

# LA PRUEBA DE DAÑO COMO UNA APLICACIÓN PRÁCTICA INCORRECTAMENTE LEGISLADA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY EN MÉXICO (LA PONDERACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA INFORMACIÓN RESERVADA)

*Para mis queridos amigos y maestros  
don José Manuel Villalpando y don Pablo Muñoz*

GREGORIO D. CASTILLO PORRAS<sup>1</sup>

**RESUME. (ABSTRACT):** Por primera vez en México, se adoptó un paradigma dogmático de la argumentación jurídica y de la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, esto es, el test de proporcionalidad, una metodología propuesta por el jurista alemán Robert Alexy para disminuir –en la medida de lo posible– los niveles de subjetividad al momento de ponderar en casos de colisión de principios.

Dicha adopción del test de proporcionalidad se consagró nada menos que en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2015), aunque de un modo inadecuado o incorrecto que refleja la incomprensión del test de proporcionalidad por parte del legislador mexicano al momento de ponderar dos principios (en los términos de Alexy): por un lado, un derecho fundamental, el de acceso a la información pública, y, por otro, un valor jurídico amorfo como lo es el interés público reflejado en causales de reserva de información que impiden al individuo acceder a cierta clase de información.

El artículo pretende explicar cómo se adoptó la metodología de Alexy, lo cual es loable, pero que, como suele suceder, se adoptó de modo incorrecto en la legislación mexicana, incluso con un diferendo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en tesis aisladas– en la que se establece una visión variada del test de proporcionalidad.

**PALABRAS CLAVE (KEYWORDS):** Argumentación jurídica, derechos fundamentales, acceso a la información pública, información clasificada como reservada, prueba de daño, test de proporcionalidad, debida fundamentación y motivación, Robert Alexy.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. A. La prueba de daño. 1. El origen y evolución de la prueba de daño. 2. La prueba de daño es un acto especializado de la debida motivación y fundamentación. 3. El daño presente, probable y específico. 4. La difícil prueba de hacer la prueba de

1 Egresado de la carrera de Abogado y de la Maestría en Derecho por la Escuela Libre de Derecho y doctorando en Derecho por la misma institución.

daño. 5. La prueba de daño en la LGTAIP de 2015 o cómo se dice lo mismo, pero de manera diferente y equivocada. B. El test de proporcionalidad. 1. El test de proporcionalidad de Robert Alexy y cómo se ha explicado en México. 2. La prueba de daño conforme al principio de proporcionalidad.

## INTRODUCCIÓN

Como se refirió previamente, por vez primera en México se reguló en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>2</sup> (LGTAIP, en lo sucesivo) el test de proporcionalidad basado en la metodología ponderativa creada por el alemán Robert Alexy.

Dicha regulación a nivel de una ley general fue por partida doble: por un lado, en la llamada «prueba de daño» –art. 104 LGTAIP– y, por el otro, en la denominada «prueba de interés público» –art. 149 LGTAIP–. En ambos casos, la base de ponderación –entre información pública y reserva por interés público, en el primer caso, y entre información confidencial y publicidad de la información, en el segundo– se hace uso del test de proporcionalidad de Robert Alexy. Lo sorprendente de todo es que, siendo utilizado en dos figuras diferentes dentro de la misma ley, el test ha sido regulado incorrectamente.

Por supuesto, en el presente artículo sólo se atenderá el caso específico de la prueba de daño, dejando en el tintero para ocasión posterior, el supuesto de la prueba de interés público.

En ese sentido, se abordarán, esencialmente, dos grandes temas: qué es la prueba de daño y una explicación del test de proporcionalidad. Ambos rubros conllevarán hacia la convergencia de cómo se aplica el segundo en la primera. Y, se concluirá con una crítica a la forma en que está regulada –incorrectamente– en la LGTAIP.

### A. La prueba de daño

La prueba de daño tiene su origen en una interpretación que el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública –en adelante, el IFAI– hizo a la entonces vigente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental<sup>3</sup> –en lo sucesivo LFTAIPG de 2002–. Posteriormente, tras dicha interpretación administrativa del IFAI se reguló a nivel de normatividad administrativa mediante unos *Lineamientos*, como se verá más adelante. Y no será, tras la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública de febrero de 2014 que, en cumplimiento a dicho mandato constitucional se expidió la LGTAIP en 2015 en la

2 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2015.

3 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002 y abrogada hasta mayo de 2016 con la publicación de la actual Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública –en lo subsecuente LFTAIP de 2016–. No debe confundirse a la LFTAIP de 2016 con la LGTAIP de 2015.

cual se contempló a nivel de ley dicha prueba de daño y, consecuentemente, una de las versiones del test de proporcionalidad.

