Nazi; por tanto, ordenó la disolución del SRP bajo el argumento de que la finalidad del partido no correspondía a los principios democráticos amparados en el texto constitucional.<sup>198</sup>

Otro de los antecedentes importantes de este Tribunal es el relacionado con la limitación de colocación de farmacias en un mismo lugar, resuelto en el año de 1958. En este asunto, no solo se aplicó el principio de proporcionalidad al caso en concreto, sino que aportó una explicación dogmática del principio a la luz de la teoría de los derechos fundamentales.

---

<sup>197</sup> Rainer, Arnold, *et. al., ob. cit.*, p. 68.

<sup>198</sup> Pérez, Miguel y Agapito, Moneo, *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, 1ª. edición, España, 2007.

El estudio del caso surge a partir de la restricción legislativa para otorgar permisos para el funcionamiento de una farmacia, ante la exigencia de los siguientes estándares:<sup>199</sup>

- A) El establecimiento de la farmacia tiene por objeto el interés general de suministrar a la población medicamentos, y
- B) Se supone que su entorno económico se encuentra asegurado y que con su establecimiento no se causarán perjuicios económicos a las farmacias vecinas, de modo tal que los presupuestos para el adecuado funcionamiento de las farmacias dejen de garantizarse.

El dilema en cuestión es que a través de esta restricción se limitaba el libre ejercicio de la profesión consagrado en el texto constitucional. El Tribunal Constitucional determinó que la elección de profesión debe ser un acto de autodeterminación de la libre voluntad del individuo, y debe permanecer en lo posible resguardado de toda intervención del poder público. En cambio, mediante el ejercicio de la profesión el individuo interviene directamente en la vida social, por consiguiente, se le pueden imponer restricciones en interés de los demás y del interés general, aún cuando esta limitación afecte indirectamente a la libre elección de profesión.<sup>200</sup>

El estudio del caso que hizo el Tribunal fue a través de tres facetas. La primera, relacionada con la intervención del ejercicio de la profesión y si la misma perseguía una finalidad legítima. La segunda, sobre los requisitos subjetivos necesarios para poder acceder a una profesión como demostrar ciertas habilidades y la capacidad reglamentaria de restringir el ejercicio y la elección de profesión. Y la tercera y última,

---

<sup>199</sup> Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extracto de sentencias más relevantes*, Konrad Adenaur Stiftung, México, 2009, p. 318.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 320.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

relacionada con los requisitos objetivos que no dependían de la persona, sino de la situación en que la misma se desenvuelve y su significado para la vida social.<sup>201</sup>

De lo anterior se desprendía que los requisitos para poder comprobar la proporcionalidad de la medida restrictiva eran los siguientes:<sup>202</sup>

- I. Debe perseguir una finalidad legítima.
- II. Debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo.
- III. Debe ser necesaria, y entre varias alternativas debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados.
- IV. Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención de una medida aplicada debe justificarse con la urgencia o necesidad de sus objetivos, en las circunstancias y contexto del caso.

La conclusión de este caso fue que el legislador adoptó una medida adecuada, ya que la finalidad que perseguía era proteger la salud de los habitantes de una población pequeña, pues la competencia entre dos farmacias podía conducir al incumplimiento de deberes importantes para la salud de la misma. De esta manera, los intereses generales de salubridad y seguridad pública eran suficientes para limitar el ejercicio de la profesión en una intensidad que no sea más que mínima, ya que lo anterior conllevaría a que su restricción no superara la constitucionalidad de dicha medida.<sup>203</sup>

A partir de estos antecedentes se consideró a la proporcionalidad como un principio constitucional de protección de derechos fundamentales. Aunque no se encuentra explícito en la norma fundamental, el Tribunal Federal Constitucional lo ha considerado como un complemento del sistema constitucional y de otros principios

---

<sup>201</sup> Rainer, Arnold, *et. al.*, *ob. cit.*, p. 70.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>203</sup> *Ídem*.

del Estado de Derecho, cuya finalidad es prohibir que los actos sean excesivos y violatorios de derechos fundamentales.<sup>204</sup>

### 3.1.2 Antecedentes para México.

Al momento en que surgieron los primeros intentos de adopción del principio de proporcionalidad para México, la teoría iusfundamental había desarrollado ampliamente este principio y muchos tribunales constitucionales en el mundo lo habían adoptado como su práctica cotidiana. Sin embargo, para esta investigación es relevante ubicar los primeros casos que dieron origen a su aplicación en México.

La referencia que se usa en el título de este apartado “para México”, refiere a que los antecedentes que integran a la proporcionalidad como un principio constitucional en nuestro sistema jurídico, no solo nacen en sede de los tribunales mexicanos, sino también a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de observación obligatoria para el Estado mexicano.<sup>205</sup>

En el año de 1985, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvía a través de la Opinión Consultiva 5/85 el asunto sobre la colegiación obligatoria de periodistas en

---

<sup>204</sup> Rainer Arnold, *et. at., ob. cit.*, pp. 68 y 69.

<sup>205</sup> Si bien, en el expediente Varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte limitó el parámetro de constitucionalidad solo a aquellos criterios establecidos por la Corte Interamericana en los casos en que el Estado mexicano haya sido parte, dejando como criterios “orientadores” para la interpretación de normas todos aquellos constituidos en las sentencias en las que México no participó, en septiembre de 2013 el mismo Pleno de la Corte, incitada por una denuncia de una posible contradicción de tesis, resolvió por mayoría de seis votos a favor y cinco en contra que, la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para las y los jueces mexicanos, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a la persona, es decir, se elimina el acotamiento entre criterios vinculantes y orientadores a que se hacía referencia.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Costa Rica, bajo el análisis de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>206</sup>

En la respuesta de la misma, la Corte advertía que la necesidad y, por ende, la legalidad de cualquier restricción a la libertad de expresión dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.<sup>207</sup>

No obstante, para el estándar no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en él mismo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.<sup>208</sup>

En un asunto posterior, a través de la Opinión Consultiva 8/87, la Corte Interamericana resolvía el asunto del Habeas Corpus bajo suspensión de garantías a propuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo el parámetro del principio de proporcionalidad.<sup>209</sup>

En ella profundiza más sobre los elementos o fases de análisis a través de los cuales debe realizarse un examen de ponderación. En su resolución afirma que las medidas

---

<sup>206</sup> Cfr. Corte IDH, *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 No. 5.

<sup>207</sup> *Ibidem*, párrafo 46.

<sup>208</sup> *Ídem*.

<sup>209</sup> Cfr. Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

que se adopten en cualquier emergencia deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, pues resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otra.

La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.<sup>210</sup> De esta manera, la Corte identificaba los niveles de análisis a través de los cuales debía realizarse un examen de ponderación.

En adelante, la Corte Interamericana adoptaría el principio de proporcionalidad como método de interpretación en la colisión de principios ventilados en su jurisdicción, tanto consultiva como contenciosa. Los parámetros o fases más recurrentes para realizar este tipo examen la Corte los nombra de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.

Los antecedentes anteriores influenciaron en gran medida la adopción de ese proceso interpretativo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Resulta curioso que fue hasta el año de 2004 cuando se registra el primer caso en que se utilizó el principio de proporcionalidad en sus resoluciones, siendo que a partir de la segunda mitad del siglo pasado se comenzó a gestar en otras latitudes del mundo.<sup>211</sup>

En ese año, la Suprema Corte, a través de su Primera Sala, resolvía el expediente de amparo en revisión 988/2004. En ella se analizaba la constitucionalidad bajo el parámetro del principio de igualdad de dos artículos del entonces Código Penal Federal por reconocer la figura de la libertad bajo caución tomando como parámetro

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, párrafo 22.

<sup>211</sup> Díez Gargari, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 64.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

el número de años fijados en la condena, en lugar de atender a la diferencia entre delito grave y delito no grave.<sup>212</sup>

La Segunda Sala analizó el caso en tres momentos. El primero, relativo a determinar si la distinción introducida por el legislador obedecía a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. El segundo, para examinar la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, como medio apto para conducir al fin u objetivo que quiere alcanzar. Y el tercero, en el que se debe cuidar la proporcionalidad entre la medida del legislador y el trato desigual que se otorga.<sup>213</sup>

De lo anterior, resolvió que la finalidad de las normas analizadas puede ser fácilmente identificada con el objetivo de readaptación social del delincuente mediante la reintegración a la sociedad y la de evitar la sobrepoblación de los centros carcelarios.

Por otro lado, las distinciones introducidas están racionalmente conectadas con la persecución de dicho fin y no incurrir en desproporción alguna que pueda ser constitucionalmente reprochada en el juicio de amparo. Por tanto, no puede considerarse que los artículos analizados traten desigualmente a personas que se encuentren en similar situación jurídica.<sup>214</sup>

A partir de entonces, la jurisprudencia del principio de proporcionalidad de la Corte mexicana ha sido basta y cada vez con mayor profundidad en su aplicación y análisis.

Inclusive, actualmente la propia Corte identifica el examen de proporcionalidad en cuatro etapas: la primera, relacionada con la identificación de una finalidad

---

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>213</sup> Ejecutoria de Amparo en Revisión 988/2004, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 77.

<sup>214</sup> *Ídem*.

constitucionalmente válida<sup>215</sup>; la segunda, para el examen de idoneidad de la medida;<sup>216</sup> la tercera etapa para el examen de necesidad de la medida;<sup>217</sup> y, la cuarta y última etapa, es el examen de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> De acuerdo con la Corte, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa 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. Cfr. Tesis 1ª CCLXV/2016, *Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 902.

<sup>216</sup> El examen de idoneidad 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. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas. Cfr. Tesis 1ª CCLXVIII/2016, *Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 911.

<sup>217</sup> 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 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. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró 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 por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto. Cfr. Tesis 1ª CCLXX/2016, *Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 914.

<sup>218</sup> Consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, 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 constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. Cfr. Tesis 1ª CCLXXII/2016, *Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la*



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Las etapas en las que identifica la Corte mexicana el principio de proporcionalidad se corresponden con las etapas identificadas por el Tribunal Federal Constitucional de Alemania, al menos en lo que refiere al antecedente citado líneas arriba sobre el caso de la restricción de las farmacias. Sin embargo, otros tribunales como la Corte Interamericana identifican el examen en tres principios, recogiendo en su primera etapa el análisis de la finalidad y la idoneidad. Incluso, el propio Robert Alexy lo desarrolla de esa manera y a través del parámetro que él usa analizaremos sus contenidos con detenimiento en esas tres etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Gracias al desarrollo que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha permitido que otros órganos jurisdiccionales del país hayan adoptado el principio de proporcionalidad como medida de interpretación y solución de conflictos. Inclusive, algunas legislaciones en el país ya reconocen expresamente dicho principio como modelo para resolver conflictos y adoptar la solución lo más racionalmente posible, tal como demostramos con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública que citamos en el Capítulo I, al desarrollar los parámetros de la prueba de daño.

#### 3.2 ETAPAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Como citamos anteriormente, el principio de proporcionalidad tal y como es formulado por Robert Alexy, se compone de tres subprincipios: i) principio de

---

*proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 894.

idoneidad; ii) principio de necesidad o mandato del medio más benigno, y iii) el principio de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>219</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 con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>220</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>221</sup>. La evaluación de las posibilidades jurídicas consiste en la optimización de la colisión en relación con las condiciones jurídicas.<sup>222</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>223</sup>, y también han contribuido a su refinación autores como Laura Clérico y Carlos Bernal Pulido.

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

---

<sup>219</sup> Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015, p. 178.

<sup>220</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 112 y 113.

<sup>221</sup> Alexy, Robert, "Principios formales", *ob. cit.*, p. 17.

<sup>222</sup> *Ídem.*

<sup>223</sup> *Ídem.*

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

medida de restricción en forma de norma o acto no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios, también debe ser declarada inconstitucional.<sup>224</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>225</sup>

A continuación, se explicará cada uno de los subprincipios que comprenden el principio de proporcionalidad a la luz de las aportaciones más recientes.

