

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO

A lo largo de los capítulos anteriores se ha demostrado la pertinencia de adoptar los estándares del principio de proporcionalidad en la aplicación de la prueba de daño. Es necesario advertir que aquellos estándares responden a la necesidad real de la aplicación de esta última.

Adoptar una metodología adecuada, conforme a los parámetros constitucionales y normativos, resolvería, entre otras cuestiones, las falencias en su aplicación, tal como se profundizó en el capítulo correspondiente. Los sujetos obligados tienen el imperativo de demostrar, racionalmente, los parámetros desde los cuales se reserva la información como una medida excepcional.³²⁸

Del análisis de la aplicación de la prueba de daño en los sujetos obligados, podemos advertir que no se está entendiendo como una medida para comprobar la excepcionalidad, sino como mero requisito para reservar la información y sin que se tomen en consideración los factores que favorecen el interés público.

El reto de este capítulo es desentrañar y facilitar la aplicación de los estándares del principio de proporcionalidad para la prueba de daño. Esto es necesario si tomamos en cuenta factores como que el Comité de Transparencia es el órgano adecuado para apli-

³²⁸ La metodología que aquí se propone responde a los estándares actuales de la normativa en la materia. Su adopción garantizaría los estándares de ésta. Sin embargo, la metodología serviría mejor si la norma se adecúa de manera que se clarifiquen los alcances y la manera en cómo debe entenderse y aplicarse la prueba de daño.

car la prueba de daño,³²⁹ cuyos integrantes no necesariamente cuentan con especialización argumentativa constitucional;³³⁰ asimismo, se deben aplicar pruebas de daño continuas y constantes en donde se estudian reservas de información. Por lo tanto, se hace útil una metodología clara y concreta para encontrar los puntos nodales en un balance adecuado y así poder sortear las cargas de trabajo en los sujetos obligados, sin que implique descuidar una correcta aplicación de pruebas de daño.

Incluso, la metodología que aquí se propone, por un lado, toma como base lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley General y en el lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales, normas encargadas de establecer los parámetros de la prueba de daño, y que fueron analizadas en el capítulo correspondiente. Por otro lado, es una adecuación de los estándares normativos a las exigencias de la aplicación del principio de proporcionalidad de Robert Alexy, trayéndolos a la realidad del derecho de acceso a la información.

Aunque no es una propuesta novedosa, en tanto el principio de proporcionalidad ha sido formulado, la aportación de la traducción de éste a través de reglas para aplicar correctamente la prueba de daño facilitará su aplicación por parte de los sujetos

³²⁹ En el capítulo cuarto se hizo referencia al dilema que se generaba de la interpretación de los artículos 100 y 103 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, pues no quedaba claro si debían ser las unidades administrativas de los sujetos obligados o su comité de transparencia el que debiera aplicar la prueba de daño. También se afirmó que en este trabajo se recomienda que sea el comité de transparencia el que aplique la prueba de daño, ya que los nuevos estándares para su aplicación exigen un esfuerzo argumentativo y especializado para poder ponderar principios que colisionan. Esta argumentación no puede dejarse en manos de cada titular de las áreas, quienes, entre las diversas de tareas cotidianas que realizan, no están familiarizados con argumentar desde el principio de proporcionalidad.

³³⁰ El artículo 43 de la Ley General citada señala que la integración de los comités de transparencia será colegiada e integrados con número impar, sin que puedan depender jerárquicamente entre sí. Más allá de estos requisitos, no se exige alguna especialización respecto a la materia que resuelven.

obligados y, además, garantizará que la respuesta que se elija sea la más racional posible.

A continuación, se realiza un comparativo entre los estándares del principio de proporcionalidad con los de la prueba de daño, para dar cuenta de su homogeneidad.

I. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PARA LA PRUEBA DE DAÑO

La estructura del principio de proporcionalidad es la herramienta interpretativa necesaria que ayuda a solventar las necesidades de los parámetros de la prueba de daño.

Para demostrar lo anterior se toma como referencia la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de las etapas del principio de proporcionalidad y se realiza una comparación con los requisitos para realizar la prueba de daño:

- 1) *Examen de idoneidad*. De acuerdo con la Corte, esta etapa implica identificar el fin o los fines de la medida que restringe los derechos; estos fines deben ser constitucionalmente legítimos, y la medida debe promover los fines en algún grado.³³¹ 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

³³¹ Cfr. Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

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

al interés público o a la seguridad nacional. Los fines de la medida se deben relacionar con el interés público o la seguridad nacional.

Por su parte, el lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales reconoce, en sus fracciones I y VI, que se deberá citar la fracción y, en su caso, la causal aplicable del artículo 113 de la Ley General (catálogo de fines), la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público. Asimismo, la fracción III establece acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate.

- 2) *Examen de necesidad o medio más benigno*. Esta etapa implica, de conformidad con la Corte, corroborar que no existan medios alternativos que persigan igualmente los fines, pero que sean más benignos con el derecho intervenido.³³² Es decir, es necesario buscar alternativas que ayuden a garantizar el derecho de acceso a la información y, a su vez, que protejan de igual forma los principios de interés público y seguridad nacional.

Sobre esta exigencia, la fracción III del artículo 104 de la Ley General exige demostrar que la limitación representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

En esta misma línea, la fracción VI del lineamiento trigésimo tercero exige elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja.

- 3) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*. La Corte ha establecido que esta última etapa implica realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afecta-

³³² Cfr. Tesis 1a. CCLXX/2016, “Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 914.

dos. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.³³³

En el mismo sentido, la fracción II del artículo 104 de la Ley General exige a los sujetos obligados justificar que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera al interés público general de que se difunda. Por su parte, la fracción III del mismo artículo advierte que la limitación debe adecuarse al principio de proporcionalidad.

El lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales también reconoce exigencias similares. La fracción II expresa que, mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y, por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público. La fracción IV pide precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación. Por último, la fracción V expresa que, en los motivos de clasificación, el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño.³³⁴

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:

³³³ *Cfr.* Tesis 1a. CCLXXII/2016, “Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 894.