### 1. El origen y evolución de la prueba de daño

En rigor, la prueba de daño no estaba expresamente señalada en la LFTAIPG de 2002, pero se intuyó mediante la interpretación que el IFAI hizo del proemio del artículo 13:

“Artículo 13 (LFTAIPG 2002). Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda...”.<sup>4</sup>

De la lectura de cada fracción del citado precepto se observa que inician con un verbo o «acción de colisión» –comprometer, menoscabar, dañar, poner en riesgo o causar un serio perjuicio–. Esto es, la información será reservada (se negará el acceso a ella por razones de interés público) si causa un daño a algún valor jurídico velado por las distintas causales de reserva previstas en ese artículo 13, por eso hay una colisión. Por ejemplo, si menoscaba o daña la seguridad nacional o la seguridad pública.

Lo anterior, determinó que, a partir del diseño de la LFTAIPG de 2002 se estableciera una división errada entre las causales de reserva que exigían una ponderación –las del artículo 13– y otras causales de reserva de aplicación *ipso iure* –las del artículo 14, las cuales no forman del análisis de este artículo–.

Más allá de lo artificial de la distinción, el IFAI interpretó que las reservas se oponían al derecho de acceso a la información y que, según el caso, habría ocasiones en que la reserva se impondría al acceso y existirían otras ocasiones en que el acceso a la información privaría sobre la reserva. Eso, que no es otra cosa que una ponderación, recibió el nombre de «prueba de daño».

La prueba de daño se reguló normativamente por primera vez en los ya referido *Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal* –en adelante, los Lineamientos– que fueron expedidos por el IFAI, con la desventaja que sólo eran aplicables a la Administración Pública Federal<sup>5</sup>. No obstante, los *Lineamientos* han aportado un sinnúmero de soluciones a aspectos y temas no previstos en la Ley y que han sido recuperados en la LGTAIP de 2015, en la LFTAIP de 2016 y en diversos Lineamientos emitidos por el Sistema Nacional de Transparencia –en lo sucesivo, el SNT–. Y la prueba de daño no es una excepción, pues los *Lineamientos* del IFAI señalaban al respecto:

“Octavo.- Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho

4 El subrayado es nuestro.

5 Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de agosto de 2003.

artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información **causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados** por dicho precepto.

Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en los artículos 14 y 18 de la Ley, bastará con que la misma se encuadre en alguno de los supuestos a que se refieren dichos artículos.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, deberá cumplirse con lo dispuesto por los lineamientos quinto y sexto”.<sup>6</sup>

Este numeral de los *Lineamientos* aportó criterios objetivos para circunscribir el daño que pudiera ocasionarse a uno de los bienes jurídicamente tutelados por las causales de reserva: que sea presente, probable y específico. No obstante, que el citado lineamiento hacía esa distinción entre las causales de los artículos 13 y 14 de la LFTAIPG de 2002.

Sin importar la distinción, misma que ya ha sido superada por la LGTAIP de 2015, fijó esos criterios objetivos. El daño es «*presente*» cuando al momento mismo de difundir la información como pública se produce o puede producir la afectación al bien jurídico tutelado por la causal de reserva, por ejemplo, la negociación de un tratado internacional o la política monetaria de México. De igual modo, puede explicarse que el daño es «*probable*» porque la divulgación de la información como pública es un incentivo que facilita o incrementa la afectación o elimina barreras de protección al bien jurídico tutelado y que eso no sucedería en caso de negar el acceso. Y, finalmente, se puede aseverar que el daño es «*específico*» cuando la afectación se concreta y particulariza al bien jurídico tutelado en circunstancias de tiempo, modo y lugar, por ejemplo, si se afecta al bien jurídico de seguridad pública al difundir un plano de una cárcel, el daño específico se concreta en una fuga de reos.

Posteriormente, la prueba de daño se contempló en la *Iniciativa* que concluyó en la reforma constitucional de 2007, pero en el texto aprobado de ésta se eliminó la referencia a aquélla.

De modo afortunado, la LGTAIP de 2015 reguló con detalle, aunque con variaciones innecesarias y adiciones confusas, la prueba de daño.

En primer lugar, se dejó en claro que toda reserva colisiona con el derecho de acceso a la información, por ende, siempre se va a ponderar y ese juicio de valoración se hará mediante la prueba de daño:

“Artículo 103 (LGTAIP 2015). 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.

6 El énfasis en negritas es propio.

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.

(...)”.