#### 3.2.1 El principio de idoneidad

Concretamente, el principio de idoneidad 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 es conocer si *i*) la intervención tiene un fin constitucionalmente válido, y si *ii*) la intervención es idónea para favorecer a la obtención de un fin<sup>226</sup>. Las restricciones a un derecho fundamental solo pueden darse si resultan indispensables para el cumplimiento de una finalidad legítima.<sup>227</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 solo

---

<sup>224</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, Colombia, 2014, pp. 874 y 875.

<sup>225</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, en <http://www.bjdh.org.mx/interamericano>.

<sup>226</sup> Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 180.

<sup>227</sup> Rainer Arnold *et. al.*, *ob. cit.*, p. 74.

porque encuentra su fundamento en el texto constitucional, sino que 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>228</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>229</sup>

Pongamos por ejemplo el tema de la seguridad nacional como fin legítimo para limitar el acceso a la información pública. La definición de seguridad nacional prevista en el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional propone una serie de supuestos que se sustentan en los objetivos del proyecto nacional, mismos que se identifican con los principios y valores consagrados por la Constitución mexicana, identificados por un sector de la teoría constitucional como decisiones políticas fundamentales, esto es,

---

<sup>228</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 877.

<sup>229</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXV/2016, *Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 902.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

como determinaciones sobre la existencia y la forma de ser del Estado, adoptadas por el Poder Constituyente.

Esta circunstancia funda una conexión importante entre la legislación especial en materia de seguridad nacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, la Constitución se asume a sí misma como un proyecto nacional.

Dichos 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 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.

Por otra parte, el propio capítulo de Ley de Seguridad que alude el acceso a la información en materia de seguridad nacional, particularmente el artículo 51, añade un par de supuestos, también expresos, en los que se estima reservada cierta información.

Por lo anterior y en plano constitucional, cobra sentido que a través del artículo 6° de la Constitución y la Ley General se permita reservar temporalmente la información por razones de seguridad nacional como un fin legítimo.

En este primer requisito, la Constitución se establece como un parámetro que refleja los intereses que una sociedad estima importantes de proteger en un momento histórico determinado<sup>230</sup>. El parámetro de constitucionalidad o de regularidad en México, no solo comprende el texto de la Constitución, sino también otras normas de

---

<sup>230</sup> Araujo Rentería, Jaime, *ob. cit.*, p. 854.

carácter internacional en materia de derechos humanos, y las interpretaciones que han realizado los órganos autorizados.<sup>231</sup>

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. Esta 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>232</sup>

Sobre el segundo requisito de este subprincipio, es necesario que la medida de intervención al derecho fundamental sea la adecuada para arribar al fin

---

<sup>231</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>232</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 886. 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, ver Luna Pla, Issa, et. al., *Resoluciones relevantes en materia de acceso a la información y de protección de datos personales*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, México, 2017, p. 133 y s.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

constitucionalmente legítimo.<sup>233</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>234</sup>

Por ejemplo, la protección de la vida privada y datos personales que se expresan a través de un expediente clínico, son protegidos por la restricción a su acceso a personas que no son titulares de la información y a través de su clasificación como confidencial. En este asunto es claro que la medida de restringir el acceso a dicha información es idónea para proteger el interés de la vida privada consagrado en el parámetro de constitucionalidad.

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 pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista TITANIC interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una

---

<sup>233</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>234</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXVIII/2016, *Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 911.

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>235</sup>

No obstante, Laura Clérico aporta una variante más para el principio de proporcionalidad en sentido amplio que involucra directamente al examen de idoneidad. 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>236</sup>

Estos casos tienen en común que lo que afecta a un derecho fundamental es una omisión o una acción estatal insuficiente, la que debe ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente. Un claro ejemplo de este tipo de restricciones por omisión o insuficiencia son las que sufren los derechos fundamentales de carácter prestacional, como el derecho humano al agua, al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, a la cultura.<sup>237</sup>

---

<sup>235</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*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 18.

<sup>236</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 del año 1993 sobre la constitucionalidad de una ley que reglamentaba la interrupción del embarazo para todo el territorio de la República, mismo que fue replicado sucesivamente en otros casos relevantes. Cfr., 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*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 127.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 128.



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

En sentido contrario con lo que sucede en el examen de idoneidad en casos de restricciones por exceso, en los casos de prohibición por omisión o defecto el examen de idoneidad se encarga de verificar si el medio establecido –que afecta derechos fundamentales– no puede fomentar el fin legítimo (derechos), entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio y por lo tanto inconstitucional, ya sea que el medio consista en un hacer eficiente o una omisión por completo. El fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación dado por la constitución que puede o no coincidir con el fin estatal.<sup>238</sup>

Para el examen de idoneidad bastaría con que el medio estatal promueva el fin en algún sentido para que sea idóneo. Esto no quiere decir que apruebe el examen de proporcionalidad en sentido amplio.<sup>239</sup>

El ejemplo que usa Laura Clérico para ilustrar estos casos es la falta de cobertura de una terapia alternativa que no esté contemplada dentro del sistema de salubridad brindado por el Estado, lo que supondría una afectación al derecho de salud de la persona reclamante; sin embargo, es necesario determinar si el seguro social tiene la obligación de cubrir nuevos tratamientos (en estado experimental) en los casos de una enfermedad con riesgo de muerte o con un desarrollo generalmente fatal para la salud, y además de hacerlo de manera particularizada con un trato diferencial entre los asegurados.<sup>240</sup>

Con la negativa de asumir los costos, el seguro social persigue una finalidad de aseguramiento y calidad de la prestación, en interés de un trato igualitario de los

---

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>239</sup> Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso”, en Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2013, p. 1054 y s.

<sup>240</sup> *Ídem*.

asegurados y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la eficiencia.<sup>241</sup>

Para ilustrar este dilema, supongamos que el derecho a la salud es  $P_1$ , cuyo grado de interferencia se deriva de los efectos de una omisión o insuficiencia. El fin estatal como negativa de asumir costes individualizados persigue otorgar la prestación de seguro social en igualdad de condiciones, sería  $P_2$ . La medida de negar el pago de terapias alternativas es  $M_1$ . Por lo tanto, para el examen de idoneidad, si  $M_1$  puede promover  $P_2$ , constituye una cuestión de idoneidad. No obstante, para el examen de proporcionalidad en sentido amplio, es necesario verificar si  $M_1$  puede promover  $P_1$ , lo que se conseguiría con la revisión de los otros subprincipios.<sup>242</sup>

Caso contrario sucedería, por ejemplo, con la falta de acceso al agua potable, en donde se verificaría que dicha omisión, en principio, no persigue un fin constitucionalmente válido.

De acuerdo con Bernal Pulido, 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 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 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>243</sup>

---

<sup>241</sup> *Ídem.*

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 1059.

<sup>243</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 913 y 914.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Es por eso que dicho autor retoma la propuesta de Clérico para proponer 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 solo 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>244</sup>

Cuando el medio se encuentre en alguna relación con la realización del fin pero no contribuye 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>245</sup>

#### 3.2.2 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 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 existir otra que pueda optimizar mejor el principio. Entonces, el medio más benigno debe cumplir por lo menos con *i)* que ningún participante resulte peor que antes, y *ii)* que al menos uno de los participantes experimente una mejora.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> *Ídem.*

<sup>245</sup> Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", *ob. cit.*, p. 133.

<sup>246</sup> Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 181.

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>247</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>248</sup>

Bajo esta perspectiva, se requiere elegir, de entre dos medidas que promueven de igual manera a P<sub>1</sub>, el que intervenga menos intensamente a P<sub>2</sub>. Si existiera un medio que intervenga menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra<sup>249</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 que uno de los dos derechos en conflicto obtenga una mejora y otro se mantenga igual, sino que un derecho sí se verá afectado debido a la satisfacción del otro.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>248</sup> Robert Alexy retoma este principio formulado por el economista italiano Wilfredo Pareto, Cfr. Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, enero-junio 2009, p. 8.

<sup>249</sup> *Ídem*.

<sup>250</sup> Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 181.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Laura Clérico aclara la regla del medio alternativo:<sup>251</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 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

---

<sup>251</sup> Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", *ob. cit.*, p. 147.

(examen de idoneidad)<sup>252</sup>, y en un segundo momento una comparación en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de necesidad).<sup>253</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>254</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>255</sup>

---

<sup>252</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 realización del fin y la probabilidad. Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 937.

<sup>253</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>254</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXX/2016, *Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 914.

<sup>255</sup> *Ídem*.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Un ejemplo del examen de necesidad es el del *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 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 representen un peligro directo, inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura.<sup>256</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 que no representaban una amenaza o peligro real o inminente de los agentes o terceros. En consecuencia, dicho acontecimiento no constituyó una situación de absoluta necesidad.<sup>257</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.

Ahora bien, sobre las particularidades de este examen cuando se evalúan casos de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto, Laura Clérico aclara que la limitación al derecho de prestación afectado que deviene del medio atacado puede ser insuficiente o defectuosa, si pudo haberse evitado a través de la implementación de un

---

<sup>256</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párrafo 85.

<sup>257</sup> *Ídem*.

medio alternativo más idóneo, es decir, un medio que permita una mayor realización del derecho de prestación.<sup>258</sup>

Retomemos para ejemplificar el caso de la falta de cobertura de terapias alternativas, cuando de las mismas se deriva el mejoramiento de la salud del paciente. Decíamos que el derecho a la salud es  $P_1$ , cuyo grado de interferencia se deriva de los efectos de una omisión o insuficiencia. El fin estatal como negativa de asumir costes individualizados persigue otorgar la prestación de seguro social en igualdad de condiciones a la población en general, sería  $P_2$ . La medida de negar el pago de terapias alternativas es  $M_1$ . Por otro lado, la medida del reintegro de los gastos por el uso de terapias alternativas por parte del Estado es  $M_2$ .<sup>259</sup>

De conformidad con las reglas de la necesidad,  $M_2$  (cobertura de la terapia alternativa) es mejor que  $M_1$  (la no-cobertura). El grado de  $P_1$  puede ser calificado como alto ya que lo garantiza adecuadamente conforme a los estándares establecidos para ello y las necesidades individuales de la persona. En relación con el fin estatal  $P_2$ ,  $M_2$  puede considerarse como idóneo de la misma manera que  $M_1$ .  $M_2$  no parece afectar en mayor grado el fin estatal  $P_2$  en comparación con  $M_1$ .<sup>260</sup>

Otra alternativa a este caso sería buscar financiamiento por parte de la iniciativa privada para el tratamiento, lo que se convertiría en  $M_3$ . No obstante lo anterior,  $M_3$  se descartaría inmediatamente como mejor medio ya que no promueve  $P_1$  (el derecho a la salud).<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso”, *ob. cit.*, p. 1062.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 1059.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 1064.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 1065.



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

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>262</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 del mismo y las circunstancias del caso. Entre más intensa es la restricción a un derecho fundamental, la medida debe tener un control más intenso y la presunción de proporcionalidad debe perder fuerza.<sup>263</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>264</sup>

---

<sup>262</sup> Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", *ob. cit.*, p. 154.

<sup>263</sup> *Ídem.*

<sup>264</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 114.

### 3.2.3 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>265</sup>

Por tanto, 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 medida establecida<sup>266</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 al 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>267</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>268</sup> Lo que se pondera no es en sí la medida establecida, sino el derecho fundamental

---

<sup>265</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>266</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 182.

<sup>267</sup> *Ídem*.

<sup>268</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 962.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

afectado frente al derecho o principio que fundamenta la medida estatal (el fin de la medida).<sup>269</sup>

Por tanto, la regla sería, 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>270</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 constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.<sup>271</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:

- i) Primera fase o examen de intensidad de interferencia y satisfacción: en esta primera fase debe constatarse, por un lado, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y, por otro lado, la

---

<sup>269</sup> *Ídem.*

<sup>270</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 165.

<sup>271</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXXII/2016, *Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 894.

importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

- ii) 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.
- iii) 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 nombra fórmula del peso refinada<sup>272</sup>. Para entender su formulación, a continuación, se profundiza en cada uno de las fases antes citadas.

### 3.2.3.1 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 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>273</sup>

---

<sup>272</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 183.

