

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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