“Artículo 114 (LGTAIP 2015). Las causales de reserva previstas en el artículo anterior se deberán fundar y motivar, a través de la aplicación de la prueba de daño a la que se hace referencia en el presente Título”.<sup>7</sup>

## **2. La prueba de daño es un acto especializado de la debida motivación y fundamentación**

Desde los inicios de la regulación legal en la materia, la prueba de daño se constituye como una forma particular de acreditar el principio de legalidad como acto de autoridad y como acto de molestia. Y de la lectura de los artículos 103 y 114 de la LGTAIP de 2015, antes transcritos, significa también que, la prueba de daño da cumplimiento al principio de legalidad en la vertiente de fundar y motivar debidamente el acto de autoridad que supone la negativa de acceso a la información. Dicho de otro modo, la prueba de daño es una forma especializada de cumplir lo mandado por el artículo 16 constitucional en torno a los actos de molestia.

Por eso debe insistirse, como ya lo mencionaban los *Lineamientos* del IFAI en esta materia, que no era suficiente que la materia de la solicitud de información se vinculará con alguna de las causales de reserva para que ésta prosperara. Sino que es necesario aplicar ese test para saber si el daño que se pueda causar al valor jurídico tutelado por la reserva tiene un peso específico en el caso concreto para sustentar la restricción al acceso a la información o predomine éste como regla general.

En ese sentido, esta especialización de la debida fundamentación y motivación se desarrolla en la LGTAIP de 2015 de la siguiente manera:

“Artículo 104 (LGTAIP 2015). 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”.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> En el mismo sentido, los artículos 102 y 111 de la LFTAIP de 2016.

<sup>8</sup> Curiosamente, la LFTAIP de 2016 no tiene un reflejo de este precepto. De hecho, cuando alude a la forma de aplicar la prueba de daño, la Ley Federal remite al artículo 104 de la Ley General. Véase el

De igual forma, el sistema interamericano de derechos humanos se manifiesta en ese sentido:

“158. En su sentencia la Corte Interamericana determinó la violación del artículo 8.1 de la Convención. Al respecto, señaló que la negativa del Estado de suministrar la información solicitada en el caso específico se produjo a través del silencio y de la práctica del Estado. La autoridad encargada de suministrar la información no adoptó una decisión escrita en la que explicara las razones y los fundamentos legales para limitar el derecho de acceder a la información de las víctimas.

159. En este sentido, la Relatoría entiende que para que una negativa de entregar información ante una solicitud de una persona pueda considerarse legítima debe ser realizada por escrito. Esto tiende a abolir la práctica constante del silencio o de los rechazos orales.

160. Dicha decisión debe contar con los motivos y los fundamentos legales que permitan la restricción. El Estado debe demostrar y describir todos los elementos necesarios para que una restricción sea legítima en su respuesta. De ninguna manera el rechazo de una solicitud de información se puede basar en la protección del Estado ante la vergüenza que puede acarrear para sus instituciones que se conozca la información de su actuar”.<sup>9 10</sup>

### 3. El daño presente, probable y específico

Las características del daño al que alude la prueba de éste fueron aportadas, como se dijo, por los citados *Lineamientos* del IFAI. Pero no se explicaron cada una de ellas en los *Lineamientos*, tampoco en algún precedente del IFAI, ni la doctrina abonó al respecto. Por ende, reitero mi opinión sobre lo que debe entenderse por las características del daño.

En primer lugar, el «daño» como tal se entiende como una afectación al principio de interés público velado por los bienes jurídicos de cada una de las causales de reserva y dicha afectación se provoca cuando la información se hace pública. Este primer elemento, como bien lo señalan López-Ayllón y Posadas en un artículo ya clásico<sup>11</sup>, es un elemento objetivo.

---

caso del artículo 111 de la LFTAIP de 2016 que hace expresa la remisión a la Ley General.

9 “D. Sistema de restricciones”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, págs. 49-50.

10 El caso al que alude la Relatoría es, nuevamente, el *Claude Reyes y otros v. Chile*, párrafos 121-122, así como los *Principios de Lima* y otros informes de la propia Relatoría como de organizaciones de la sociedad civil que han contabilizado el número de rechazos sin la debida motivación y fundamentación a los pedimentos de información, como el Open Society Justice Initiative. *Transparency & Silence. A survey of Access to Information Laws and practices in 14 countries. Justices in action series*. Y el artículo 8 de la Convención Americana alude a las garantías del proceso.