<sup>273</sup> Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 967 y 968.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

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>274</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>275</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>276</sup>

---

<sup>274</sup> *Ídem.*

<sup>275</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>276</sup> *Ídem.*

Ahora bien, para medir el grado en sí, retomamos la escala tríadica o de tres intensidades que propone Robert Alexy como aquella que refleja la práctica en la argumentación jurídica.<sup>277</sup>

Los tres rangos que pueden designarse para identificar el grado de intervención o satisfacción son “leve”, “moderado” o “grave”<sup>278</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>279</sup>

Para ilustrar la formula del peso, Alejandro Nava Tovar usa los elementos  $W_{i,j}$  o  $WP_{i,j}$  que representa 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>280</sup>

Entonces, respecto a la primera fase, los elementos  $I_i$  o  $IP_iC$  representa la intensidad de la interferencia con  $P_i$  por parte del medio establecido (M), cuya proporcionalidad deberá ser examinada. Los valores  $I_j$  o  $IP_jC$  representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con  $P_i$  tendría para el principio en colisión  $P_j$ .<sup>281</sup>

Lo anterior quedaría esquematizado de la siguiente manera:

$I_i$

---

<sup>277</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>278</sup> *Ídem.*

<sup>279</sup> De acuerdo a 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, *Cfr., Ibidem*, p. 32.

<sup>280</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 185.

<sup>281</sup> *Ídem.*

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

$$W_{i,j} = \frac{I_j}{I_j}$$

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 solo 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 solo actualiza algunas de ellas.<sup>282</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 su 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>283</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

---

<sup>282</sup> Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 972.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 981.

compensatoria y satisfactoria que ascendía a 12,000 marcos; la revista promovió la queja constitucional.<sup>284</sup>

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*, en razón de que menoscaba en una temporalidad duradera (ya que no podrían publicar artículos similares), espacial y material ya que la disposición futura de los demandados a conformar su revista como hasta entonces habían hecho.<sup>285</sup>

De lo anterior, podemos asignar los valores respectivos que pueden resumirse en *grave*.

$$W_{i,j} = \frac{4}{I_j}$$

---

<sup>284</sup> Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *ob. cit.*, p. 10.

<sup>285</sup> *Ídem*.



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

La finalidad de la medida era proteger el derecho a la personalidad (dignidad) de la persona afectada que 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 “notoriamente humorísticas” que van desde bromas verbales hasta modos impregnados de bobería, como el entonces Presidente Federal Richard von Weizsäcker que fue llamado “ciudadano nato”.<sup>286</sup> Desde una posición analítica-normativa podemos afirmar que la medida buscar 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 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 tanto:

$$W_{i,j} = \frac{4}{2}$$

---

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 11.

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 Titánic en este aspecto.

Ahora bien, respecto a llamar “tullido” a una persona lisiada, podemos evaluar lo siguiente. Decíamos que, desde un aspecto analítico-normativo, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *intensa* en razón de que protege la dignidad. Desde el aspecto empírico, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *más que intensa*, en razón de que llamar “tullido” a una persona parapléjica afecta gravemente a su derecho a la personalidad, pues se entendería como una humillación pública y expresa desprecio. Por tanto, los valores pueden ser los siguientes:

$$W_{i,j} = \frac{4}{4^*}$$

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la queja de la revista Titánic era infundada en lo que refería a la publicación donde llaman “tullido” a una persona inválida.

### 3.2.3.2 Segunda fase o asignación de pesos abstractos.

El peso abstracto de un principio es el peso que se le asigna al mismo en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

concreto.<sup>287</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 mayor a cualquier otro derecho como el de la libertad, pues para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo.<sup>288</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>289</sup>

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 este respecto a la teoría sustancial de la Constitución.<sup>290</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, la teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá más peso a los principios vinculados con los bienes colectivos.<sup>291</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

---

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>288</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *ob. cit.*, p. 56.

<sup>289</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres Nieto, Enrique, *et. al.* (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 23.

<sup>290</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 1002.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 1003.

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, etc.); 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>292</sup>

De acuerdo con los elementos usados por Alejandro Nava Tovar,  $W_i$  o  $WP_iA$  y  $W_j$  o  $WP_jA$  representan los pesos abstractos de  $P_i$  y  $P_j$ . Aquí nuevamente se usan los valores asignados para la escala tríadica 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:

---

<sup>292</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*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 127.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

$$W_{i,j} = \frac{W_i}{W_j}$$

$$W_{i,j} = \frac{4}{4}$$

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>293</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. 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>294</sup>

#### 3.2.3.3 Tercera fase o justificación empírica

Esta fase complementa la fórmula del peso refinada. Esta fase se trata de valorar el grado de seguridad o fiabilidad de los presupuestos empíricos referidos,

---

<sup>293</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 185.

<sup>294</sup> Alexy, Robert, "Principios formales", *ob. cit.*, p. 37.

respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro.<sup>295</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>296</sup>

En este examen también es aconsejable usar una escala tríadica 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>297</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

---

<sup>295</sup> *Ídem.*

<sup>296</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *ob. cit.*, p. 38.

<sup>297</sup> *Ídem.*

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

cuestión para la no realización de  $P_i$  y la realización de  $P_j$  en las circunstancias del caso concreto.<sup>298</sup>

El ejemplo para ilustrar este sub-examen 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>299</sup>

Las premisas empíricas de que, de no realizarse  $M$  (transfusión de sangre) se afectaría la vida de la menor, es seguro y por lo tanto 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 tanto, también recibe el grado de 1. De esta manera:

$$W_{ij} = \frac{R_i^e}{R_j^e}$$

$$W_{ij} = \frac{1}{1}$$

---

<sup>298</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 185

<sup>299</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento...", *ob. cit.*, p. 25.

### 3.2.3.4 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>300</sup>

La representación quedaría de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{I_i + W_i + R_i^e}{I_j + W_j + R_j^e}$$

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 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  $R_i^e = 1$ ).<sup>301</sup>

Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos 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

<sup>300</sup> Alexy, Robert, "La fórmula del peso", *ob. cit.*, p. 33.

<sup>301</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento...", *ob. cit.*, p. 25.



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

ordenarles llevar a su hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos,  $R_j^e = 1$ ).<sup>302</sup>

Así, el peso del principio prevaleciente ( $W_{i,j}$ ) resulta del cociente entre el producto de 1) la afectación del principio  $W_i$  en concreto, 2) su peso abstracto y 3) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación; y, el producto de 1) la afectación del principio  $W_j$  en concreto, 2) su peso abstracto, y 3) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.<sup>303</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:

$$W_{i,j} = \frac{4 + 4 + 1}{2 + 2 + 1} = \frac{16}{4} = 4$$

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):

$$\frac{2 + 2 + 1}{4} = 1$$

---

<sup>302</sup> *Ídem.*

<sup>303</sup> *ídem.*

$$W_{j,i} = 4 + 4 + 1 = 16$$

$$\frac{4}{16} = 0.25$$

Ahora bien, de conformidad con este ejercicio, podría concluirse que la satisfacción de la libertad de cultos 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>304</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 la complejidad de cada caso concreto. En consecuencia, 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>305</sup>

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

<sup>304</sup> *Ídem.*

<sup>305</sup> Alexy, Robert, "La fórmula del peso", *ob. cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 186.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

Laura Clérico resume los resultados a los que se puede llegar en el principio de proporcionalidad en sentido estricto:<sup>306</sup>

- i) La restricción del derecho (ocasionada por la medida establecida) es desproporcionada en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio.
- ii) 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.

En la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, puede llegarse al resultado de un empate entre ambos principios que colisionan. En este tipo de casos se aplica lo que se conoce como *las cargas de argumentación*. Robert Alexy ha planteado dos posturas sobre lo que debe decidirse a través de las cargas de argumentación. En un primer momento señaló que, en caso de empate, la carga debía posarse en favor de aquel principio que promoviera en mayor medida los principios de libertad e igualdad, que coincidiría con el principio *de indubio pro libertate*. Es decir, ningún principio contrario a esta máxima podía prevalecer en el caso en concreto.<sup>307</sup>

No obstante, Robert Alexy planteó otra postura diferente sobre la carga argumentativa en caso de empate. Sostuvo que, si la decisión refleja que la medida establecida no es desproporcional entonces debe declararse constitucional. Es decir, en caso de empate,

---

<sup>306</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, ob. cit., p. 286.

<sup>307</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento...", ob. cit., pp. 26 y 27.

la carga debería ser para la medida establecida, en una suerte de presunción de constitucionalidad.<sup>308</sup>

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>309</sup> En este caso,  $W_i$  representaría a todos los derechos fundamentales o principios 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>310</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>311</sup>

Por 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:

$$W_{ij} = \frac{I_i * W_i * R_i^e + I_m * W_m * R_m^e}{I_j * W_j * R_j^e + I_n * W_n * R_n^e}$$

<sup>308</sup> *Ídem.*

<sup>309</sup> Alexy, Robert, "La fórmula del peso", *ob. cit.*, p. 41.

<sup>310</sup> *Ídem.*

<sup>311</sup> *Ídem.*

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

#### 3.3 LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. UNA MIRADA A LAS CRÍTICAS.

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 la ponderación reside en la valoración del órgano que la realice<sup>312</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>313</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 en que hay argumentos fundamentables, no fundamentables y otros en los que el desacuerdo institucional podría permanecer, pero no cualquier argumento puede ser ofrecido.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 191.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 196.

Ejemplo de ello es el estándar anterior de la prueba de daño que citamos en el Capítulo Primero de esta investigación. 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”.

Sumándole 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 “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 carecía de una verdadera ponderación de principio 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>315</sup>

---

<sup>315</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 la segunda es plausible, no se descarta la creación de una teoría general de la ponderación, y el intento para

## Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

### 3.3.1 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>316</sup>

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 tanto, la estructura estaría vacía, basada exclusivamente en las apreciaciones subjetivas ideológicas y empíricas del juez.<sup>317</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>318</sup> La objetividad ideal es algo que no puede alcanzarse en ningún método interpretativo, porque siempre influenciarán 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>319</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

---

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*, ob. cit., p. 296.

<sup>316</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", ob. cit., p. 7.

<sup>317</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", ob. cit., p. 46.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 47.

sistema jurídico, pues las disposiciones jurídicas amparados 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>320</sup>

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no carece tampoco de racionalidad, en la medida que su estructura está dirigida a buscar una decisión clara y consistente susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.<sup>321</sup>

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>322</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 la persona u órganos que lo aplican.<sup>323</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 tanto, el principio de

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>321</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 tienen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. *Ibidem*, p. 52.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 63



### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

proporcionalidad tendría el problema de la inconmensurabilidad, ya que sería difícil otorgar valor a los principios en colisión y encontrarles una medida común.<sup>324</sup>

Rober 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>325</sup>

El ejemplo de la inconmensurabilidad que usa Alexy es, si 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 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>326</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>327</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>328</sup> Así, por ejemplo, que una revista satírica llame “tullido” a un parapléjico, constituye claramente una ofensa

---

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>325</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>326</sup> *Ídem*.

<sup>327</sup> *Ídem*.

<sup>328</sup> Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *ob. cit.*, p. 56.

grave contra su derecho al honor que, a la vez, contribuye solo de manera leve a la satisfacción de la libertad de expresión.<sup>329</sup>

Sin embargo, existen casos difíciles en que 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 un colectivo. He aquí un espacio de margen de deliberación del juez.<sup>330</sup>

### 3.3.2 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 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>331</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 solo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación

---

<sup>329</sup> Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento...", *ob. cit.*, p. 28

<sup>330</sup> *Ibidem*, pp. 28 y 29.

<sup>331</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 246 y 247.

### Capítulo 3. El principio de proporcionalidad.

democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.<sup>332</sup> Esto 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>333</sup>

No obstante, alguien podría decir que cualquier argumento podría ser usado como si fuese representación del pueblo, aunque 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 i) no cualquier respuesta puede darse en procedimiento racional, tal como lo vimos en el apartado anterior, y ii) no solo 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>334</sup>

La otra variante de contraargumentación es el ejemplo que da Alexander Aleinikoff, la superación de la constitucionalidad del principio de proporcionalidad podría

---

<sup>332</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, *ob. cit.*, pp. 252 a 255.