³³⁴ La etapa de proporcionalidad en sentido estricto se encarga de valorar y ponderar factores normativos y epistémicos en las tres subetapas que lo componen. Por lo anterior, es posible afirmar que las fracciones aludidas se pueden integrar y reconocer bajo los parámetros de esta última etapa del principio de proporcionalidad, la cual fue profundizada en el capítulo cuarto, apartado III.3. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

<p><i>Etapas del principio de proporcionalidad.</i></p> <p><i>Idoneidad. Se refiere a que la intervención en los principios debe ser adecuada a un fin legítimo constitucional.</i></p>	<p><i>Artículo 104 de la Ley General</i></p> <p>I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional;</p>	<p><i>Lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales</i></p> <p>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;</p> <p>III. Se debe de acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate;</p> <p>VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.</p>
<p><i>Necesidad. Toda intervención debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el objetivo y no existir otra que pueda optimizar mejor el principio.</i></p>	<p>III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.</p>	<p>VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.</p>

<p><i>Proporcionalidad. Comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización de la medida establecida, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.</i></p>	<p>II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda. III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.</p>	<p>II. Mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y, por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público protegido por la reserva; 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</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.³³⁵ Por lo tanto, es necesario tener presente que, ante un dilema entre la reserva de la información y la apertura de ésta, es posible argumentar en favor de cualquier opción, ya que ninguna puede ser inválida y ninguna tiene precedencia absoluta, sino sólo a la luz del caso en concreto.³³⁶

Generalmente, no se realiza un ejercicio de ponderación, sino una simple validación de una de las opciones que, en su mayoría, es la reserva de la información.

Lo importante en casos donde se pretende reservar la información es elegir la opción lo más racionalmente posible (idoneidad), demostrando que dicha opción interfiere lo menos posible con ambos principios (necesidad) y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción (proporcionalidad).

La legitimidad de la solución del conflicto de principios mediante la proporcionalidad depende de la racionalidad de ésta, y la racionalidad se sustenta en la estructura que se establezca para el examen de la ponderación. Es decir: estructura es igual a racionalidad; racionalidad es igual a legitimidad.³³⁷ En otras palabras, la legitimidad de la reserva de la información radica esencialmente en realizar una verdadera prueba de daño a través de una estructura racional.

Los estándares reconocidos para la prueba de daño, tanto en la Ley General como su desarrollo en los Lineamientos Generales, carecen de una estructura clara para su aplicación, lo que pone en riesgo, de aplicarse conforme a éstos, la racionalidad y la legitimidad de la decisión que se tome.

³³⁵ Esta referencia se retomó del análisis que se realizó sobre la derrotabilidad de las reglas y los principios.

³³⁶ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

³³⁷ *Ibidem*, p. 180.

Por lo tanto, se estima necesario proponer una estructura clara y concreta que facilite la aplicación de la prueba de daño para los sujetos obligados, tomando en consideración todos los estándares de la normativa en la materia.

II. PRINCIPIOS A PONDERAR EN LA PRUEBA DE DAÑO

La ponderación es una metodología adecuada para evaluar la corrección de los argumentos y decisiones en los casos de conflicto entre principios. La ponderación o proporcionalidad es la forma específica de aplicación de los principios.³³⁸

Este método de interpretación se usa recurrentemente para la solución del conflicto entre dos principios que se expresan en forma de derechos fundamentales: libertad de religión *vs.* derecho a la vida; libertad de expresión *vs.* vida privada, entre otros muchos ejemplos. Sin embargo, no todos los principios constitucionales que colisionan son derechos fundamentales. Alexy aclara que las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas.³³⁹ A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, es decir, el Estado; aquí lo central es la atribución de poder. En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales.³⁴⁰

En el ámbito de la prueba de daño, lo que colisionan son, generalmente, las dos categorías de principios, en tanto las normas que constituyen la forma del Estado mexicano pueden verse trastocadas en su pretensión por el ejercicio del derecho de acceso a la información.

³³⁸ Alexy, Robert, “Principios formales”, *cit.*, p. 17.

³³⁹ La teoría principialista afirma que las normas pueden expresarse en forma de reglas o de principios.

³⁴⁰ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *cit.*, p. 3.

Es importante aclarar, como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los fines que pueden fundamentar una intervención al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir.³⁴¹

Es por ello que el artículo 113 de la Ley General establece una serie de causales que pudieran justificar una limitación en el ejercicio del derecho de acceso a la información, a través de una reserva, dirigidas a proteger intereses del Estado mexicano, cuya publicación:

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

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

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

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

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

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

³⁴¹ Cfr. Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

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

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

X. Afecte los derechos del debido proceso;

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

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

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

Por ejemplo, en el caso analizado anteriormente, relativo al recurso de revisión en materia de seguridad nacional resuelto por la SCJN el 3 de abril de 2017, los principios colisionantes fueron el derecho de acceso a la información y la seguridad nacional. En este caso, el sujeto obligado consideró que la solicitud de información relativa a los itinerarios y planes de vuelo de toda la flota área a disposición de la Presidencia de la República ponía en riesgo de daño el principio de seguridad nacional, en tanto se podía afectar la integridad de máximas autoridades del Poder Ejecutivo Federal.³⁴²

Siempre, de un lado de la colisión estará el derecho de acceso a la información. Sin embargo, el otro principio colisionante pudiera ser de aquellos protegidos por las causales de reserva reco-

³⁴² Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Recurso de revisión en materia de seguridad nacional 01/2015*, 3 de abril de 2017.

nocidas en el artículo 113 de la Ley General y no necesariamente serán por las mismas causas.

Lo anterior impide construir un catálogo de colisiones y probables resultados. De ahí la importancia de que sean los propios sujetos obligados los que realicen pruebas de daño, ya que como poseedores de la información, conocen la naturaleza y las implicaciones de su divulgación.

Para reducir la discrecionalidad, en los Lineamientos Generales se enlistó una serie de situaciones por las cuales es posible justificar la actualización de las causales previstas la Ley General.³⁴³ Por ejemplo, el lineamiento vigésimo establece que, de conformidad con el artículo 113, fracción II, de la Ley General, podrá considerarse como reservada aquella que de difundirse menoscabe las relaciones internacionales entre México y otros Estados u organismos internacionales, entendiéndose éstas como los vínculos que se crean, modifican o extinguen entre diversos sujetos que ejercen su acción e influencia más allá de las fronteras estatales y mediante los cuales se favorece una convivencia armónica entre dichos sujetos, conformándose como el medio para solucionar diversos problemas que dificultan la realización de esa convivencia.

Para tal efecto, se exige señalar los aspectos generales de la relación con ese Estado o Estados u otro sujeto de las relaciones que salgan del Estado mexicano y la incidencia de la información sobre los aspectos particulares de esa relación. También se exige que la prueba de daño debe acreditar, además, el grado de afectación de la relación internacional, expresando las consecuencias económicas, políticas, sociales, aspectos migratorios, en su caso, y señalar si existen casos previos en que el otorgamiento de una información similar haya afectado una relación del Estado mexicano con otro sujeto de derecho internacional.