11 López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, págs. 21-65, en *Derecho Comparado de la Información*.

Y, en segundo término, el daño tiene las siguientes condiciones para que proceda la reserva: que sea «*presente, probable y específico*».<sup>12</sup>

Por lo tanto, me avocaré a explicar mi punto de vista sobre tales condiciones o características de la prueba de daño.

Por «*daño presente*» se comprende que la afectación al interés público<sup>13</sup> se actualizaría desde el primer momento en que la información se da a conocer, es decir, se hace pública. En un sentido negativo, si no se da la información, esto es, si se niega no se actualiza en la realidad el daño. Así, *v. gr.* si se dan los planos de una cárcel se actualiza una fuga de reos.

Por «*daño probable*» se entiende que la afectación al interés público se vuelve más factible que la que acaecería de no darse la información y, por lo tanto, se allana el camino para la afectación del bien jurídico tutelado por la reserva. Así, por ejemplo, la afectación de un envenenamiento o desecación de los pozos e infraestructuras hidráulicas siempre existe la posibilidad de que suceda, pero las probabilidades serán mayores si la información relativa a la ubicación de dichos pozos e infraestructura hidráulica se hace pública, respecto de la misma afectación no propiciada con la entrega de la información concerniente, sino por otros factores. Esta característica permite la distinción entre posibilidad y probabilidad.

Por «*daño específico*» se explica que la afectación al interés público tiene que recaer de forma específica en una causal de reserva y, a la vez, debe expresarse concretamente en una modalidad de afectación. Por eso, no basta que la materia de la información solicitada converja con la materia de la causal de reserva, sino que el daño causado tenga una denominación. A guisa de ejemplo, un daño específico a la seguridad pública es concretamente la fuga de reos de un centro penitenciario, el envenenamiento de los pozos de agua, el superar el estado de fuerza del Estado mediante mayores calibres en armamento o blindaje de vehículos, etcétera.

#### **4. La difícil prueba de hacer la prueba de daño**

Debe reconocerse, por otro lado, que hacer una prueba de daño no es necesariamente una tarea en la que se puede embarcar fácilmente. Presenta dificultades, sobre todo de expresar en forma racional los argumentos que sustentan el daño y las características.

---

Número 9, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007, pp. 235.

12 Es de lamentarse que el artículo de López-Ayllón y Posadas no haya definido tales características.

13 Debe dejarse muy en claro que, la noción que personalmente utilizo de «*interés público*» se refiere a las razones por las cuales de limita temporalmente el acceso a la información y que se expresa en bienes jurídicamente tutelados en las causales de reserva. En suma, el interés público por negar la información.



No ha sido una labor fácil para los Sujetos Obligados y tampoco para los organismos garantes.

López-Ayllón y Posadas en el artículo pionero que abordó el tema de la prueba de daño señalan de manera objetiva dicha dificultad y que, a pesar de que el análisis hecho por ambos autores se da en el contexto de 2007, mucho de lo que se demuestra lamentablemente se mantiene actualmente:

“En la práctica, la aplicación de los criterios de daño ‘presente, probable y específico’ ha resultado ser extremadamente problemática, tanto para las autoridades como para el propio IFAI. Un análisis detallado de los primeros casos presentados ante la institución permite extraer varias conclusiones.

La primera es que las dependencias y entidades normalmente no realizan la prueba de daño, y cuando la hacen tienen serias dificultades en aplicarla y argumentarla. La segunda es que el propio IFAI ha tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios específicos de ‘presente’, ‘probable’ y ‘específico’. La mayor parte de las resoluciones del IFAI en esta materia se limitan a reiterar lo ya establecido en la ley y en los lineamientos (...).

(...)

Una tercera conclusión es que no existe claridad respecto de los efectos de la prueba de daño. Las resoluciones del IFAI vacilan en esta materia pues en ocasiones la falta de la prueba de daño tiene como efecto la revocación inmediata de la clasificación. En otros casos el IFAI suple y realiza en la resolución la prueba de daño. Finalmente, en otra serie de casos el IFAI reclasifica la información, pero omite aplicar la falta de daño. Creemos que este comportamiento un tanto errático se explica tanto por la falta de precisión legislativa y reglamentaria como por la enorme presión que tiene el IFAI de resolver en los tiempos establecidos por la ley un número muy significativo de casos en ausencia completa de precedentes que le permitan orientar su interpretación”.<sup>14</sup>

Y, como se verá un poco más adelante, la situación no ha variado. Con la diferencia que los comentarios antes transcritos fueron vertidos en la importante labor del IFAI y los que más adelante se verterán en el mismo sentido es sobre un INAI ya con experiencia, aunque no con mucha en materia de prueba de daño.