<sup>333</sup> Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 195.

<sup>334</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. Ver Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 295.

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>335</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>335</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 250 a 254.

#### **CAPÍTULO 4. LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO EN LOS SUJETOS OBLIGADOS.**

Una vez recorrido el aparato teórico que da fundamento a la aplicación del principio de proporcionalidad en la colisión de principios en el derecho, y haber profundizado en las etapas de éste, en el presente capítulo analizaremos el estándar de la prueba de daño en materia de acceso a la información, a la luz de los capítulos anteriores y revisaremos de qué manera se está aplicando por parte de los sujetos obligados.

En el primer apartado se analizará el estándar anterior de la prueba de daño que se contemplaba a raíz de la abrogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Este análisis permitirá conocer las deficiencias y limitaciones que contenía en su aplicación, y las razones por las que se optó fortalecer dicho estándar en la nueva Ley General de la materia.

En ese mismo apartado, analizaremos el estándar actual contemplado en la citada Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, revisando cada uno de sus requerimientos en comparación con los del principio de proporcionalidad y quién está obligado a realizar dicha prueba de daño. Esta interrogante detonará algunas dudas sobre su aplicación que da fundamento al segundo apartado.

En el segundo apartado se abordará 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 que realicé de varios sujetos obligados, entre ellos el propio INAI, se puede afirmar que el trabajo que realizan los tres seleccionados son los más destacados; en primer lugar, en razón que de la normativa interna y la conformación

de sus órganos y las resoluciones de sus Comités de Transparencia, es sencillo ubicar el esquema de clasificación de información al interior de los mismos; en segundo lugar, porque en su 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 reserva de la información y 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 las mismas se analizaran temas diversos.

El análisis busca resaltar tres elementos:

- La reglamentación del esquema de reserva de información en general, 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.
- Las argumentaciones vertidas para justificar la prueba de daño. La revisión busca encontrar si las justificaciones para reservar información atienden, por lo menos, el 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.
- En su caso, 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

## Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

por la designación del órgano encargado para ello, como por la racionalidad de los argumentos que se usan.

### 4.1 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 grandes tipos de 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 de excepciones 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>336</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, etc., también reconocidos como principios constitucionales. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores 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 del documento. A los criterios que guían este análisis se le conoce como la "prueba de daño".<sup>337</sup>

---

<sup>336</sup> López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada", en *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 9, México, 2007, p. 1.

<sup>337</sup> *Ídem*.

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 intereses en juego y que se conocen como la prueba de interés público.<sup>338</sup>

El objeto de este análisis y de esta investigación en general, tal como quedó asentado en el primer capítulo, es la primera. 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. El propósito de la prueba de daño no es ajeno al propósito del principio de proporcionalidad, cuya finalidad es demostrar que la importancia de la intervención a un principio debe estar justificada por la importancia de la realización de otro.<sup>339</sup>

#### 4.1.1 El viejo estándar de la prueba de daño.

En la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (Ley Federal abrogada), publicada en el año de 2002 y vigente hasta principio del año 2015, en el esquema de la información reservada se contemplaban como razones para clasificar la información aquella que comprometiera la seguridad nacional, 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; o, causar un perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes,

---

<sup>338</sup> *Ídem.*

<sup>339</sup> Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015, p. 184.



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

prevención o persecución de delitos, impartición de justicia; averiguaciones previas; procedimientos de responsabilidad de servidores públicos, entre otros.<sup>340</sup>

La clasificación de la información como reservada se encargaba a los titulares de las unidades administrativas de los sujetos obligados<sup>341</sup>, es decir, aquellas instancias que poseían 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>342</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>343</sup>

La prueba de daño no aparece expresamente regulada en la Ley Federal de Transparencia y acceso a Información Pública Gubernamental; no obstante, en su Exposición de Motivos se decía que, en el caso de los supuestos de reserva que se establecen en la iniciativa, no basta con que se actualice el contenido de la información por referirse a una de las materias reservadas, por ejemplo seguridad nacional o seguridad pública, sino que es necesario además que exista un elemento de daño que permita 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>344</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,

---

<sup>340</sup> Artículos 13 y 14 de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>341</sup> Artículo 16 de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>342</sup> Artículo 45 de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>343</sup> Fracción IV del artículo 63 de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental.

<sup>344</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, número 985-I, martes 23 de abril de 2002.

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 uno de las causales de reserva que se contemplaban en la Ley Federal abrogada, estableciendo los casos en que se podían materializar cada una de ellas.

Asimismo, los Lineamientos Generales para la APF 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 intereses jurídicos tutelados por dicho precepto.<sup>345</sup>

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, 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>346</sup> Aportar elementos solamente sobre estas referencias para realizar una prueba de daño, resultaba muy

---

<sup>345</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.

<sup>346</sup> López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *ob. cit.*, p. 13.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

confuso para los sujetos obligados, pues no existía un estándar claro de lo que debía entenderse por tales.

Sumándole 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 “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 carecía de una verdadera ponderación de principio o derechos.

Este tipo de examen carecía de racionalidad 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.

Para poner un ejemplo de la prueba de daño bajo este esquema, se rescatan los aludidos por la Consejería Jurídica en el recurso de revisión en materia de seguridad nacional resuelto por la SCJN el pasado tres de abril de 2017<sup>347</sup>.

El recurso derivó de la solicitud originaria en donde se pedían del 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, agosto, septiembre y octubre de 2014. El Estado Mayor Presidencial otorgó la información solo respecto a las giras de Presidente de la República y el solicitante se quejó ante el INAI de que su solicitud no se restringía solo a esos vuelos, sino a los de todas las actividades para las que se hayan 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

---

<sup>347</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>

los itinerarios y las versiones públicas de planes de vuelo (esto es, la información relativa a los lugares, horas de salida y llegada, así como la ruta correspondiente a los aviones) de toda la flota aérea de que dispone el Estado Mayor Presidencial.<sup>348</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 6° constitucional<sup>349</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 dicho recurso, el Consejero Jurídico realizó la siguiente prueba de daño conforme al parámetro de la Ley Federal abrogada para sostener su argumento.<sup>350</sup>

	1. Peligro a la estabilidad del Estado Mexicano (afectación a la integridad de máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal).	2. Afectación de la misión del Estado Mayor (actividades de inteligencia y contrainteligencia y combate a la delincuencia organizada).	3. Posibilidad de que se ponga en peligro la seguridad de la aviación.
Daño Presente	• La información contenida en los itinerarios y planes	La difusión de la información contenida	La información generada por el

<sup>348</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 a 6.

<sup>349</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 que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

<sup>350</sup> Éste cuadro se retoma de la propia resolución del recurso de revisión en materia de seguridad nacional citado, pp. 18 a 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.

Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

	<p>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> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 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</li> </ul>	<p>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</p>	<p>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 determinado 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>
--	--	--	--

	<p>proporciona el servicio de transporte aéreo.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El conocimiento público de esta información podría traer como consecuencia que individuos o grupos delincuenciales utilicen estos datos para atentar en cualquier momento contra de 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.</li> </ul>	<p>a los servidores públicos y demás personas que determine el propio Titular del Ejecutivo Federal y, desde luego, garantizar su seguridad.</p>	
<p>Daño probable</p>	<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</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</p>	<p>----</p>

Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

	<p>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>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>	
<p>Daño específico</p>	<p>El acceso a la información podría conducir a que cualquier persona, incluso grupos delincuenciales, tengan un alto grado de certeza, la ubicación física en un lugar y tiempo</p>	<p>Mediante el conocimiento de los datos en cuestión, cualquier persona o grupo delincencial cuenta con elementos suficientes para</p>	<p>----</p>

	<p>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.</p>	<p>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.</p>	
--	--	---	--



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

- Como citamos en el capítulo relativo al principio de proporcionalidad, cuando se presenta un dilema moral o colisión de principios, siempre habrá argumentos de peso para sostener una u otra solución del conflicto, 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>351</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 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 toman en cuenta 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 a dicho interés público. Por tanto, podríamos decir que la decisión carece de

---

<sup>351</sup> Alejandro Nava Tovar, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015, pp. 198 a 213.

racionalidad y no reduce la discrecionalidad de los sujetos obligados de reservar la información por seguridad nacional.

- Las categorías de daño “presente”, “probable” y “específico”, constituían términos vagos. Los Lineamientos Generales para la APF no determinaban qué se debía 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.

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, probable y específico.

Argumentar en 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.

- 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.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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

##### 4.1.2 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 de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En el mismo, se aclaró 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>352</sup>.

En el Dictamen también se aclaró 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>353</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 pública repetidamente y sin justificación.<sup>354</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

---

<sup>352</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, p. 257.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 258.

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>355</sup>

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 valor jurídicamente protegido, es decir, se requeriría de una ponderación de los valores en conflicto, es decir publicidad contra seguridad, para determinar que la primera pone en riesgo a la segunda, 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>356</sup>

Es importante resaltar esto último. El propio Dictamen reconoce el objetivo de una prueba de daño genuina: demostrar que el daño es superior a la publicidad de la información. Es por eso que se retomó como parámetros 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 estén debidamente fundadas y motivadas, lo que por sí mismo es un silogismo falso.<sup>357</sup>

En otras palabras, advierten que el dilema entre principios de seguridad nacional o publicidad no es posible resolverlos con la aplicación de un silogismo falso, pues no

---

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 259.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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 máxima publicidad y el interés público y la seguridad nacional del Estado mexicano. Incluso, la formulación de la prueba de 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 parte de los sujetos obligados.<sup>358</sup>

Estos estándares se vieron reflejados en la aprobación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley General) y quedaron de la siguiente manera:<sup>359</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.*

---

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>359</sup> Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015.

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 dice que el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño.

De la interpretación de este, no es posible advertir si será el Comité de Transparencia el encargado de realizar la prueba de daño, pues solamente aclara que el sujeto obligado deberá realizarla<sup>360</sup>. No obstante, esta confusión se profundiza con lo dispuesto en el párrafo tercero 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>361</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 es el dedicado a establecer 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*

---

<sup>360</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.

<sup>361</sup> De conformidad con la fracción II del artículo 3 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.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

*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 es que, una vez que se acreditó el riesgo, resulta necesario ponderarlo con el interés público general de que se difunda 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. 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.

Como se citó en el Capítulo 1 de esta investigación, 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, mismos que valdrían la pena reproducirlos:

*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 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.



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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, por lo siguiente.

El principio de proporcionalidad se compone, a grandes rasgos, de tres subprincipios. El principio de idoneidad refiere a que la restricción al derecho fundamental debe tener un fin constitucionalmente legítimo y que la misma sea idónea para alcanzar el fin perseguido, mismo que se refleja en la primera fracción al requerir que la limitación que se realice al derecho de acceso a la información debe estar contemplada en el marco normativo cuyo sustento se encuentra en el artículo 6° constitucional; asimismo, la fracción VI exige que la opción que se elija debe ser la adecuada.

El principio 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 aquél que se restringe, mismo que lo vemos reflejado en la fracción VI que exige demostrar que la medida que se está tomando es la que menos restringe el derecho.

Por último, el principio 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, las podemos observar incluidas en las fracciones II, III, IV y V.<sup>362</sup>

---

<sup>362</sup> Las comparaciones entre el esquema del principio de proporcionalidad y las exigencias para la aplicación de la prueba de daño de la Le General y los Lineamientos Generales, se profundiza en el capítulo 5.1 La estructura del principio de proporcionalidad para la prueba de daño.

Con base en lo anterior, podemos advertir que el esquema de la prueba de daño obedece a la estructura del principio de proporcionalidad. Es a la luz de este principio que debe aplicarse la prueba de daño.

La trascendencia de la construcción del capítulo 3 de esta investigación, nos ayuda a clarificar el nuevo estándar de la prueba de daño, darle sentido y una interpretación adecuada para aplicarlo a cada caso concreto en el trabajo cotidiano.