³⁴³ Todas estas situaciones se desarrollan en el capítulo V, “De la información reservada”, del lineamiento décimo séptimo al trigésimo segundo.

Este ejemplo ilustra que la intención de los Lineamientos Generales es reducir la discrecionalidad en el momento en que se pretende reservar una información. Todas las causales previstas en el artículo 113 de la Ley General se desarrollan en los Lineamientos. Sin embargo, hay otros factores que deben tomarse en consideración para poder fundamentar una decisión potencialmente restrictiva del derecho fundamental de acceso a la información. Estos factores se agrupan en la propuesta metodológica que a continuación se desarrolla.

III. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA PRUEBA DE DAÑO

Para un mejor entendimiento de este esquema, se formularán las reglas necesarias en cada etapa.

1. *Primera etapa de la prueba de daño: examen de idoneidad*

El objeto de esta etapa es constatar que la medida que restringe un derecho fundamental no constituye una decisión arbitraria.³⁴⁴

Esta primera etapa se facilita por los estándares establecidos en la normativa. Tanto la medida de restricción al derecho fundamental como los fines están reconocidos en la Ley General.

Cualquier restricción del derecho de acceso a la información, a través de la reserva de ésta, es legítima, siempre y cuando:

R1: La divulgación de la información suponga un riesgo de aquellos previstos en el artículo 113 de la Ley General.

De acuerdo con esta primera regla, el sujeto obligado deberá demostrar la relación entre la información que se solicita con

³⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 877.

aquella causal aludida para reservarla.³⁴⁵ En otras palabras, debe demostrar que existe un riesgo de daño al bien que protege la causal (seguridad nacional, seguridad pública, debido proceso, orden público, defensa nacional, etcétera) con la publicación de la información.³⁴⁶

Generalmente, las pruebas de daño se quedan en este primer paso para justificar la reserva.

R2: La reserva de la información contribuye en algún grado a evitar dicho riesgo.

En esta segunda regla el sujeto obligado debe aportar elementos para fortalecer la primera, en el sentido de que, una vez demostrado el riesgo en algún nivel, se debe acreditar que la reserva es la medida idónea para evitarlo o que contribuye a la realización del fin que se propone en algún grado.³⁴⁷ 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;³⁴⁸ es decir, basta con que se demuestre algún grado de relación entre ambos.³⁴⁹ La relación entre ambos

³⁴⁵ Dicho artículo alude a las causales permitidas para reservar información de manera excepcional.

³⁴⁶ Esta regla se sustenta en la fracción I del artículo 104 de la Ley General, y las fracciones I, III y VI del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales, tal como se analizó en el esquema correspondiente.

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ Carlos Bernal Pulido profundiza sobre la versión débil y la versión fuerte del examen de idoneidad. *Cfr.*, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 913-920.

³⁴⁹ Incluso la Suprema Corte de México se inclina por una posición débil, al exigir que en esta etapa debe analizarse si la medida tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos. *Cfr.*, Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

es posible sostenerla a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.³⁵⁰

Si no es posible sostener la relación entre medio y fin en algún grado, la medida debe declararse inválida; es decir, no se debe reservar la información, puesto que, de hacerlo, sólo afectaría el derecho de acceso a la información y no contribuiría a proteger el bien jurídico aludido. Si es posible sostenerse, es necesario pasar a la segunda etapa de la prueba de daño.

2. Segunda etapa de la prueba de daño: examen de necesidad

En esta etapa debe examinarse si la medida adoptada es la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el fin y que no exista otra que pueda optimizar mejor el principio y dañar menos al derecho.³⁵¹

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.³⁵²

Conforme se comiencen a hacer este tipo de ejercicios al interior de los sujetos obligados y de los órganos garantes, será posible construir catálogos de medidas alternativas para entregar la información que normalmente se reserva, sin que se afecte el fin ni el derecho fundamental. Las modalidades podrían ser las

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 74.

³⁵² Esta regla se sustenta con la obligación prevista en la fracción III del artículo 104 de la Ley General, y la fracción VI del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales.

propias versiones públicas de los documentos, consulta de la información *in situ*, información estadística, información desagregada, etcétera.

Si existiera un medio que intervenga menos intensamente el derecho de acceso a la información y es igualmente adecuado para fomentar el fin, entonces debe elegirse el medio alternativo.³⁵³ Si no existe medio alternativo, es necesario pasar a la última etapa de la prueba de daño.

3. Tercera etapa de la prueba de daño: examen de proporcionalidad

No basta con que una medida sea adecuada técnicamente y resulte la menos lesiva para justificarla. Para limitar un derecho fundamental es necesario ofrecer argumentos a favor de la intervención y considerarlos de cara a los argumentos que hablan en contra de ésta.³⁵⁴

En esta etapa se debe revisar si la importancia de la intervención en el derecho de acceso a la información está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido (seguridad nacional, seguridad pública, orden público, etcétera) por la reserva de información.³⁵⁵

R4: Será válida la reserva sólo si el grado de riesgo por la divulgación de la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.

Por lo tanto, resulta necesario realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que ne-

³⁵³ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit., p. 114.

³⁵⁴ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 182.

³⁵⁵ *Idem.*

cesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.³⁵⁶

Es necesario recordar que toda colisión de principios necesariamente produce un daño. Sin embargo, para que sea constitucional una restricción, es necesario demostrar que este daño es superior al beneficio. En otras palabras, no basta con que se demuestre en algún grado el riesgo a algún principio, como el de seguridad nacional al divulgarse cierta información, sin antes comprobar que éste es superior al beneficio de darla a conocer, conforme a las circunstancias del caso en concreto.

Para aplicar correctamente *R4*, es necesario desarrollarla a través de las siguientes subetapas que dotan de certeza a la ponderación de principios.

A. Subetapa de intensidad

En esta primera subetapa debe constatarse, por un lado, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y, por otro lado, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

R4.A: ¿Qué tan intenso puede calificarse el riesgo de daño del bien jurídico protegido con la divulgación de la información?

Los grados que pueden asignarse para identificar el grado de afectación son “leve”, “moderado” o “grave”. A cada grado es posible asignarles valores numéricos mediante la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 , esto es, 1, 2 y 4, respectivamente. Esto ayudaría a tener certeza de los argumentos para poderlos ponderar.³⁵⁷

En este examen es necesario tomar en consideración aspectos normativos y empíricos, a la luz del caso en concreto; es decir, es

³⁵⁶ Esta regla se sustenta en las fracciones II y III del artículo 104 de la Ley General, y en las fracciones II, IV y V del lineamiento trigésimo tercero de los Lineamientos Generales.

