

CONCLUSIONES

La aportación de este trabajo es demostrar la compatibilidad que existe entre el principio de proporcionalidad y los estándares de la prueba de daño para, a través de reglas claras y concretas, desarrollar una metodología con base en dicho principio para aplicar la prueba de daño de manera correcta.

Es importante dejar constancia que la finalidad de desarrollar una metodología para aplicar la prueba de daño es clarificar y bajar a la realidad los estándares normativos actuales. Como se demostró en el desarrollo del trabajo, la prueba de daño no está siendo entendida tal y como se reconoce.

La metodología responde a la exigencia de la norma para poder declarar una reserva. Pero respondería mejor si la norma se modifica para clarificar los alcances y la manera en cómo debe entenderse y aplicarse la prueba de daño por parte de los sujetos obligados. Por ejemplo, consideramos que la exigencia de demostrar la idoneidad y necesidad en una reserva de información puede no ser materia de la prueba de daño, sino un requisito formal antes de realizar una ponderación. Así, se pasaría al examen de proporcionalidad en sentido estricto de manera directa y con mayores elementos para argumentar correctamente.

La valía de esta metodología es que ubica los elementos esenciales que deben tomarse en cuenta a la hora de aplicar o reconsiderar la prueba de daño.

En el desarrollo del trabajo se advirtió que la prueba de daño no está siendo considerada como una medida excepcional de reserva de información por parte de los sujetos obligados, sino como un mero requisito formal para justificar las reservas. Es de-

cir, no se está haciendo un balance entre el riesgo de publicar la información frente al beneficio que significaría para el interés público de divulgarla. Lo anterior se debe, entre otras cosas, a que no queda claro cómo se debe aplicar la prueba de daño.

Sin embargo, la ley ordena a los sujetos obligados aplicar pruebas de daño bajo los parámetros analizados, cada que se pretenda reservar información. Incluso, como se citó, el legislador previó que esto podría representar una carga de trabajo significativa para ellos, y que incluso derivaría en la especialización de los integrantes de los órganos en la materia en la aplicación de la prueba de daño.

De ahí la necesidad de traducir las exigencias normativas para aplicar la prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad como primera aportación, y después sintetizar todas esas exigencias normativas y de la teoría de los derechos fundamentales a reglas claras y concisas para garantizar un verdadero ejercicio de ponderación de principios cuando se pretenda limitar el derecho de acceso a la información, y también para facilitar su aplicación en los sujetos obligados.

La finalidad de una aportación metodológica que sirva como guía para aplicar de manera correcta la prueba de daño en sus diferentes facetas es fortalecer el estándar de ésta y que se respete su estructura y parámetros, tanto los exigidos por la Ley General como los recomendados por los Lineamientos Generales, para que las argumentaciones que se viertan en un análisis de este tipo sean transparentes y legítimas.

Argumentaciones racionales en las reservas de información inhibirían la prevalencia de los intereses políticos, que generalmente se ponen por encima de los intereses de la sociedad.

El modelo propuesto para aplicar la prueba de daño, y que toma como referencia las etapas del principio de proporcionalidad, se estructura a través de las siguientes reglas:⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Capítulo quinto, “III. Propuesta metodológica para la prueba de daño”, pp. 201-2014.

Primera etapa:

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

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

Segunda etapa:

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

Tercera etapa:

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.

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

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

Reglas optativas:

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

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

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

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

Como se advirtió en el apartado correspondiente, para los parámetros que exige la normativa en la aplicación de la prueba de daño, bastaría con la fórmula simplificada del principio de proporcionalidad en sentido estricto, y dejarse con carácter optativo las últimas dos subetapas (R4.C-R4.D y R4.E-R4.F), en caso de que no resulte tan esclarecedora la prueba de daño.

La metodología propuesta ayuda a conocer si un argumento o una decisión en donde se reserva información es arbitraria y carente de racionalidad. En tanto se siga una estructura coherente, no cualquier respuesta puede darse en un procedimiento racional y no cualquier respuesta es posible en un marco constitucional democrático.

A la metodología propuesta habría que agregar otros factores que son necesarios para fortalecerla. Por ejemplo, debería tenerse en claro que el objeto de la metodología es racionalizar y legitimar las decisiones de los órganos a través de la estructuración de los argumentos. También es necesario tener en cuenta la importancia de las deliberaciones colegiadas a través del Comité de Transparencia, para que el ejercicio no sea unilateral y parcial; la metodología no busca una única respuesta correcta, sino encontrar y decantarse por las argumentaciones que tengan mayor peso en la deliberación.