##### **5. La prueba de daño en la LGTAIP de 2015 o cómo se dice lo mismo, pero de manera diferente y equivocada**

Como se ha dicho, era necesario que se regulara la prueba de daño en el texto de la Ley General; sin embargo, dicha regulación hizo variantes y agregó cuestiones innecesarias y mal comprendidas de la teoría de Robert Alexy sobre ponderación.

14 López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, en *Derecho Comparado de la Información*. Número 9, págs. 56-57.



El punto de partida es el análisis del artículo 104 de la LGTAIP de 2015 el cual regula –por fin– legislativamente la prueba de daño:

“Artículo 104 (LGTAIP 2015). 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 primer término, debe señalarse que es un logro que la prueba de daño haya quedado en sede de legislación secundaria. Algo que ya se había manifestado como una necesidad años atrás<sup>15</sup>.

Asimismo, no quedó en cualquier ley, sino que se estableció en la Ley General y, por lo tanto, ante el panorama de leyes locales de acceso a la información en las cuales muchas de ellas carecían de esta figura, se dejó sentado sin género de duda que todo ejercicio de clasificación de reserva de la información amerita una prueba de daño. Tal vez, sea esa una razón para entender el por qué no se reiteró la figura en la LFTAIP de 2016, como sí sucede en la mayoría de las disposiciones de la Ley General.

No obstante, que se haya legislado la prueba de daño no significa que se haya hecho de la manera más adecuada. Véase por qué:

Un punto es el de las características de la prueba de daño que existían en los citados *Lineamientos* del IFAI y cómo quedaron en la LGTAIP de 2015.

Las *variantes* consisten en sustituir el «*daño presente, probable y específico*» por un «*riesgo real, demostrable e identificable*» (art. 104, fr. I, Ley General). En el fondo, son exactamente lo mismo. Tal vez un afán por “*innovar*”, pero daño y riesgo mantienen la misma connotación en la ponderación y ambos se entienden como afectaciones al interés público protegido mediante las causales de reserva y que la afectación se origina en la publicación de la información. Incluso, resulta preferible la voz «*daño*» porque alude a una afectación real y concreta, en tanto que la de «*riesgo*» tiende más a una posibilidad.

Por otro lado, lo que es presente es real –lo pasado y lo futuro ya no son reales–. Un daño o un riesgo que se actualiza es presente y es real, acontece en la realidad en el momento mismo en que se da acceso a la información.

15 El mejor ejemplo de esta necesidad insatisfecha está reflejado en el artículo citado de Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas. Asimismo, dicho artículo analiza los casos de las leyes de acceso a la información de Estados Unidos de América y de Irlanda.

Lo que es probable es demostrable –de ahí que la raíz de «*probable*» sea el sustantivo «*prueba*» que indica la demostración de algo acaecido en la realidad, que existe o ha existido–. El daño/riesgo producido allana el camino de la afectación al interés público y al allanarse o facilitarse demuestra tal afectación.

Y, lo que es específico es identificable –porque mantiene la relación lógica de género a especie e identidad–. Esto es, cuando el daño se concreta es que se identifica.

No obstante, de lo poco que se ha escrito sobre este tema en específico destaca por la calidad de las aportaciones y, precisamente, una de las más actuales en torno a la regulación de la prueba de daño prevista en Ley General de Transparencia disiente de esta sinonimia que personalmente encuentro entre el «*daño presente probable y específico*» y el «*riesgo real, demostrable e identificable*». En ese sentido, Benjamín Alejandro Cervantes Pérez considera que la LGTAIP de 2015 ofrece una mejor regulación de la prueba de daño, pues con anterioridad el proceso era deficiente en buena medida por “... *la vaguedad y la discrecionalidad*”<sup>16</sup> –sin duda alguna y en ello comparto ambas aseveraciones, como ya lo he referido previamente–. Y la crítica al elemento del daño/riesgo la formula Cervantes Pérez del siguiente modo:

“(...) [D]e un análisis sustantivo sobre ese modelo se puede advertir que el examen no contenía una racionalidad suficiente que permitiera demostrar fehacientemente que la decisión que se tomaba fuera la más apropiada. La prueba de daño, a través de esos criterios –entiéndanse, el elemento objetivo del daño con tres condiciones (presente, probable y específico)–, se hacía como una suerte de *check list* para expresar argumentos en favor de un daño presente, probable y específico. Lo anterior se da debido a que los sujetos obligados y órganos garantes han tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios ‘presente’, ‘probable’ y ‘específico’, al tratarse de términos vagos”.<sup>17</sup>

La práctica respalda lo citado y un ejemplo paradigmático es la propia idea que el INAI tiene –o, por lo menos, tenía al inicio de que entró en funciones– sobre la prueba de daño y que se refleja en un documento que envió al Senado de la República en febrero de 2015<sup>18</sup>. El documento referido aborda puntos centrales de la materia de acceso a la información pública y que, sin duda, fueron insumos para el legislador en

16 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “*La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad*”, págs. 49-67, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Centro de Investigación y Docencia Económica, México, julio-diciembre de 2018, pp. 118.