³⁵⁷ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 22.

necesario justificar con argumentos el grado que se le asigna.³⁵⁸ Esto nos ayudaría a medir si el peso de las razones que justifican la reserva es alto, si pesan intensamente.

Por ejemplo, entre los aspectos normativos, se debe considerar la posición que el bien jurídico protegido tiene dentro del sistema constitucional democrático y si con la divulgación de la información se afectarían muchos elementos de éste, o no. En los aspectos empíricos es necesario valorar si con la divulgación la afectación sería real, con una temporalidad duradera, o que cambie el estado de cosas que guarda alguna situación de hecho.

Si la información es de conocimiento público por otros medios, en realidad la reserva de información poco contribuiría a la protección del bien jurídico y mucho afectaría al derecho de acceso a la información.

R4.B: ¿Qué tan intensa puede calificarse la afectación al derecho de acceso a la información con la reserva?

Lo mismo que en la regla anterior, los grados que pueden asignarse para identificar el grado de intervención son “leve”, “moderado” o “grave”. A cada grado es posible asignarles valores numéricos mediante la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 , esto es, 1, 2 y 4, respectivamente.

Respecto a la valoración de aspectos normativos, es poco lo que se debe valorar en relación con el derecho de acceso a la información, debido a su posición en el sistema constitucional democrático. De conformidad con los estándares nacionales e internacionales, este derecho es considerado piedra de toque de todo sistema democrático.³⁵⁹

No obstante, el grado de interferencia del derecho de acceso a la información podría variar respecto a los aspectos empíricos. Es necesario valorar si la interferencia menoscaba el interés ge-

³⁵⁸ Para profundizar sobre estos dos aspectos, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 967 y ss.

³⁵⁹ Véase el capítulo primero de este trabajo.

neral que se refleja a través de dicha solicitud de información, de conformidad con las circunstancias del caso en concreto. No será lo mismo reservar información relacionada con los planos arquitectónicos de una institución, que aquella relacionada con un caso de corrupción grave, por ejemplo. El interés general de conocer la primera no es tan importante como la segunda.

Si en esta subetapa los factores normativos distan de los factores epistémicos, podría calcularse el grado de interferencia de la siguiente manera: supongamos que le asignamos una posición importante al derecho de acceso a la información y, por lo tanto, una interferencia grave, únicamente por lo que respecta al ámbito normativo; en este sentido, el valor numérico sería 4. Por el contrario, consideremos una posición no importante del mismo derecho por lo que respecta al ámbito epistémico; por lo tanto, la interferencia es leve, y el valor numérico sería 2.

$$\frac{4}{2}$$

El grado de interferencia, entonces, podría calificarse como moderado (2).

B. Subetapa de asignación de pesos abstractos

Este examen es independiente de las circunstancias del caso en concreto.³⁶⁰ El peso que se le asigna a los principios en colisión dependerá de la posición que éstos jueguen dentro de un sistema jurídico.³⁶¹ Por lo tanto, es necesario observar elementos tales como la jerarquía constitucional del principio, la prioridad de principios que expresan derechos fundamentales, el refuerzo

³⁶⁰ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *cit.*, p. 10.

³⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 1002.

que tengan los principios a través de garantías para su protección, si se trata de un grupo vulnerable, la vinculación con el principio democrático y la dignidad humana, decisiones precedentes sobre el tema, etcétera.³⁶²

R4.C: ¿Cuál es el peso abstracto del principio protegido por la reserva?

R4.D: ¿Cuál es el peso abstracto del derecho de acceso a la información?

Aquí nuevamente se usan los valores asignados para la escala triádica: 1, 2 y 4.

Vale la pena resaltar que sería difícil que al derecho de acceso a la información se le otorgue un valor menor a 4, en tanto que la jurisprudencia lo relaciona con otros derechos fundamentales y piedra de toque de un Estado democrático.

Este ejercicio abstracto ayuda, simplemente, a proporcionar elementos que resultan esclarecedores para determinar el grado de precedencia de un principio sobre otro en el caso en concreto. En el capítulo correspondiente se apuntó que una intervención que se califica como leve (1) en un principio con elevado peso abstracto (4) tiene una igual importancia que una intervención grave (4), que se lleva a cabo a causa de una omisión, en un principio con escaso peso abstracto (1).³⁶³

C. Subetapa de justificación empírica

A diferencia de las primeras dos subetapas que realizan una valoración abstracta tanto del peso como de la interferencia, en esta última lo que se valora es la fiabilidad de los presupuestos empíricos referidos.³⁶⁴

³⁶² Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, p. 127.

³⁶³ *Cfr.*, Alexy, Robert, “Principios formales”, *cit.*, p. 37.

³⁶⁴ *Idem.*

La regla es que cuanto mayor sea una interferencia en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.³⁶⁵

Para medir la certeza de las premisas que sostienen la intervención o la satisfacción, se usan los grados de seguro, plausible o no evidentemente falso. Aquí los valores numéricos asignados a dichos grados son diferentes a las otras dos subetapas: 2⁰, 2⁻¹ y 2⁻²; es decir, 1, 1/2 y 1/4.³⁶⁶ La razón de que sean diferentes es porque en el cálculo a través de la fórmula completa, hace la diferencia para obtener mayores certezas de la precedencia de un principio sobre otro. Por lo tanto, las reglas serían:

R4.E: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de no realizarse la reserva se afectaría el bien jurídico protegido, es segura, plausible o no evidentemente falsa?

R4.F: De los argumentos vertidos, ¿la premisa de que de realizarse la reserva se afectaría el interés público, es segura, plausible o no evidentemente falsa?

Esta última subetapa ayuda a evaluar los razonamientos vertidos en las otras dos y otorgarles un valor en cuanto a su fiabilidad. Permite demostrar que ciertos argumentos tuvieron mayor peso racional frente a otros argumentos en contrario.

D. Conclusiones de la tercera etapa de la prueba de daño

Para hacer el cálculo de la tercera etapa, es necesario ponderar las reglas establecidas anteriormente de la siguiente manera:

$$\text{Intensidad del bien jurídico protegido por la reserva} = \frac{R4.A + R4.C + R4.E}{R4.B + R4.D + R4.F}$$

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁶⁶ *Idem*.

Es necesario resaltar que las reglas establecidas en la parte superior de la fórmula se refieren a la valoración del bien jurídico protegido por la reserva. El valor final que se le asignará corresponderá al total de la valoración de dichas reglas, sobre el total de la valoración que obtuvo el derecho de acceso a la información:

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

Para asignarle el valor final al derecho de acceso a la información, deberán intercambiarse los lugares de las reglas en la fórmula de la siguiente manera:

$$\text{Intensidad del derecho de acceso a la información} = \frac{R4.B + R4.D + R4.F}{R4.A + R4.C + R4.E}$$

Por lo tanto, el valor final, tomando como referencia el ejemplo anterior, sería:

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

Es importante recordar que, como se formuló en el apartado correspondiente,³⁶⁷ esta última etapa de la prueba de daño se puede reducir únicamente al análisis del grado de la interferencia de los principios, es decir, a la primera subetapa de intensidad, siempre y cuando el valor del peso abstracto (segunda subetapa) y el de las certezas empíricas (tercera subetapa) se puedan neu-

³⁶⁷ En el capítulo cuarto se profundizó sobre este aspecto en el apartado de las conclusiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

tralizar entre sí al tener el mismo valor cada uno.³⁶⁸ Es decir, la fórmula simplificada quedaría como sigue:

$$\text{Intensidad del bien jurídico protegido por la reserva} = \frac{R4.A}{R4.B}$$

Incluso, para los parámetros que exige la normativa en la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la fórmula simplificada para el principio de proporcionalidad en sentido estricto, y se pudiera dejar con carácter de opcional las últimas dos subetapas, en caso de que no resulte tan esclarecedora la prueba de daño. Además, resulta más sencilla su aplicación para los sujetos obligados.

IV. CASO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO: *CASO PUEBLA*

Tomando como referencia las reglas que se proponen para la prueba de daño, a continuación se analiza el *Caso Puebla* a la luz de dicha metodología, para vislumbrar de qué manera es posible agrupar los argumentos que demuestran la racionalidad, o no, de una clasificación de información por reserva.

El *Caso Puebla* se refiere al accidente donde perdieron la vida la entonces gobernadora de Puebla, Martha Érika Alonso, y el entonces senador Rafael Moreno Valle, hecho que cimbró la vida pública del país.³⁶⁹

Esto provocó, en el caso de la gobernadora, que el Congreso de Puebla eligiera un gobernador interino mientras se orga-

³⁶⁸ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 186.

³⁶⁹ Para seguir la secuencia de los hechos y el debate público, *El Sol de México* ha sistematizado dicha información en el siguiente enlace <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/esto-es-lo-que-sabemos-de-la-muerte-de-martha-erika-alonso-y-rafael-moreno-valle-2841912.html>.

nizaban las elecciones para elegir a un gobernador o gobernadora sustituta. Es decir, no habían pasado ni dos semanas desde que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) validó la elección en donde fue ganadora Martha Érika Alonso, de la coalición por Puebla al Frente.³⁷⁰ En resumen, el interés público del caso y de sus consecuencias era evidente e inevitable.

Bajo ese contexto, el pasado 26 de enero de 2019, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) recibió dos solicitudes de información mediante las cuales se solicitaba lo siguiente:³⁷¹

- 1) Comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación.
- 2) Hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018.

El 15 de febrero de 2019, la Secretaría emitió las respuestas respectivas, en las cuales reservó la información solicitada, por actualizarse la causal prevista en la fracción II del artículo 113 de la Ley General, en relación con los numerales vigésimo, fracción II, y trigésimo segundo de los Lineamientos Generales, relativas al menoscabo de la conducción de negociaciones y relaciones internacionales, en razón de que la investigación del accidente se llevaba a cabo en colaboración con otros Estados invitados, en el marco del Convenio sobre Aviación Civil Internacional.

Cabe señalar que dicha reserva de información no fue emitida por el Comité de Transparencia de la SCT.

³⁷⁰ 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.

³⁷¹ Folios 00009000029919 y 00009000029819 de las solicitudes de información.

Por lo anterior, resulta útil realizar una prueba de daño bajo las reglas antes descritas (en su versión simplificada) tomando en consideración las circunstancias del caso en concreto.

Prueba de daño del Caso Puebla

R1: ¿La divulgación de la información relativa a 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, supone un riesgo de aquellos previstos en el artículo 113 de la Ley General?

La SCT informó que se actualizaba el supuesto de las fracciones II y XIII del artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en relación con los lineamientos generales vigésimo, fracción II, y trigésimo segundo.³⁷² Es decir, la divulgación de esa información pudiera menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales, además de que por disposición expresa de un tratado internacional de que el Estado mexicano es parte, se le otorga el carácter de información reservada, siempre que no contravenga lo dispuesto por la Ley General.

Esta afirmación la sustentó bajo el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, firmado el 7 de diciembre de 1944, cuyo preámbulo considera que el desarrollo futuro de la aviación civil internacional puede contribuir poderosamente a crear y a preservar la amistad y el entendimiento entre las naciones y los pueblos del mundo, mientras que el abuso de la misma puede llegar a constituir amenazas a la seguridad general, y bajo el cual se establecen esquemas de cooperación internacional en investigaciones de accidentes aéreos.³⁷³

³⁷² Secretaría de Comunicaciones y Transportes, oficios 4.1.0.4.0.1.-089-2019 y 4.1.0.4.0.1.-090-2019, 15 de febrero de 2019, p. 2.

³⁷³ *Ibidem*, p. 3.

El Convenio, además, establece en su anexo 13, titulado “Investigación de accidentes e incidentes”, en su capítulo 5, sobre la investigación, responsabilidad por la institución y realización de la investigación, que el Estado del suceso instituirá una investigación para determinar las circunstancias del accidente aéreo y será responsable de realizarla, pero podrá delegar, total o parcialmente, la realización de tal investigación en otro Estado u organización regional de investigación de accidentes, por acuerdo y consentimiento mutuos. En todo caso, el Estado del suceso empleará todos los medios a su alcance para facilitar la investigación.³⁷⁴

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.³⁷⁵

Por lo tanto, es posible concluir que la información podría representar un riesgo para la causal prevista en la fracción II del artículo 113 de la Ley General, ya que pudiera menoscabar la conducción de la investigación internacional del accidente aéreo y con ello las relaciones internacionales con los países encargados de la misma.

R2: ¿La reserva de la información contribuye en algún grado a evitar dicho riesgo?