No obstante, este entendimiento no sucedió así dentro de los sujetos obligados. A continuación, se analiza cuál es la situación de la prueba de daño dentro del esquema de transparencia en la UNAM, la SCJN y el INE.

#### 4.2 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 la seguridad nacional, de acuerdo con los supuestos establecidos por el artículo 104 de la Ley General.<sup>363</sup>

Una parte importante en el 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

---

<sup>363</sup> Artículo 2, fracción XX, del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

Comité de Transparencia quien confirmará, modificará o revocará dicha clasificación.<sup>364</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; 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>365</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.

##### 4.2.1 Análisis de la resolución CTUNAM/011/17

Los antecedentes de esta resolución derivan de la solicitud de acceso a la información en donde 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>366</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

---

<sup>364</sup> Artículo 38, del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>365</sup> Artículo 39, del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>366</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución: CTUNAM/011/17, 27 de enero de 2017, p. 1.

a procedimientos de valoración académica, por lo que se ajustaba al supuesto de reserva contemplado en el artículo 113 de la Ley General.<sup>367</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 es jurídicamente posible que pueda 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>368</sup>

Por lo anterior, la información antes señalada fue clasificada como reservada por el periodo que duraba 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>369</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 del 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

---

<sup>367</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>368</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución: CTUNAM/011/17, 27 de enero de 2017, p. 3

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 5.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

Archivo de Concentración de I, plaza número 54127-56, en el que resultó ganadora la Lic. María del Carmen Sifuentes Rodríguez.<sup>370</sup>

Sin embargo, el proceso concursal aun 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>371</sup>

En virtud de lo anterior, el área concluyó que toda la documentación que integraba el presente 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 del mismo.<sup>372</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 solo 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

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 11.

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.

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.

#### 4.2.2 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>373</sup>.

En respuesta a dicha 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; circunstancia que 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>374</sup>

---

<sup>373</sup> Comité de Transparencia de la UNAM, Resolución CTUNAM/073/17, 10 de marzo de 2017, p. 1.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 2.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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

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>375</sup>

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 representaría un riesgo a la seguridad de los denunciantes, ya que podrían ejercer represalias en su contra, lo cual actualizaba la causal de reserva citada anteriormente.<sup>376</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>377</sup>

Además, consideró que no se acreditaron los elementos de la prueba de daño previsto 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>378</sup>

---

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 8

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>379</sup>

Como conclusión preliminar, podemos advertir que en esta resolución el Comité de Transparencia fue más estricto en cuanto 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 revisar la misma.

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.

#### 4.2.3 Análisis de la resolución CTUNAM/21/16

Este caso resulta sumamente interesante para el análisis de esta investigación, en relación a 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.

---

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 16



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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>380</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>381</sup>

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>382</sup>

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

---

<sup>380</sup> Comité de Transparencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Resolución: CTUNAM/21/16, 14 de octubre de 2016, p. 1.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>382</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4.

De la revisión de los argumentos vertidos por las áreas a través de sus oficios 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>383</sup>

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>384</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

---

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 13.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

tan solo con acreditar una fracción del mismo 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, pues 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 ejemplificar, 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 la misma. 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.

#### 4.3 LA PRUEBA DE DAÑO EN EL INE.

Derivado de las reformas en materia de transparencia y la publicación de la Ley General, el INE adecuó su normativa interna 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 dicho 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>385</sup>

---

<sup>385</sup> Artículo 13 del Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

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>386</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 represente 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 adecue al principio de proporcionalidad y represente el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.<sup>387</sup>

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

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

---

<sup>386</sup> Párrafo 2, del artículo 14 del Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>387</sup> Párrafo 3, del artículo 14 del Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

#### 4.3.1 Análisis de la resolución INE-CT-R-0255-2017

Los antecedentes del presente asunto se originan ante la solicitud de información que pedía los informes de fiscalización del Partido Revolucionario Institucional<sup>388</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>389</sup>

Agregó que la difusión pública del dato citado facilitaría que cualquier persona interesada en afectar el patrimonio del titular de la cuenta, realice conductas tendientes 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>390</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>391</sup>

Por 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, cambiaria o del sistema financiero del país; obstruya las actividades de

---

<sup>388</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0255-2017, 30 de junio de 2017, p. 1.

<sup>389</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 7.

verificación, 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>392</sup>

Asimismo, tomando en consideración la obligación de realizar una prueba de daño en el momento en que se decida reservar información, el área la aplicó de la siguiente manera:<sup>393</sup>

- 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 solo 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 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.
- 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 en realizar conductas tipificadas como delitos.
- 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>392</sup> Artículo 113, fracciones IV, VI y VII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>393</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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>394</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. 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>395</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

---

<sup>394</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0255-2017, 30 de junio de 2017, p 13.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 7.

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 resolución, el área sigue pensando la aplicación de la misma a través del viejo esquema, lo que se refleja al sobreponer las categorías antañas 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 y solo la confirmó. Esto provoca que una aplicación errónea se consolide.

#### 4.3.2 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>396</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 este, según correspondiera, hubiera quedado firme.<sup>397</sup>

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

---

<sup>396</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0244-2017, 22 de junio de 2017, p. 1.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 4.



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

Como daño presente consideró que de 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>398</sup>

Como daño probable, éste se manifestaba con la probabilidad de generar afectación a los principios rectores del INE, así como el proyecto de resolución respectivo del Consejo General del INE, debido a la difusión de la información requerida por la solicitante.<sup>399</sup>

Como daño específico, consideró que 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>400</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>401</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. La aplicación de la prueba de daño a través de categorías como daño presente, probable y específico, siguen siendo determinaciones discrecionales de reserva de la información, pues cualquier argumento podría pasar como tales daños.

---

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>399</sup> *Ibidem*, p. 5

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 8.

#### 4.3.3 Análisis de la resolución INE-CT-R-0067-2017

El último asunto que revisaremos del INE se origina con la solicitud de información en donde se pide copia certificada del escrito de agravio dirigido a un Vocal Ejecutivo de la Junta Local Ejecutiva en el Estado de Sinaloa.<sup>402</sup>

El área correspondiente informó que la información solicitada se encontraba reservada temporalmente, toda vez que la documentación 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 obstruya 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>403</sup>

Tal y 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>404</sup>

- 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

---

<sup>402</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0067-2017, 24 de febrero de 2017, p. 1.

<sup>403</sup> Artículo 13, fracciones VIII, IX y X de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>404</sup> Comité de Transparencia del Instituto Nacional Electoral, Resolución INE-CT-R-0067-2017, 24 de febrero de 2017, pp. 4 y 5.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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.

- Daño probable: el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación superaba el interés público general de que se 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.
- 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 que, 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 que limitarse la información para su uso público 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 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 en el artículo 104 de la Ley General.

#### 4.4 LA PRUEBA DE DAÑO EN LA SCJN.

La situación normativa en la SCJN es *sui generis*. Al interior de la misma, 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 dichos 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>405</sup>

---

<sup>405</sup> Artículo 16 de 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.

## Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

Entre las atribuciones que se le reconoce 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>406</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.

### 4.4.1 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>407</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>408</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 los ministros.<sup>409</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 la

---

<sup>406</sup> Artículo 13 de 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.

<sup>407</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>408</sup> Artículo 113, fracción I de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>409</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.

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>410</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 cuestión, relativo a poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física.<sup>411</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>412</sup>

Los vehículos blindados constituyen un bien para facilitar las funciones constitucionales de dichos titulares, cuya consecuencia, revelar 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>413</sup>. De la misma forma, consideró que la información que podía poner en peligro las

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, pp. 10 y 11.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 12.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

funciones a cargo de la Federación, tendientes 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>414</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 estos, y por consecuencia los pongan en riesgo.<sup>415</sup>

Argumentó que lo anterior es así, porque, bajo el contexto explicado, la divulgación de la información conllevaría que se pudiera 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>416</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 misma, no se encargó al área correspondiente ante su reserva, el Comité de Transparencia la realizó aludiendo los parámetros que se reconocen en la Ley General. Este ejercicio es novedoso en comparación a 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

---

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 14.

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.

#### 4.4.2 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>417</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 los mismos.<sup>418</sup>

Ésta reserva se fundamentó en las causales que establecen que se puede clasificar como información reservada aquella cuya publicación comprometa la seguridad nacional o pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física.<sup>419</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>420</sup>

---

<sup>417</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>418</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>419</sup> Artículo 113, fracciones I y V de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>420</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.



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

De acuerdo con el propio Comité, lo anterior se actualizaba cuando 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>421</sup>

Incluso, dada la trascendencia de las funciones que desarrollan los servidores públicos que ocupan cargos de esa naturaleza, el Comité considero 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>422</sup>

Por 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 fue de su oficina, en la medida de que su difusión representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a algunos de los bienes constitucionales.<sup>423</sup>

Citó que los datos como de identificación del establecimiento, razón social, dirección, teléfono, fax, correo electrónico, registro federal de contribuyentes y 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

---

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 15.

sobre sus costumbres o preferencias poniendo en riesgo su vida o seguridad, y, por ende, la estabilidad de la institución.<sup>424</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>425</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 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 seguridad nacional y seguridad personal.

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.

---

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>425</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 18.

## Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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 el principio de máxima publicidad.

### 4.4.3 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>426</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>427</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, costumbres

---

<sup>426</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>427</sup> *Ibidem*, p. 3; Artículo 113, fracciones I y V de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

o difundir cualquier otro aspecto o circunstancia que pusieran en riesgo su vida o su seguridad.<sup>428</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>429</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, 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 que integran.<sup>430</sup>

---

<sup>428</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>429</sup> *Ídem*.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 9.

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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>431</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 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>432</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, es 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 esta es bien descrito por el mismo en su resolución, al explicar que es necesario la armonización del derecho de acceso a la información y la protección de las personas física que encabezan el Poder Judicial de la Federación.

---

<sup>431</sup> Artículo 113, fracción V de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>432</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.

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.

#### 4.5 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.

##### 4.5.1 Ambigüedad normativa.

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 misma 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

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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 información 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 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 solo revisa, sino que en ocasiones complementa dicha 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 quien realiza la prueba de daño para revisar la reserva de información realizada 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 por la que me adhiero es que sea el Comité de Transparencia quien 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 CTUNAM/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 solo es real, sino que supera al beneficio de garantizar el derecho de acceso a la información. En ese caso, el Comité no solo se conformó con las argumentaciones vertidas por el área responsable en relación al riesgo, sino que realizó un ejercicio de interlocución directa con la misma 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 y especializado para poder ponderar principios que colisionan. Esta argumentación no puede dejarse en manos de cada titular del área quienes, entre las miles de 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 dichas reservas. Esto se complementa con la siguiente consideración relacionada con la interpretación constitucional a través de la prueba de daño.

#### 4.5.2 Necesidad de argumentos racionales en la prueba de daño.

Como se citó en el Capítulo 1 de esta investigación, 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



#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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 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 del mismo para entender su aplicación en materia de acceso a la información.

##### 4.5.3 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.

Simplemente proporcionan 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 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 y último capítulo se formula una propuesta metodológica que fusione la naturaleza del principio de proporcionalidad con el nuevo estándar de la prueba de daño, tomando como referencia que su aplicación no debe presentar un obstáculo para las funciones de los órganos en materia de transparencia, pues eso también retrasaría su consolidación.

#### 4.5.4 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

#### Capítulo 4. La aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados.

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>433</sup>

Por 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<sup>434</sup>, 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 aquél que se restringe<sup>435</sup>, 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>436</sup>.

---

<sup>433</sup> Los parámetros de la Prueba de Daño han sido profundizados en el apartado 1.3.1 La naturaleza de la prueba de daño. Asimismo, serán retomados y comparados en el apartado 5.1 La estructura del principio de proporcionalidad para la prueba de daño.

<sup>434</sup> Este requerimiento se refleja en la fracción I del Lineamiento Trigésimo Tercero citado, al requerir que la limitación que se realice al derecho de acceso a la información debe estar contemplada en el marco normativo cuyo sustento se encuentra en el artículo 6° constitucional; asimismo, la fracción VI exige que la opción que se elija debe ser la adecuada.