17 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “*La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad*”, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, págs. 59-60.

18 *Documentos relacionados con los 10 puntos que el IFAI entregó al Senado de la República*. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 16 de febrero de 2015, pp.73. El documento puede consultarse en la página electrónica del INAI en esta liga: [https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF](https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF). La consulta fue realizada el 26 de abril de 2020.

la tarea que tenía para crear la LGTAIP de ese mismo año. Los puntos 4 y 5 hablan de la prueba de daño y específicamente este último numeral da tres “*ejemplos*” de lo que es –supuestamente– una prueba de daño: los recursos de revisión RDA 0882/14, RDA 2692/14 y RDA 0233/14.<sup>19</sup>

Y estos ejemplos, que pretendían explicarles a los legisladores qué es una prueba de daño, recaen en esa idea errática de la que hablaban López-Ayllón y Posadas hace 20 años. Tan sólo hágase referencia a uno de eso tres casos, al del recurso de revisión RDA 2692/14.

El caso es contra la negativa de acceso a la información dictada por la Policía Federal en torno a una solicitud que requirió el número total de patrullas con las que opera el ya desaparecido órgano desconcentrado<sup>20</sup>. El Sujeto Obligado en cuestión alegaba de manera general que las labores mantener, garantizar y restablecer el orden y la paz públicos les impedía dar la información solicitada. El organismo garante reiteró la prueba de daño, la cual en resumen se puede decir que:

- Daño presente. El tema de la cantidad y utilización de las patrullas con las que la Policía Federal realiza las funciones que le han sido asignadas y la “... *capacidad operativa de las Instituciones dedicadas a la Seguridad Pública, se ha colocado en primera instancia por parte de la delincuencia organizada, como uno de los aspectos más importantes a considerar, ya que dar a conocer la capacidad operativa...*” (*sic*) de la Policía Federal incrementa las posibilidades de que la delincuencia organizada se equipe más y mejor y se determine el nivel de respuesta de la Policía Federal.
- Daño probable. Se vulnera la realización de las actividades de salvaguarda de la vida, integridad, seguridad y derechos de las personas y el orden y paz públicos y permitiría a la delincuencia organizada desarrollar estrategias para la comisión de delitos.
- Daño específico. Se pone en riesgo la operatividad y reacción de la Policía Federal y el estado de fuerza.

---

Cabe hacer la mención que, aún y cuando el documento habla de “10 puntos”, sólo llega al número 9. Tanto la versión de mi archivo personal como la consulta en línea mantienen el descuido, mismo que radica en el título del documento. No es que falte un tema, sino que sólo eran 9 como consta en el índice, pero en el título pusieron 10.

19 Respectivamente, los recursos correspondieron como Sujetos Obligados a la Presidencia de la República, Policía Federal y Servicio de Administración Tributaria, y como ponencias a la de los Comisionados Joel Salas Suárez, María Patricia Kurczyn Villalobos y Sigrid Arzt Colunga.

20 En 2019 la Policía Federal desapareció y en su lugar se creó la llamada Guardia Nacional, en un proceso desaseado en torno a la transición de ambos desconcentrados. Proceso que personalmente me constó en el ejercicio de mi cargo en el INAI.

Sin duda, hay una idea que flota en los argumentos del Sujeto Obligado y del organismo garante sobre el concepto del «estado de fuerza», entendido como la capacidad táctica, cuantitativa y cualitativa de respuesta en términos de personal, estrategias, operación e instrumentos ante una eventualidad que pone en riesgo la seguridad pública para mantenerla, garantizarla y restablecerla, de ser el caso<sup>21</sup>. Pero las descripciones de cada una de las tres características del daño no corresponden a lo que significa cada una. En suma, la negativa se reduce a: no se puede dar la información sobre el número total de patrullas de la Policía federal porque se arriesgan las libertades de las personas y el orden público. Lo cual no deja de ser cierto, pero esa es la conclusión y aparece como respuesta en los tres rubros.<sup>22</sup>