La SCT aseguró que, al ocurrir un accidente aéreo o incidente serio de aviación, México notifica los hechos a diversos países con el fin de que participen en las investigaciones. Esa participación consiste en dar a conocer los resultados de los análisis de los diversos componentes de la aeronave, su diseño y operación, entregando datos de patentes, de diseño, y que esperan, al amparo del anexo 13, que no sea divulgada, ya que la información se comparte con la confianza, buena voluntad y finalidad de cooperar en la investigación del accidente, cuyo único

³⁷⁴ *Idem.*

³⁷⁵ *Idem.*

objetivo es la prevención de futuros accidentes e incidentes de aviación.³⁷⁶

Por lo anterior, la SCT consideró que, en el caso en concreto, dar a conocer toda la información que forma parte del expediente de la investigación del accidente de la aeronave XA-BON pone en riesgo la confianza y cooperación que han depositado los Estados parte, así como las futuras investigaciones en las que se requiera la cooperación internacional.³⁷⁷

En conclusión, es posible acreditar el parámetro de idoneidad de la reserva de la información.

R3: Acreditar que no existe medio alternativo para no afectar o afectar lo menos posible al derecho de acceso a la información y que protege, a su vez, el fin.

En la consideración realizada por la SCT, mediante la cual reservó formalmente la información solicitada, afirmó que dicha reserva era el medio menos restrictivo posible, ya que el derecho de acceso a la información del particular sólo es superado por el interés general de preservar la cooperación y las relaciones internacionales de las cuales el Estado mexicano forma parte.³⁷⁸

Lo anterior no demuestra que no exista medio alternativo y, por lo tanto, que sea el medio menos restrictivo. Al contrario, lo que se comprueba es que, al no existir medio alternativo, es necesario elegir el medio más restrictivo y único disponible para el derecho de acceso a la información.

Dada la naturaleza de la información solicitada, consistente en 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, resulta difícil

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

encontrar un medio alternativo a través del cual se pueda garantizar el acceso a dicha información y a la vez proteger el fin de no poner en riesgo las relaciones internacionales con aquellos países que participan en la investigación del accidente.

Por lo tanto, es necesario realizar una ponderación entre el riesgo de daño y el interés público de divulgar la información solicitada.

R4: Será válida la reserva sólo si el grado de riesgo de publicar la información es mayor a la afectación del derecho de acceso a la información.

Para sostener la reserva en el caso que nos ocupa, es necesario calificar la intensidad a través del análisis normativo y empírico del caso en concreto, tomando en cuenta las circunstancias de éste. Sólo en caso de que el riesgo de daño sea mayor, la reserva podrá justificarse. Para ello, es necesario demostrar las siguientes reglas.

Cabe aclarar que la SCT afirmó, en su respuesta, que el riesgo de perjuicio de la divulgación de la información contenida en los expedientes de accidentes o incidentes de aviación supera el interés público general, en virtud de que la Dirección de Análisis de Accidentes e Incidentes de Aviación (DAAIA) requiere la cooperación de los actores internacionales del medio aeronáutico para poder llevar a cabo las investigaciones mandatadas por la Ley de Aviación Civil, su reglamento, así como el convenio internacional de la OACI. El fracturar o poner en riesgo esta cooperación internacional conlleva la pérdida de confianza en el Estado mexicano de dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos.³⁷⁹

R4.A: ¿Qué tan intenso puede calificarse el riesgo de daño a la conducción de negociaciones y relaciones internacionales al divulgarse la información solicitada?

³⁷⁹ *Idem.*

El artículo 26 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional expresa que en el caso de que una aeronave de un Estado contratante sufra en el territorio de otro Estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, o que indique graves defectos técnicos en la aeronave o en las instalaciones y servicios para la navegación aérea, el Estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta (*i. e.* investigación) sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que pueda recomendar la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). Se permitirá al Estado donde esté matriculada la aeronave que designe observadores para estar presentes en la encuesta, y el Estado que la realice comunicará al otro Estado el informe y las conclusiones al respecto.

Este procedimiento de investigación sobre accidentes se reglamenta por el anexo 13 del convenio citado, relativo a las normas y métodos recomendados sobre la investigación de accidentes e incidentes de aviación.³⁸⁰

El capítulo 5 del anexo es el relativo a la investigación. En las generalidades mandata que las autoridades encargadas de la investigación de accidentes gozarán de independencia para realizar la investigación y de autoridad absoluta al llevarla a cabo. La investigación comprenderá, entre otras cosas, la protección de determinados registros de las investigaciones de accidentes e incidentes de conformidad con lo dispuesto por el punto 5.12.³⁸¹

El punto 5.12 expresa que el Estado que lleve a cabo la investigación de un accidente o incidente no dará a conocer los registros que se señalan en dicho apartado para fines que no sean la investigación de accidentes o incidentes, a menos que la autoridad competente designada por dicho Estado determine, de conformidad con la legislación nacional y con sujeción al apéndice 2 y al punto 5.12.5, que la divulgación o uso de dichos regis-

³⁸⁰ OACI, Anexo 13 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, “Investigación de accidentes e incidentes de aviación”, julio de 2016.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 35.

tros es más importante que las posibles consecuencias adversas, a nivel nacional e internacional, que podría tener tal decisión para esa investigación o futuras investigaciones.³⁸² 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.³⁸³

Es necesario resaltar que el propio anexo 13 del Convenio permite que la información sea susceptible de divulgarse cuando resulte de relevancia para evitar posibles consecuencias adversas a nivel nacional.

En el presente caso, todo indicaría que la excepcionalidad de publicidad aplicaría debido a que la información solicitada, relacionada con los avances de la investigación, es de relevancia nacional (sobre ello se profundizará en el apartado siguiente). Por lo tanto, la divulgación de la información relacionada con la investigación del accidente del helicóptero donde se transportaban la gobernadora del estado de Puebla y el senador no transgrediría desproporcionadamente las relaciones internacionales a que hace referencia la SCT, y que protege la fracción II del artículo 113 de la Ley General, en tanto dicha divulgación se tiene prevista en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, y la excepcionalidad de evitar posibles consecuencias adversas a nivel nacional se configura en el presente caso.

Por lo anterior, podríamos evaluar que el riesgo de daño es moderado, y su valor numérico correspondiente sería 2, en tanto la excepcionalidad prevista en la propia normativa internacional de no divulgar la información sobre investigaciones de accidentes aéreos, se actualiza en el *Caso Puebla* aquí analizado.

R4.B: ¿Qué tan intensa puede calificarse la afectación al derecho de acceso a la información y al interés público con la reserva de la información solicitada?

³⁸² *Ibidem*, p. 37.

³⁸³ *Idem*.