La propuesta para aplicar la prueba de daño ayuda también a que su ejercicio quede evidenciado en las justificaciones o resoluciones a través de las cuales los sujetos obligados reservan información. Es decir, sería útil y pertinente que se demuestre la aplicación de la prueba de daño bajo estos estándares, para exponer las argumentaciones que sostienen la reserva y el balance que se realizó frente al interés público, lo que demostraría que la decisión no fue discrecional sino racional.

Evidenciar este tipo de ejercicios por parte de los órganos del Estado ayudaría, en lo subsecuente, a perfeccionar dicho modelo; a que se respete verdaderamente el espíritu del derecho de acceso a la información en nuestro sistema jurídico mexicano; a que los órganos garantes que fungen como revisores de las decisiones que reservan información tengan mayores elementos para calificar una reserva de información.

Por otro lado, a partir de este tipo de esquemas de argumentaciones, sería interesante y posible diseñar un sistema de revisión ciudadana especializada para que los argumentos que sean usados en las reservas de información puedan ser revisados, criticados y retroalimentados. A su vez, sería necesario analizar los mecanismos con que cuenta el modelo procedimental del ejercicio del derecho de acceso a la información, como vía para que las argumentaciones que pudieran sostener una prueba de daño sean representativas de la sociedad mexicana, es decir, democráticas.⁴⁰⁵

Un segundo estudio para profundizar y perfeccionar la propuesta que aquí se desarrolla sería resolver la cuestión sobre qué argumentos han de considerarse necesariamente válidos en una prueba de daño. Por ejemplo, tomar en consideración la especialidad y autonomía del sujeto obligado que reserva información; de esta manera, han de excluirse argumentos inconsistentes o que contienen premisas empíricamente refutables, así como exigencias no universalizables que no pueden ser aceptadas por otros sujetos. Que los argumentos sean coherentes, es decir, que la objetividad se siga si las proposiciones normativas son objetivamente fundamentables en virtud de las ponderaciones y no sólo representan decisiones subjetivas, entre otras cuestiones.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *cit.*, p. 113.

⁴⁰⁶ Para profundizar sobre la corrección de los argumentos en la ponderación, véase Sieckmann, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006.

La importancia del fortalecimiento de la prueba de daño es un campo que ofrece oportunidades serias para la consolidación de varios intereses nacionales. El primero, se refiere a la protección efectiva a un derecho fundamental. El segundo, a que esa protección se traduce en el fortalecimiento de la participación democrática de las personas en los asuntos públicos que les conciernen. El tercero, que el procedimiento argumentativo que se lleva a cabo en la prueba de daño al interior de los sujetos obligados y, en última instancia, en los órganos rectores de la materia, se convierte en una deliberación mediante la cual se procesan los temas e intereses que a la sociedad le atañen, tales como la definición de interés público, seguridad nacional, acceso a información, seguridad pública, etcétera.⁴⁰⁷

En este tipo de herramientas interpretativas, como la prueba de daño, se gestan las deliberaciones base de la legitimidad de las decisiones democráticas, en el sentido de que 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 la prueba de daño sirve como mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales y racionales; los argumentos se van perfeccionando como una forma de representación popular.⁴⁰⁸

Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad (*i.e.* la prueba de daño) es legítimo sólo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.⁴⁰⁹ Esto se refiere a que la democracia no es solamente un sis-

⁴⁰⁷ Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, “La prueba de daño como palanca democratizadora en México”, *cit.*, p. 114.

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Los participantes del discurso y del sistema jurídico necesariamente erigen una pretensión de corrección, la cual conecta al derecho con la moral, pero

tema de decisiones, sino también un sistema de argumentaciones. La representación del pueblo es tanto volitiva como argumentativa. Mediante la inclusión de la argumentación, la democracia se vuelve deliberativa, en tanto permite institucionalizar el discurso como medio para la toma de decisiones de la sociedad.⁴¹⁰

Bajo esta perspectiva, la prueba de daño como método de interpretación y decisión detonaría un campo a analizar en cuanto a la contribución que hace, en sentido positivo o negativo, para la construcción de un Estado constitucional (discursivo) y la democracia.

La valía de esta aportación académica es buscar un modelo desde el derecho que busque resolver una realidad compleja. Si bien la filosofía del derecho busca encontrar las respuestas a la concepción y naturaleza del derecho, siempre es necesario tener como horizonte materializarla a través de modelos de interpretación para que los operadores jurídicos lo usen en sus actividades cotidianas.

no con cualquier concepto de moral, sino con la moral entendida como una pretensión de justicia y de un contenido correcto del derecho. Para Alexy, tanto las normas y las decisiones judiciales individualizadas, así como los sistemas jurídicos como totalidad, erigen necesariamente una pretensión de corrección; en caso contrario, no deben considerarse como tales. La pretensión de corrección posee la peculiaridad de incorporar las deficiencias morales de las normas en sus propiedades jurídicas. *Cf.*, Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 252-255.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 195.