Lo peor del caso es que se supone se trataba de un ejemplo por medio del cual los legisladores comprendieran qué es la prueba de daño. Tal vez ni eran los mejores ejemplos, ni los más indicados.<sup>23</sup>

Pero al volver a las ideas de Cervantes Pérez, en las que disiente de los significados que tienen los valores del daño/riesgo antes y después de la LGTAIP de 2015, debe señalarse que más adelante el autor alude al «riesgo real, demostrable e identificable», pero no señala la misma falta de racionalidad por la naturaleza vaga, de acuerdo con el mencionado autor, que tienen esos términos. El punto es: si el daño presente, probable y específico son términos caracterizados por la vaguedad, se debería predicar exactamente el mismo cariz al concepto de riesgo real, demostrable e identificable. Y aclaro: no es que Cervantes Pérez considere a este último como racional y objetivo. Y el propio autor lo señala:

“No implica, por el contrario, argumentar individualmente un riesgo real, demostrable e identificable, pues se entraría en la dinámica del viejo estándar de usar argumentos repetitivos en categorías de definición vaga”.<sup>24</sup>

21 Definición propia.

22 En rigor, la prueba de daño debió ser más o menos la siguiente: a) El daño presente es que, al momento de hacer pública la información sobre el número total de patrullas de la Policía Federal, se actualiza la afectación al estado de fuerza –definido como se señala en el párrafo de esta nota al pie de página–; b) El daño probable es que, si bien la delincuencia organizada puede equiparse con armamentos y vehículos que puedan confrontar a las características funcionales de las patrullas, lo es también que de conocerse el número es mucho más probable que la delincuencia organizada al saber esta información incremente, a la vez, su propio estado de fuerza, y adquiera más y mejores vehículos que los que tiene la Policía Federal; lo cual difícilmente sucedería si desconociera este dato numérico; y, c) El daño específico es la afectación a la seguridad jurídica (que es la causal de reserva aplicable) que en forma concreta es la vulneración del estado de fuerza –igualmente definido como se ha hecho– y de modo aún más específico en la capacidad de respuesta, de reacción y de operación numérica de vehículos con los que cuenta la Policía Federal. Y se hubiera concluido como se dijo: todo lo anterior, pone en riesgo el mantenimiento, garantía y restablecimiento del orden público a cuyo resguardo está la Policía Federal frente a la actuación de la delincuencia organizada.

23 Bajo consideraciones de índole política, más allá del error sobre “el 9 y el 10”, la entrega de un documento de esta índole al Senado deja mucho que desear.

24 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, pág. 62.

En realidad, lo que Cervantes Pérez destaca –y en ello estoy de acuerdo– es que, la prueba de daño se complementa con el principio de proporcionalidad, esto es, si sólo nos quedamos con los elementos del daño/riesgo no se demuestra un balance entre el beneficio y/o el perjuicio que implicaría dar acceso a la información o denegarla con una causal de reserva. Dicho de otro modo, el parámetro de la prueba de daño antes de la LGTAIP de 2015 es insuficiente. De ahí la necesidad de incorporarle el «*principio de proporcionalidad*», en torno al cual gira de modo muy adecuado el artículo de Cervantes Pérez.

Por lo tanto, se reconoce la utilidad del daño/riesgo con las condiciones de presente/real, probable/demostrable y específico/identificable, pero si sólo se circunscribe la prueba de daño a esto se genera lo que bien se ha señalado: una incomprensión de parte de los Sujetos Obligados, incluso de los propios organismos garantes, de lo que debe ser un argumento de racionalidad para determinar la relación beneficio-perjuicio entre los principios del acceso a la información pública y del interés público. Para ello, es que la LGTAIP de 2015 agregó, entre otras cosas, el test de proporcionalidad.

Antes de entrar a dicho test, basado evidentemente en Alexy, hay que ver los demás elementos del artículo 104 de la LGTAIP de 2015 en comento.

En la misma fracción I, del artículo 104, se agregó de forma innecesaria a ese daño/riesgo –con las tres características citadas– que «*perjudique significativamente el interés público o la seguridad nacional*». Es innecesario este remate de la fracción I del artículo 104 de la Ley General porque evidentemente si la ponderación indica que la reserva predomina sobre el acceso a la información, es claro que si se publicitara ésta se perjudicaría el interés público. Asimismo, resulta sobrada la referencia a la seguridad nacional, pues es un remanente de la fracción I, apartado “A”, del artículo 6º constitucional, aunque es justificable en cierta medida que apareciera la distinción género-especie en la Constitución, está de más que se reiterara en la Ley General. Y, finalmente, qué criterios pueden utilizarse para que el perjuicio ocasionado al interés público sea o no «*significativo*», este elemento sólo introduce un problema de determinación que, al final de cuentas, siempre será subjetivo.<sup>25</sup>