<sup>435</sup> Esta exigencia la vemos reflejada en la fracción VI que exige demostrar que la medida que se está tomando es la que menos restringe el derecho.

<sup>436</sup> De las fracciones II, III, IV y V, podemos advertir que las exigencias se corresponden con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido, a continuación, se desarrolla una propuesta metodológica para aplicar la prueba de daño por parte de los Comités de Transparencia de los sujetos obligados, misma que responde a los estándares antes señalados.

## CAPÍTULO 5. 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 resolvería, entre otras cuestiones, las falencias en su aplicación, tal como se profundizó en el capítulo 4. Los sujetos obligados tienen el imperativo de demostrar, racionalmente, los parámetros desde los cuales se reserva la información como una medida excepcional. De lo expuesto en el capítulo anterior podemos advertir que la prueba de daño no se está entendiendo como una medida para comprobar la excepcionalidad, sino como mero requisito para reservar la información, sin tomar en consideración factores que favorecen el interés público.

El reto de este capítulo es desentrañar y facilitar la aplicación de los estándares del principio de proporcionalidad desarrollados en el Capítulo 3 para la prueba de daño. Esto es necesario si tomamos en cuenta factores como que el Comité de Transparencia es el órgano adecuado para aplicar la prueba de daño<sup>437</sup>, cuyos integrantes no necesariamente cuentan con especialización argumentativa

---

<sup>437</sup> El en Capítulo 4 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 quien 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 miles de tareas cotidianas que realizan, no están familiarizados con argumentar desde el principio de proporcionalidad.

constitucional<sup>438</sup>; asimismo, se deben aplicar pruebas de daño continuas y constantes en donde se estudian reservas de información. Por 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.

Inclusive, la metodología que aquí se propone toma como base lo dispuesto por el artículo 104 de la Ley General y el Lineamiento Trigésimo Tercero de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información (Lineamientos Generales) del Sistema Nacional de Transparencia<sup>439</sup>, normas encargadas de establecer los parámetros de la prueba de daño y mismas que fueron analizadas en el capítulo correspondiente.

---

<sup>438</sup> El artículo 43 de la Ley General citada refiere que la integración de los Comités de Transparencia será colegiada e integrado con número impar, sin que puedan depender jerárquicamente ente sí. Más allá de estos requisitos, no se exige alguna especialización respecto a la materia que resuelven.

<sup>439</sup> 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.

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

Se advirtió que para la prueba de daño 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 sea la que menos restrinja el derecho de acceso a la información.

La metodología que aquí se propone no es más que 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 del mismo a través de reglas para aplicar correctamente la prueba de daño facilitará su aplicación por parte de los sujetos 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.

### 5.1 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 conformidad con la Corte, esta etapa implica identificar el fin o los fines de la medida que restringe derechos; estos fines deben ser constitucionalmente legítimos; la medida debe promover los fines en algún grado.<sup>440</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 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, reconocen 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.<sup>441</sup>

---

<sup>440</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXV/2016, *Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 902.

Cfr. Tesis 1ª CCLXVIII/2016, *Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 911.

<sup>441</sup> Artículo 113. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación:



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>442</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.

- 
- 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;
  - 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>442</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXX/2016, *Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 914.

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 afectados. 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>443</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.

---

<sup>443</sup> Cfr. Tesis 1ª CCLXXII/2016, *Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa*, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 894.

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

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 III pide acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate. 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>444</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:

Etapas del principio de proporcionalidad	Artículo 104 de la Ley General	Lineamiento Trigésimo Tercero de los Lineamientos Generales
Idoneidad.  El principio de idoneidad refiere a que la intervención en los principios debe ser	I. La divulgación de la información <b>representa un riesgo</b> real, demostrable e identificable de perjuicio significativo <b>al interés público o a la seguridad nacional</b> ;	I. Se deberá citar la fracción y, en su caso, la <b>causal aplicable del artículo 113 de la Ley General</b> , vinculándola con el Lineamiento específico del presente ordenamiento y,

---

<sup>444</sup> La etapa de proporcionalidad en sentido estricto se encarga de valorar y ponderar factores normativos y epistémicos en las tres sub-etapas 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. Estas etapas fueron profundizadas en el apartado 3.2.3 El principio de proporcionalidad en sentido estricto.

<p>adecuada a un fin legítimo constitucional.</p>		<p>cuando corresponda, el supuesto normativo que expresamente le otorga el carácter de información reservada;</p> <p>VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, <b>la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público</b>, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.</p>
<p>Necesidad.</p> <p>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.</p>	<p>III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y <b>representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.</b></p>	<p>VI. <b>Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja</b>, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, <b>y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.</b></p>
<p>Proporcionalidad</p> <p>Comparación entre la importancia de la intervención</p>	<p>II. <b>El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación</b></p>	<p>II. <b>Mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad</b></p>

Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

<p>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.</p>	<p><b>supera el interés público general de que se difunda.</b></p> <p>III. La limitación se adecua al <b>principio de proporcionalidad</b> y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.</p>	<p><b>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;</b></p> <p>III. Se debe de acreditar el <b>vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate;</b></p> <p>IV. <b>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;</b></p> <p>V. En la motivación de la clasificación, <b>el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño, y</b></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>445</sup>

Por 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 solo a la luz del caso en concreto.<sup>446</sup>

Generalmente, no se realiza un ejercicio de ponderación sino una simple validación de una de las opciones que, generalmente, es la reserva de 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 ponderación. Es decir: estructura es igual a racionalidad, racionalidad es igual a legitimidad<sup>447</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

---

<sup>445</sup> Esta referencia se retomó en el Capítulo 2.4.2 La derrotabilidad de las reglas y los principios.

<sup>446</sup> Nava Tovar, Alejandro, ob. cit., p. 178.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 180.

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

aplicación, lo que pone en riesgo, de aplicarse conforme a éstos, la racionalidad y legitimidad de la decisión que se tome.

Por 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.

### 5.2 PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA PRUEBA DE DAÑO

A continuación, se desarrolla una propuesta de reglas para aplicar la prueba de daño, que toma como referencia las etapas del principio de proporcionalidad, partiendo de dos premisas fundamentales: su aplicación debe ser sencilla, cuidando la racionalidad del resultado.<sup>448</sup>

Para un mejor entendimiento de este esquema, se formularán las reglas necesarias en cada etapa. Asimismo, cada etapa se ejemplifica a través de un caso en donde se realizó un ejercicio de aplicación en materia de acceso a la información.

#### 5.2.1 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>449</sup>

---

<sup>448</sup> La sencillez responde a las necesidades reales de los sujetos obligados, en tanto la aplicación de la prueba de daño no debe resultar una carga excesiva de trabajo, pues es posible que uno de los factores que ha contribuido a la aplicación errónea y automática de la misma, sea que los sujetos obligados deben cumplir otras funciones complejas en materia de acceso a la información. La racionalidad responde a que los estándares actuales generan confusión para su aplicación, constituyéndose en una barrera para una aplicación adecuada.

<sup>449</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 877.

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 esta, 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.*

Dentro de esta primera regla, el sujeto obligado deberá demostrar la relación entre la información que se solicita con aquella causal aludida para reservarla<sup>450</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, etc.) con la publicación de la información<sup>451</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 demostrar que la reserva es la medida idónea para evitarlo o que contribuye a la realización del fin que se propone en algún grado<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> Dicho artículo alude a las causales permitidas para reservar información de manera excepcional.

<sup>451</sup> Esta regla se sustenta con 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>452</sup> *Ídem.*



## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

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>453</sup>. Es decir, basta con que se demuestre algún grado de relación entre ambos<sup>454</sup>.

La relación entre ambas es posible sostenerse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.<sup>455</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 en la medida en que de hacerlo, solo 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.

### 5.2.1.1 Caso ejemplificativo de idoneidad.

Para ejemplificar un ejercicio de idoneidad en donde no se logra acreditar tal, se encuentra el recurso de revisión RDA 2149/16 resuelto por el INAI e impugnado ante la Suprema Corte por el Consejero Jurídico de la Presidencia mediante recurso de

---

<sup>453</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*, ob. cit, pp. 913 a 920.

<sup>454</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, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, noviembre de 2016, p. 911.

<sup>455</sup> *Ídem*.

revisión en materia de seguridad nacional registrado con el número de expediente 01/2016.

La solicitud pedía, a grandes rasgos, conocer cuántas personas o dispositivos fueron intervenidos en sus comunicaciones privadas por parte del extinto CISEN en el año 2014. El CISEN no entregó información que respondiera directamente a dicho planteamiento, bajo el argumento de que no es posible proporcionar al particular copia de las solicitudes de intervención a las comunicaciones privadas en versión pública, las cuales serían la expresión documental que podría dar respuesta a lo requerido por el particular, toda vez que el procedimiento, el resultado, la información y todos los datos que derivan de la intervención de las comunicaciones se encuentran reservados de conformidad con los artículos 37, 38, 42, 48, 51 y 54 de la Ley de Seguridad Nacional.

Por su parte, el INAI revocó dicha decisión en razón de que el requerimiento del particular estaba orientado a obtener información de carácter estadístico y la misma es de naturaleza pública ya que los datos estadísticos no se encuentran individualizados o personalizados a casos o situaciones específicas que pudieran llegar a justificar su clasificación.<sup>456</sup>

Una vez que el Consejero intentó defender la postura del CISEN de que de entregar esa información pondría en riesgo la seguridad nacional, a través de recurso de revisión ante la Suprema Corte, ésta decidió confirmar la resolución del INAI, en razón de que no se estaría haciendo pública información reservada relacionada con las actividades, materiales, procesos, métodos o tecnologías utilizadas por el Centro, ni del producto o material de ejecución de una intervención, por lo que esta información no se encontraba dentro de lo que la Ley de Seguridad Nacional determina como

---

<sup>456</sup> SCJN, Recurso de revisión en materia de seguridad nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2016, 5 de diciembre de 2016, p. 5.

reservado, aplicando específicamente sus artículos 37, 42, 47 y 48 que establecen la información que debe considerarse como reservada, y que aun cuando el Instituto los interpretó en su resolución de manera distinta considerando a la información como de “naturaleza estadística”, la misma no resulta reservada en este caso.<sup>457</sup>

Al no acreditarse la idoneidad de la reserva de información por parte del CISEN, en tanto la misma no se relacionaba con el bien jurídico protegido a que aludía, procedía declararla inválida y por tanto proceder a la entrega de la información.

### 5.2.2 Segunda etapa de la prueba de daño: examen de necesidad.

En esta etapa de 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>458</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>459</sup>

En la medida que 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

---

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>458</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>459</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.

alternativas para entregar la información que normalmente se reserva, sin que se afecte ni el fin, ni el derecho fundamental.

Modalidades alternativas podrían ser las propias versiones públicas de los documentos, consulta de la información *in situ*, información estadística, información desagregada, etc.

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>460</sup>

Si no existe medio alternativo, es necesario pasar a la última etapa de la prueba de daño.

#### 5.2.2.1 Caso ejemplificativo de necesidad

En el recurso de revisión RDA 6302/2015 resuelto por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) se realizó un examen de proporcionalidad en donde se ponderaba el interés superior del menor frente al derecho de acceso a la información.

En el caso, se solicitaba un padrón de beneficiarios en posesión de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud. El INAI advirtió que, si bien el sujeto obligado debía entregar dicho padrón, era necesario proteger los nombres de los menores.

Cuando examinó la necesidad de dicha medida, el INAI advirtió, entre otras cosas, que la misma se satisfacía en el presente caso a favor del carácter confidencial de los nombres de los menores apoyados por el Sistema de Protección Social en Salud, ya

---

<sup>460</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, ob. cit., p. 114.

que no se encuentra un medio menos limitativo para satisfacer la privacidad de los niños, constituyendo una población respecto de la cual se debe tener particular protección en la injerencia de su vida privada.<sup>461</sup>

En este caso, al acreditarse la necesidad de reservar la información como única vía posible para proteger el interés superior del menor, era válida la reserva de información en relación con esta etapa y, por tanto, se justificaba limitar el derecho de acceso a la información.

