

## CAPÍTULO SEGUNDO

### 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 con el derecho de acceso a la información.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>70</sup> *Ibidem*, artículo 16.

<sup>71</sup> *Ibidem*, artículo 45.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA DE DAÑO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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



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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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