El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de las personas a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas, y a ser informadas oportuna y verazmente por éstas, dotando así a las personas del conocimiento necesario para el ejercicio de otros derechos.³⁸⁴

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.³⁸⁵

La importancia del derecho de acceso a la información en los sistemas democráticos es prioritaria para poder acercar mecanismos de participación en la toma de decisiones a las sociedades.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas ha dado detalle de la relación que existe entre el derecho de buscar, recibir e impartir información, y la obligación de los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente de la información que está en manos del gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación. Asimismo, ha subrayado la importancia que tiene este derecho en la democracia, al hacer posible la participación en el desarrollo. Además, ha expresado su preocupación por la tendencia de los gobiernos y sus instituciones de retener del pueblo la información que por derecho le corresponde.³⁸⁶

Particularmente, en 1999 el relator declaró que está implícito en la libertad de expresión el derecho del pueblo al acceso abierto a la información y de saber qué es lo que los gobiernos están ha-

³⁸⁴ Luna Pla, Issa, "Acceso a la información pública en instituciones de seguridad social", *Seguridad Social*, México, núm. 245, noviembre-diciembre de 2003, pp. 74 y 75.

³⁸⁵ Peschard M., Jacqueline y Astorga O., Fidel, *Los partidos políticos frente al escrutinio. De la fiscalización a la transparencia*, cit., p. 13.

³⁸⁶ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, ONU Doc. E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998, párrafo 14.

ciendo para el pueblo; sin esto, la verdad se extinguiría y la participación popular del gobierno permanecería fragmentada.³⁸⁷

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en 2003, consideró que la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública.³⁸⁸ Consideró, además, que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.³⁸⁹

Conforme a los estándares antes referidos, es posible advertir que el derecho de acceso a la información fortalece el ejercicio de otros derechos fundamentales, y que la garantía de aquél se vuelve imperante cuando se trata de derechos políticos para la toma de decisiones.

En el caso que nos ocupa, podemos afirmar que el acceso a la información solicitada, relacionada con 1) comunicaciones del piloto del helicóptero XA-BON y la torre de control del 24 de diciembre de 2018, entre el despegue y la pérdida de comunicación, y 2) hora, minuto y segundo en la que se dio la última comunicación con la torre de control desde el helicóptero XA-BON el 24 de diciembre de 2018, resulta de interés público, en tanto que la investigación del accidente repercutiría en la opinión pública y, en su momento, en la decisión que se debía adoptar para la elección de nueva gobernadora o gobernador en el estado de Puebla.

³⁸⁷ *Idem.*

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ *Idem.*

El nivel normativo de la importancia del derecho de acceso a la información en el presente caso se fortalece con el nivel empírico de las circunstancias del caso en concreto. Existen varios factores en el nivel empírico que es necesario tomar en consideración en tanto fortalecen el interés público de conocer la información solicitada:

- 1) El accidente ocurrió el 24 de diciembre de 2018. Días antes, el 8 de diciembre de 2018, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación había validado la elección en el estado de Puebla y confirmó el triunfo de la candidata Martha Érika Alonso Hidalgo, tras una de las sesiones más controversiales de dicho tribunal, en donde se denunciaron presiones al propio tribunal para decantarse por validar la elección.³⁹⁰
- 2) Tanto la entonces gobernadora como el entonces senador, Rafael Moreno Valle, pertenecían al Partido Acción Nacional, fácticamente posicionado como oposición al gobierno en turno. Incluso, la disputa por la gubernatura en el estado de Puebla era con el partido político Morena, que se posicionaba como el partido en el poder.
- 3) Una de las hipótesis que ha señalado el Partido Acción Nacional es que el accidente del helicóptero en realidad se trató de un atentado en contra de la oposición.³⁹¹

³⁹⁰ “Voto decisivo de Janine Otolora valida elecciones de Puebla”, *La Jornada*, sábado 8 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/12/08/voto-decisivo-de-janine-otalora-valida-elecciones-de-puebla-9689.html>. “Falso, no hubo presiones en caso Puebla: presidenta del TEPJF”, *El Universal*, 10 de diciembre de 2018, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/falso-no-hubo-presiones-en-caso-puebla-presidenta-del-tepjf>.

³⁹¹ “PAN utiliza el dolor de la madre de Martha Érika con fines políticos: Barbosa”, *El Sol de México*, jueves 28 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/pan-aprovecha-dolor-de-madre-de-martha-erika-con-fines-politicos-barbosa-accidente-aereo-puebla-carta-3124718.html>.

En suma, podemos señalar que, del análisis de los factores normativos y empíricos, la reserva de la información solicitada afectaría de manera grave el interés público, en tanto conocerla trascendería en el ejercicio de otros derechos y a la rendición de cuentas. Por lo tanto, el valor numérico que debe asignarse es 4.

Comparando ambos grados, es posible percibir que el grado de interferencia al derecho de acceso a la información (4) es mayor al grado de afectación de las relaciones internacionales (2).

En conclusión, podemos advertir que no se acredita la *RA*, en tanto el grado de riesgo de publicar la información no es mayor que la afectación del derecho de acceso a la información. Por lo tanto, debería proceder la entrega de ésta.

No sobra aclarar que dicha información fue divulgada, a pesar de que la SCT la había reservado en principio. Esta entrega de información se dio en el marco de las conferencias de prensa de la Presidencia de la República, en donde la prensa cuestionó dicha decisión al presidente, pues se trataba de información de interés público. Esta forma de divulgación, aunque garantizó el interés público, no fortalece el ejercicio del derecho de acceso a la información, en tanto se trató de una decisión unilateral y sin argumentación de por medio relacionada con la colisión entre la reserva y la apertura, ejercicio que es posible sólo a través de la prueba de daño.³⁹²

V. CONSIDERACIONES ADICIONALES PARA LA PROPUESTA METODOLÓGICA

La propuesta metodológica para la aplicación de la prueba de daño puede ser robustecida con algunas consideraciones adicionales que se han planteado para el principio de proporcionalidad.

³⁹² “SCT reserva audios del helicóptero de Moreno Valle; AMLO ordena transparencia”, Grupo Fórmula, 27 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.radioformula.com.mx/noticias/mexico/20190227/transparencia-completa-ordena-amlo-a-sct-para-caso-martha-erika-y-moreno-valle/>.

Por ejemplo, en caso de empate en un asunto donde no quede clara la precedencia de un principio frente a otro, es necesario saber qué regla debe aplicarse, o en los casos donde existan precedentes en el mismo sentido, qué papel podrían jugar éstos en las nuevas aplicaciones de la prueba de daño.

1. *Principio de máxima publicidad como carga argumentativa*

En caso de que la precedencia del caso en concreto no sea clara, es decir, cuando el valor de los principios ponderados resulte en un empate, es posible sostener que el principio rector de máxima publicidad obliga a elegir la apertura de la información.