### 5.2.3 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>462</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, etc.) por la reserva de información.<sup>463</sup>

*R4: será válida la reserva solo si el grado de riesgo de publicar la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.*

Por 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

---

<sup>461</sup> INAI, RDA 6302/15, 20 de enero de 2016, p. 63 y 64.

<sup>462</sup> Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 182.

<sup>463</sup> *Ídem.*

los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.<sup>464</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 sub-etapas que dotan de certeza a la ponderación de principios.

#### 5.2.3.1 Sub-etapa de intensidad

En esta primera sub-etapa 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>465</sup>

---

<sup>464</sup> Esta regla se sustenta en las fracciones II y III del artículo 104 de la Ley General, y las fracciones II, IV y V del Lineamiento Trigésimo Tercero de los Lineamientos Generales.

<sup>465</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *ob. cit.*, p 22.

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

En este examen es necesario tomar en consideración aspectos normativos y empíricos, a la luz del caso en concreto; es decir, es necesario justificar con argumentos el grado que se le asigna.<sup>466</sup> Esto nos ayudaría a medir si el peso de las razones que justifican la reserva es alto, si pesan intensamente.

Por ejemplo, dentro de los aspectos normativos, se debe considerar la posición del bien jurídico protegido que guarda 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 al derecho de acceso a la información, debido a su posición en el sistema constitucional democrático. De conformidad con los estándares nacionales e

---

<sup>466</sup> Para profundizar sobre estos dos aspectos, ver Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 967 y ss.

internacionales, este derecho es considerado piedra de toque de todo sistema democrático<sup>467</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 general 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 sub-etapa 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 tanto, 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 tanto, la interferencia es leve; el valor numérico sería 2.

$$\frac{4}{2}$$

El grado de interferencia podría calificarse como moderado (2).

---

<sup>467</sup> Ver Capítulo 1 de esta investigación.



5.2.3.2 Sub-etapa de asignación de pesos abstractos.

Este examen es independiente de las circunstancias del caso en concreto.<sup>468</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>469</sup>. Por tanto, es necesario observar elementos tales como la jerarquía constitucional del principio, la prioridad de principios que expresan derechos fundamentales, el refuerzo 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, etc.<sup>470</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

---

<sup>468</sup> Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *ob. cit.*, p. 10.

<sup>469</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *ob. cit.*, p. 1002.

<sup>470</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia, *ob. cit.*, p. 127.

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>471</sup>

### 5.2.3.3 Sub-etapa de justificación empírica

A diferencia de las primeras dos sub-etapas 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>472</sup>

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>473</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 sub-etapas:  $2^0$ ,  $2^{-1}$  y  $2^{-2}$ ; es decir, 1,  $\frac{1}{2}$  y  $\frac{1}{4}$ <sup>474</sup>. La razón de que sean diferentes es porque en el cálculo a través de la fórmula completa, hacen la diferencia para obtener mayores certezas de la precedencia de un principio sobre otro.

Por 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 seguro, plausible o no evidentemente falso?*

---

<sup>471</sup> Cfr., Alexy, Robert, "Principios formales", *ob. cit.*, p. 37.

<sup>472</sup> *Ídem.*

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>474</sup> *Ídem.*

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

Esta última sub-etapa 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.

### 5.2.3.4 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:

$$\begin{array}{r} \text{Intensidad del bien jurídico} \\ \text{protegido por la reserva} = \end{array} \frac{R4.A + R4.C + R4.E}{R4.B + R4.D + R4.F}$$

Es necesario resaltar que las reglas establecidas en la parte superior de la fórmula 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:

$$\begin{array}{r} \text{Intensidad del derecho de acceso} \\ \text{a la información} = \end{array} \frac{R4.B + R4.D + R4.F}{R4.A + R4.C + R4.E}$$

Por 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>475</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 sub-etapa de intensidad, siempre y cuando el valor del peso abstracto (segunda sub-etapa) y el de las certezas empíricas (tercera sub-etapa), se puedan neutralizar entre sí al tener el mismo valor cada uno.<sup>476</sup>

Es decir, la fórmula simplificada quedaría como sigue:

$$\text{Intensidad del bien jurídico} \quad \frac{R4.A}{\text{protegido por la reserva} = \quad R4.B}$$

Inclusive, para los parámetros que exige la normativa para la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la formula simplificada para el principio de proporcionalidad en sentido estricto y se pudiera dejar con carácter de opcional las últimas dos sub-etapas, en caso de que no resulte tan esclarecedora la prueba de daño.

Además, resulta más sencilla su aplicación para los sujetos obligados.

---

<sup>475</sup> Ver 3.2.3.4 Conclusiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>476</sup> Alexy, Robert, "La fórmula del peso", *ob. cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *ob. cit.*, p. 186.

#### 5.2.3.5 Caso ejemplificativo de proporcionalidad

En el recurso de revisión RDA 2165/15 resuelto por el INAI el 8 de julio de 2015, se realizó un examen que podría acercarse al examen de proporcionalidad y que serviría para ilustrar esta última etapa de la prueba de daño.

En la solicitud originaria, se pidió de la PGR, los nombres de las personas detenidas por el delito de lavado de dinero. En su respuesta, la PGR otorgó solamente números de las personas detenidas, declarando confidenciales los nombres de tales personas en razón de que son datos personales.

El INAI consideró que en el caso concreto se estaba ante una colisión de principios de vida privada e interés público, por tanto, debía realizarse un examen de proporcionalidad. Es relevante señalar que en la resolución respectiva, el INAI aportó un contexto normativo/empírico de la trascendencia de la persecución del delito de lavado de dinero en la actualidad, concluyendo, entre todos los datos que citó, que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita es de relevancia, no solo nacional, para el cual se han implementado medidas para su combate, sino también a nivel internacional al crearse el Grupo de Acción Financiera Internacional con el objetivo de preservar la integridad del sistema financiero internacional.<sup>477</sup>

Una vez que se ponderaron todos los factores, el INAI concluyó que el sacrificio de la protección al nombre de las personas que han sido condenadas por el delito aludido, como medio para lograr el fin constitucionalmente válido del interés público de conocer a quienes han realizado dicha conducta, dada la trascendencia social que conlleva, se justifica en razón de que se satisface el interés público en identificar quiénes de manera comprobada, atentaron contra la estabilidad económica, la seguridad del

---

<sup>477</sup> INAI, RDA 2165/15, 8 de julio de 2015, pp. 69 y ss.

sistema financiero del país y la seguridad nacional, al impactar no sólo en el ámbito nacional sino también internacional, pues trae como consecuencia la afectación a la sociedad así como a la integridad del sistema financiero. Luego entonces, contrario a afectar el derecho al buen nombre de quien hubiere sido determinado culpable por la comisión del ilícito de mérito, se estima que debe conocerse, en tanto que la identificación de dicho dato permite colmar el interés público, puesto que atañe a la sociedad en su conjunto.<sup>478</sup>

En este caso, al acreditarse la proporcionalidad de la afectación del derecho de privacidad frente al interés público, se legitima la apertura de la información con dicha comprobación; por tanto, es razonable haber entregado dicha información bajo los argumentos ofrecidos por el propio INAI.

### 5.3 CASO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO: AUDIOS ENTRE TORRE DE CONTROL Y HELICÓPTERO EN 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 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>479</sup>

---

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>479</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>

Provocó, en el caso de la Gobernadora, que el Congreso de Puebla eligiera un Gobernador Interino mientras se organizan 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>480</sup>.

En resumen, el interés público del caso y de sus consecuencias era 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 que se solicitaba lo siguiente<sup>481</sup>:

- 1) Comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control el 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 emitió las respuestas respectivas en las que 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.

---

<sup>480</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>481</sup> Folios de las solicitudes de información 00009000029919 y 00009000029819.

Cabe señalar que dicha reserva de información no fue emitida por el Comité de Transparencia de la SCT.

Por tanto, 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.

### 5.3.1 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 el 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>482</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

---

<sup>482</sup> Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Números de 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.



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>483</sup>

Dicho 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>484</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>485</sup>

Por 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?*

---

<sup>483</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>484</sup> *ídem*.

<sup>485</sup> *ídem*.

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 objetivo es la prevención de futuros accidentes e incidentes de aviación.<sup>486</sup>

Por lo anterior, la SCT consideró que en el caso en concreto, el 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, y pone en riesgo futuras investigaciones en donde se requiera la cooperación internacional.<sup>487</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 proteja, 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

---

<sup>486</sup> *Ídem.*

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 4.

interés general de preservar la cooperación y las relaciones internacionales de las cuales el Estado mexicano forma parte<sup>488</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 el 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 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 de accidente.

Por 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 solo 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 del mismo. Solo en caso de que el riesgo de daño sea mayor, la reserva podrá justificarse. Para ello, es necesario demostrar las siguientes reglas.

---

<sup>488</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 5.

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 de 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>489</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?*

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.

---

<sup>489</sup> *Ídem.*

## Capítulo 5. Propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño.

Este procedimiento de investigación sobre accidentes se reglamenta por el Anexo 13 del convenio citado, relativo a las normas y métodos recomendados internacionales sobre la investigación de accidentes e incidentes de aviación.<sup>490</sup>

El capítulo 5 de dicho anexo, es el relativo a la investigación. Dentro de 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>491</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 a 5.12.5, que la divulgación o uso de dichos registros 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>492</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>493</sup>

---

<sup>490</sup> OACI, Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional. Investigación de accidentes e incidentes de aviación, julio de 2016.

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>493</sup> *Ídem*.

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 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 tanto, podríamos evaluar que el riesgo de daño es moderado, cuyo 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?*

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.<sup>494</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>495</sup>

La importancia del derecho de acceso a la información en los sistemas democráticos es prioritario 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>496</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

---

<sup>494</sup> Luna Pla, Issa, "Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social", en *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre de 2003, pp. 74 y 75.

<sup>495</sup> Peschard M., Jacqueline y Astorga O., Fidel, "Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia", en *Serie Temas selectos de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 3, México, 2012, p. 13.

<sup>496</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 enero 1998, párrafo 14.

que los gobiernos están haciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.<sup>497</sup>

Por su parte, la *Asamblea General de la Organización de Estados Americanos*, en el año de 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>498</sup>

La misma, consideró 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>499</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 el 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

---

<sup>497</sup> *Ídem.*

<sup>498</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>499</sup> *Ídem.*



y, en su momento, en la decisión que se deberán adoptar para la elección de nueva gobernadora o gobernador en el Estado de Puebla.

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>500</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, quien se posicionaba como el partido en el poder.

---

<sup>500</sup> La Jornada, “Voto decisivo de Janine Otalora valida elecciones de Puebla”, sábado 8 de diciembre de 2018, recurso disponible en <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/08/voto-decisivo-de-janine-otalora-valida-elecciones-de-puebla-9689.html>

El Universal, “Falso, no hubo presiones en caso Puebla: presidenta del TEPJF”, 10 de diciembre de 2018, recurso disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/falso-no-hubo-presiones-en-caso-puebla-presidenta-del-tepjf>

- 3) Una de las hipótesis que ha señalado el Partido de Acción Nacional, es que el accidente del Helicóptero en realidad se trató de un atentado en contra de la oposición<sup>501</sup>.

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 tanto, el valor numérico que debe asignarse es 4.

Comparando ambos grados, es posible percibir que el grado de interferencia al DAI (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 tanto, debería proceder la entrega de esta.

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 prensas de la Presidencia de la República, en donde la prensa cuestionó de 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 trata de una decisión unilateral y sin argumentación de por medio relacionada con la colisión entre la reserva y la apertura, ejercicio que es posible solo a través de la prueba de daño.<sup>502</sup>

---

<sup>501</sup> El Sol de México, "PAN utiliza el dolor de la madre de Martha Érika con fines políticos: Barbosa", jueves 28 de febrero de 2019, recurso 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>

<sup>502</sup> Grupo Fórmula, "SCT reserva audios del helicóptero de Moreno Valle; AMLO ordena transparencia", 27 de febrero de 2019, recurso disponible en

#### 5.4 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 propuesto para el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en caso de empate en un caso 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 nuevas aplicaciones de la prueba de daño.

##### 5.4.1 Principio de máxima publicidad

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>503</sup>

- I. 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 acceso a la información.
- II. Cargas de la argumentación hacia la democracia: en caso de empate que se produzca debido al control de constitucionalidad de una ley, la ley debe ser

---

<https://www.radioformula.com.mx/noticias/mexico/20190227/transparencia-completa-ordena-amlo-a-sct-para-caso-martha-erika-y-moreno-valle/>

<sup>503</sup> Bernal Pulido, Carlos, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", *ob. cit.*, pp. 994 y 995.

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.

Este 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 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:

- i. El derecho a la información debe estar cometido a un régimen limitado de excepciones.
- ii. La denegación de información por parte de las autoridades siempre deberá tener una justificación robusta realizada mediante una prueba de daño.
- iii. 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>504</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

---

<sup>504</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.

principio de máxima publicidad, o máxima divulgación, en interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>505</sup>

Los alcances del principio de máxima publicidad implican dos aspectos fundamentales: 1) en la aplicación de la norma, y 2) en la interpretación de esta.

El primer aspecto obliga a los sujetos obligados a publicar gran parte de la información referente a su funcionamiento, órganos, personal, documentos básicos, etc. Es una suerte de publicación de oficio de la información contemplada en las obligaciones de transparencia. También, implica el poder que tienen los ciudadanos de poder solicitar cualquier información en posesión de los sujetos, más allá de la información ya disponible.

El segundo aspecto, implica que, en la interpretación por parte de los sujetos obligados, en el caso que exista duda entre la publicidad o la reserva de la información, deberá favorecerse inequívocamente la publicidad de esta.

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 (ambos herramientas interpretativas de derechos humanos):<sup>506</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.

---

<sup>505</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*. Segunda Edición. Disponible en [oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO A LA INFORMACION 2012 2da edicion.pdf](http://oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO_A_LA_INFORMACION_2012_2da_edicion.pdf)

<sup>506</sup> Kubli Garcia, Fasuto, "El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano", en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol (coord.), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 861.

- 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 asilada 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>507</sup>

#### 5.4.2 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>508</sup>. Esta regla de la teoría general de derechos humanos es recogida por la Ley General en su artículo 108, mismo que 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

---

<sup>507</sup> Tesis: I.4o.A.42 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 3, marzo de 2013, p. 1897.

<sup>508</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., CIDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340., Párrafo 100.

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>509</sup>. Este modelo se fundamenta en que un resultado de una prueba de daño se convierta en una regla-resultado universalizable (sin que sea universal en abstracto) solo si las condiciones del antecedente se pueden justificar como iguales o similares a las condiciones del nuevo caso en concreto.<sup>510</sup>

Por tanto, el resultado de una prueba de daño es *prima facie* vinculante para la resolución de ese nuevo caso<sup>511</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>512</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 evita que se reserve información sin que se analicen las circunstancias del caso.

---

<sup>509</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 182

<sup>510</sup> *Ídem*.

<sup>511</sup> *Ídem*.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 186.

Por tanto, la regla-resultado no es universal sino universalizable, siendo solo 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 solo contribuye a exigir transparencia en la justificación del peso concreto de los principios, también limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una prueba de daño.<sup>513</sup>

Esta red jugaría una suerte de sistema de precedentes de pruebas de daño.

---

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 192.



## CONCLUSIÓN

### APORTACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La aportación de la presente investigación 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.

Se demostró que la prueba de daño no está siendo entendida 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 decir, no se está haciendo un balance entre el riesgo de publicar la información frente al beneficio que significaría para 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 significativo para los mismos, 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 esta y que se respete su estructura y parámetros, tanto exigidos por la Ley General como 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.

Dicho 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>514</sup>

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:

---

<sup>514</sup> Capítulo 5, 5.2 Propuesta metodológica para la prueba de daño, pp. 201 a 2014.

## Conclusión

*R4: será válida la reserva solo 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 seguro, plausible o no evidentemente falso?*

Como se advirtió en el apartado correspondiente, para los parámetros que exige la normativa para la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la formula simplificada para el principio de proporcionalidad en sentido estricto y dejarse con carácter de opcional las últimas dos sub-etapas (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 agregarle otros factores que son necesarios para fortalecerla. Por ejemplo, tendría que tenerse en claro el objeto de la metodología: 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. Diseñar un sistema de revisión ciudadana especializada para que los argumentos que sean usados en las reservas de información puedan ser revisados, criticados y alimentados.<sup>515</sup>

Además, 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, así se exponen 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, 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

---

<sup>515</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, "La prueba de daño como palanca democratizadora, *ob. cit.*, p. 113.

## Conclusión

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.

Es en la práctica donde se debe demostrar la terrenalidad del pensamiento.

### PROYECCIÓN DE FUTURAS INVESTIGACIONES

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 es a través de ellas que 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, sirven como mecanismos 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>516</sup>

El proceso por medio 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, el que 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 mediante la cual se

---

<sup>516</sup> Niembro Ortega, Roberto, "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", en *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, Madrid, 2013, p. 19.

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, etc.<sup>517</sup>

Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad (i.e. la prueba de daño) es legítimo solo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.<sup>518</sup> Esto 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>519</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.

Para Alexy, un enunciado normativo *N* es correcto si y solo si puede ser resultado de un procedimiento *P*. En ese sentido, la presente investigación que propone una metodología para aplicar de manera correcta la prueba de daño, resultaría introductoria para presentar otra brecha que ayudaría a perfeccionar las

---

<sup>517</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, "La prueba de daño como palanca democratizadora, *ob. cit.*, p. 114.

<sup>518</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, *ob. cit.*, pp. 252 a 255.

<sup>519</sup> Nava Tovar, *ob. cit.*, p. 195.

## Conclusión

deliberaciones que se llevan a cabo dentro de los sujetos obligados en materia de transparencia: las reglas del discurso práctico racional, como condición de corrección en la argumentación que sostienen un enunciado normativo, o con referencia a esta investigación, una argumentación que sostiene una reserva de información.

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.

En este tipo de revisiones y de procesos argumentativos, se dota de contenidos 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.<sup>520</sup>

Esta futura investigación estaría dirigida, también, como la presente investigación, a buscar una mayor protección al ejercicio del derecho de acceso a la información, y con ello, al interés general de transparentar cada vez con mayor rigor las actuaciones de las autoridades, para que se contribuya al robustecimiento de una democracia mexicana, muy mermada.

---

<sup>520</sup> Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, "La prueba de daño como palanca democratizadora, *ob. cit.*, p. 114.





## REFERENCIAS BIBLIOHEMEROGRÁFICAS

- Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E., *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, IFAI, México, 2008.
- Alejandro Nava Tovar, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015, pp. 198 a 213.
- Alexy, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, enero-junio 2009.
- Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008.
- Alexy, Robert, "Principios formales", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Universidad de Alicante, N° 37, España, 2014.
- Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. de Manuel Atienza, en *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 5, Alicante, 1998.
- Alexy, Robert, "Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios", en *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, N° 28, Universidad Externado de Colombia, Perú, 2003.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1983.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88.
- Araujo Rentería, Jaime, "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica.", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2006, p. 853.
- 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, publicado 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))

- Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad *vs.* el principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres Nieto, Enrique, *et. al.* (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 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, p. 20.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, cuarta edición, Colombia, 2014.
- 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, número 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*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, México, 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*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015.
- Carsten Bäker, “Reglas, principios y derrotabilidad”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 37, España, 2014.

## Referencias bibliohemerográficas

- Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, en *Revista de Estudios en Derecho a la Información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Número 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*, INAI, México, 2018.
- 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*, Miguel Ángel Porrúa, 9ª edición, noviembre 2016, México.
- Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003.
- Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso”, en Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Ed. Abeledo Perrot/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2013, p. 1054 y s.
- 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*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en Comanducci, Paolo, et. al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Comisión IDH, *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, OEA, octubre de 2000.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General N° 14. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión, 102° periodo de sesiones, Ginebra, 2011, publicado en: [www2.ohchr.org/english/.../CCPR.C.GC.34\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/.../CCPR.C.GC.34_sp.doc)
- 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 IDH *Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

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

Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Corte IDH, *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 No. 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.

## Referencias bibliohemerográficas

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.

Del Rosario Rodríguez, Marcos, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Núm. 33, julio-diciembre 2015.

Díez Gargari, Rodrigo, "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", en *Cuestiones Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm. 26, México, enero-junio 2012.

Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, 2da. Edición, España, 1989.

Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, versión castellana de Javier Esquivel, Cuadernos de Crítica, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, México, 1981.

El Sol de México, "PAN utiliza el dolor de la madre de Martha Érika con fines políticos: Barbosa", jueves 28 de febrero de 2019, recurso 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>

El Universal, "Falso, no hubo presiones en caso Puebla: presidenta del TEPJF", 10 de diciembre de 2018, recurso disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/falso-no-hubo-presiones-en-caso-puebla-presidenta-del-tepjf>

Fajardo Morales, Zamir A., *El control difuso de convencionalidad en México: elemento dogmáticos para una aplicación práctica*, publicado 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).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", publicado en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coord.), *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, UNAM-IIJ, México.

Flores, Imer B., "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año XXX, Núm. 90, septiembre-diciembre de 1997.

Flores, Imer B., "La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVI, Núm. 265 enero-junio 2016.

García-Yzaguirre, José Víctor, "La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las norma jurídicas", en *Dikaion*, Año 26, Vol.21, Núm. 2, Colombia, Diciembre de 2012.

González Covarrubias, María de la Luz y Aspe de la Rosa, Miguel Ángel, “El debate Hart-Dworkin. Una introducción a la discusión” en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, Tomo LXV, Núm. 263, enero-junio 2015.

Grupo Fórmula, “SCT reserva audios del helicóptero de Moreno Valle; AMLO ordena transparencia”, 27 de febrero de 2019, recurso disponible en <https://www.radioformula.com.mx/noticias/mexico/20190227/transparencia-completa-ordena-amlo-a-sct-para-caso-martha-erika-y-moreno-valle/>

Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Segunda edición, Buenos Aires, 1961.

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 enero 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 enero 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*, IFAI, 1ª ed., México, 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*, IFAI, 3ª ed., México, 2007.

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, RDA 2165/15, 8 de julio de 2015.

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, RDA 6302/15, 20 de enero de 2016.

Kelsen, Hans, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, traducción de Mario de la Cueva, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XVI, número 6, enero-marzo, 1996.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Trotta, 1ª ed., 2011.

## Referencias bibliohemerográficas

- La Jornada, "Voto decisivo de Janine Ojalora valida elecciones de Puebla", sábado 8 de diciembre de 2018, recurso disponible en <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/08/voto-decisivo-de-janine-otalora-valida-elecciones-de-puebla-9689.html>
- 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*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- López Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada", en *Derecho Comparado de la Información*, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 9, México, 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*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.
- Luna Pla, Issa, "Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social", en *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*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, México, 2017.
- Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª ed., México, 2009.
- Martínez Becerril, Rigoberto, *El derecho de acceso a la información en México. Su ejercicio y medios de impugnación*, INFOEM, México, 2009.
- Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Anthropos, México, 2015.
- Niembro Ortega, Roberto, "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", en *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, Madrid, 2013.
- Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011.
- Pérez, Miguel y Agapito, Moneo, *La disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, 1ª edición, España, 2007.

- Peschard M., Jacqueline y Astorga O., Fidel, "Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia", en *Serie Temas selectos de Derecho Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 3, México, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell Editor, Ecuador, 2008.
- Rainer, Arnold, et. al., "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 10, N°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.
- Rojas Amandi, Victor Manuel, "El concepto de derecho de Ronald Dworkin", en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo LVI, Núm. 246, julio-diciembre 2006.
- Sagues, Néstor, "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°1, Chile, 2010.
- Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extracto de sentencias más relevantes*, Konrad Adenaur Stiftung, México, 2009.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejecutoria de Amparo en Revisión 988/2004, Primera Sala, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, septiembre de 2006, p. 77.
- 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.



## Referencias bibliohemerográficas

- 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.
- 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*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.