Cabe aclarar que Robert Alexy ha planteado dos soluciones para los casos de empate, ambas contrarias:³⁹³

- 1) *Cargas de la argumentación hacia el principio de libertad o igualdad jurídica.* De acuerdo con esta postura, ningún principio contrario a éstos puede prevalecer sin que se invoquen a su favor razones más fuertes. Los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica; en nuestro caso, al derecho de acceso a la información.
- 2) *Cargas de la argumentación hacia la democracia.* En caso de que el empate se produzca debido al control de constitucionalidad de una ley, ésta debe ser declarada constitucional. En nuestro caso, los empates no jugarían a favor del derecho de acceso a la información, sino a favor de la reserva.

En esta investigación nos inclinamos por la primera opción, por las siguientes razones.

El principio implica, para cualquier autoridad, que toda la información que genere o posea es pública, accesible a toda persona, con excepción de aquellos casos previstos en la ley, y siempre

³⁹³ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 994 y 995.

que la reserva o confidencialidad se justifique. Es decir, el impedimento del acceso a la información debe ser mínimo y debe estar limitado por reglas claras, por ejemplo:

- 1) El derecho a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones.
- 2) La denegación de información por parte de las autoridades siempre deberá tener una justificación robusta, realizada mediante una prueba de daño.
- 3) La máxima publicidad debe considerarse como principio orientador de la actividad de los sujetos obligados cuando interpretan las disposiciones legales y constitucionales relacionadas con el derecho de acceso a la información pública.³⁹⁴

El sistema interamericano de derechos humanos, del que México forma parte, ha establecido que el derecho de acceso a la información debe estar regido por el principio de máxima publicidad, o máxima divulgación, en interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁹⁵

Los alcances del principio de máxima publicidad implican dos aspectos fundamentales: *a)* en la aplicación de la norma, y *b)* en la interpretación de ésta.

El primer aspecto obliga a los sujetos obligados a publicar gran parte de la información referente a su funcionamiento, órganos, personal, documentos básicos, etcétera. Es una suerte de publicación de oficio de la información contemplada en las obligaciones de transparencia. También, implica el poder que tienen

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2a. ed., disponible en: oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO_A_LA_INFORMACION_2012_2da_edicion.pdf

los ciudadanos de poder solicitar cualquier información en posesión de los sujetos, más allá de la información ya disponible.

El segundo aspecto se refiere a que, en la interpretación por parte de los sujetos obligados, en caso de duda entre la publicidad o la reserva de la información, deberá favorecerse inequívocamente la publicidad de ésta.

Para aclarar los alcances de estos aspectos, vale la pena retomar la analogía que se ha hecho al principio de máxima publicidad con el principio pro persona (ambas herramientas interpretativas de derechos humanos):³⁹⁶

- Ante el escenario de aplicación normativa del principio de máxima publicidad, cuando hay dos normas que regulen el acceso a la información pública, en virtud de dicho principio se optará por la norma que más favorezca la divulgación de la información.
- Por lo que respecta a la aplicación interpretativa del principio de máxima publicidad, cuando a alguna norma se le puedan atribuir varios sentidos, se debe aplicar el sentido que más favorezca a la publicidad.

Por ejemplo, el Poder Judicial de la Federación ha asentado en una tesis aislada que el derecho de acceso a la información se debe concebir bajo la lógica de que la regla general debe ser la máxima publicidad de la información y disponibilidad. De modo que, en aras de privilegiar su acceso, han de superarse los meros reconocimientos formales o ritos procesales que hagan nugatorio el ejercicio de este derecho. Este principio responde a la lógica de la aplicación más favorable a las personas en la protección de sus derechos humanos.³⁹⁷

³⁹⁶ Kubli García, Fausto, “El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 861.

³⁹⁷ Tesis I.4o.A.42 A (10a.), “Acceso a la información. Implicación del principio de máxima publicidad en el derecho fundamental relativo”, *Semanario Ju-*

2. Regla-resultados de la prueba de daño

Ningún derecho fundamental puede ser limitado de manera absoluta por otro, sin antes justificar la limitación de conformidad con las circunstancias del caso en concreto.³⁹⁸ Esta regla de la teoría general de los derechos humanos es recogida por la Ley General en su artículo 108, el cual prohíbe clasificar información antes de que se genere la información y sin que se haya realizado un examen caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño.

Sin embargo, también es necesario advertir que los comités de transparencia de los sujetos obligados publican y sostienen criterios de interpretación para la resolución de sus casos, sientan precedentes, a través de sus propias resoluciones, para la solución de casos iguales o similares. Muchas veces, por ejemplo, estos precedentes son usados para reservar información *ipso facto* que ha sido reservada con anterioridad, sin considerar las circunstancias del caso en concreto.

Entonces, ¿cuál sería el punto medio entre realizar pruebas de daño caso por caso y reservar información de manera anticipada sin un análisis previo?

Laura Clérico propone crear un *modelo de la ponderación orientado por reglas-resultado*.³⁹⁹ Este modelo se fundamenta en que un resultado de una prueba de daño se convierta en una regla-resul-

dicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 1897.

³⁹⁸ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido “la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. *Cfr.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340, párrafo 100.

³⁹⁹ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Argentina, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 182.

tado universalizable (sin que sea universal en abstracto) sólo si las condiciones del antecedente se pueden justificar como iguales o similares a las condiciones del nuevo caso en concreto.⁴⁰⁰ Por lo tanto, el resultado de una prueba de daño es *prima facie* vinculante para la resolución de ese nuevo caso.⁴⁰¹ *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.⁴⁰²

Este modelo es intermedio para el dilema arriba citado, en tanto evita que se realicen pruebas de daño caso por caso, como lo mandata la Ley General, y a la vez impide que se reserve información sin que se analicen las circunstancias del caso.

Por lo tanto, la regla-resultado no es universal sino universalizable; sólo es válida si se consideran las circunstancias concretas del nuevo caso para justificar la igualdad o similitud entre ambos casos.

Clérico añade que es posible construir una *red de reglas-resultado*, cuyo objeto sea facilitar la información acerca de la historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes. Esta red no sólo contribuye a exigir transparencia en la justificación del peso concreto de los principios, sino que también limita la discrecionalidad del operador jurídico que realiza una prueba de daño.⁴⁰³ Esta red jugaría una suerte de sistema de precedentes de pruebas de daño.

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ *Idem.*

⁴⁰² *Ibidem*, p. 186.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 192.