En cuanto a las *adiciones innecesarias* corresponden a las fracciones II y III del artículo 104 de la Ley General. Debe aclararse que, lo “*innecesario*” radica en una reiteración de conceptos en la fracción II, pues la fracción III –con todo y la crítica que se le hará– aporta un parámetro de racionalidad en la ponderación y que es el principio y test de proporcionalidad. Veámoslo de la siguiente manera:

En el caso de la fracción II, reitera lo que ya dice la fracción I: el daño/riesgo implica que la publicidad de la información lo genera y, por lo tanto, tiene mayor peso especí-

25 De hecho, sobre esta parte in fine de la fracción I del artículo 104 de la LGTAIP de 2015, Cervantes Pérez no abona nada al respecto. Aunque esto es comprensible, pues la materia prima del artículo –por demás, interesante– se ubica más en la fracción III del citado precepto legal: el test de proporcionalidad.

fico aquél sobre el acceso a la información. El daño o riesgo provocado al bien jurídico tutelado por la reserva es mayor que el beneficio que proporciona el acceso. Si en la fracción I el daño/riesgo que es presente/real, probable/demostrable y específico/identificable se acredita, queda claro que la difusión de la información provocará una afectación al interés público.

Pero, además, la fracción II genera una confusión: mientras la fracción I habla de «*interés público*» como la razón para negar el acceso a la información, la fracción II utiliza el mismo concepto de interés público, pero con un sentido deóntico «*permisivo*», es decir, el interés público de divulgar la información. Por fin, ¿en qué quedamos? Interés público por cerrar y/o interés público por abrir en el mismo precepto legal.

En el caso de la fracción III se pretende aplicar el «*test de proporcionalidad*» de Robert Alexy, al exigir que además del daño/riesgo con todas las características ya señaladas, se aplique el «*principio de proporcionalidad*» y, aunque no lo mencione expresamente la fracción en comento, se exigen también los principios de «*necesidad e idoneidad*», de los que habla Alexy<sup>26</sup>. Esto es, el medio menos restrictivo es el medio más idóneo y, por ende, el necesario para ponderar el perjuicio ocasionado, ya sea a la reserva, ya sea al derecho de acceso a la información pública.

Y en esta última fracción concuerdo con Cervantes Pérez al contar con la utilidad de un criterio de racionalidad que refuerce la prueba de daño y que mejor que la propuesta teórica de Robert Alexy con el test de proporcionalidad. Sin embargo, la regulación que de aquél hizo la LGTAIP de 2015 aborda mal el test.

Pero para ello es necesario explicar la tesis de Alexy sobre la proporcionalidad.

## B. El test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad, junto con la fórmula de peso, es una aportación del jurista alemán Robert Alexy, planteada específicamente en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*<sup>27</sup>, al proponer un método en los llamados casos de «*colisión de principios*», que no de normas jurídicas.

En México y en otros países –como en la natal Alemania de Alexy o en Israel– el test de proporcionalidad ha tenido muchos seguidores y aplicaciones “*tropicalizadas*” como parte de la argumentación dentro del foro jurídico mexicano y la adopción por instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, como ya se mencionó, por primera vez se legisló en la LGTAIP de 2015, mediante las figuras de la prueba de daño y la prueba de interés público.

26 Véase la *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy.

27 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, pp. 607.

## 1. El test de proporcionalidad de Robert Alexy y cómo se ha explicado en México

Al decir de Carlos Bernal Pulido, desde la década de 1980 a la fecha se ha impulsado la necesidad de contar con criterios racionales que, por ende, asumen una naturaleza objetiva, para sustentar la argumentación jurídica, no para obtener la tan ansiada «solución única y correcta», sino la «solución más plausible» en los casos difíciles.<sup>28</sup>

Aunque, como señala el jurista colombiano, no se pretende eliminar el elemento de subjetividad, de entrada, porque eso es imposible:

“La comunidad jurídica no puede pretender eliminar un margen irreductible de discrecionalidad en las valoraciones de la Corte –la Corte Constitucional colombiana–. De este modo, es necesario reconocer que estos criterios no ofrecen una garantía de objetividad. Sin embargo, su función orientadora y valorativa y su contribución a la claridad de la argumentación en un ámbito tan controvertido como la interpretación de la Constitución<sup>29</sup> no deben ser menospreciadas”.<sup>30</sup>

Y uno de esos criterios de racionalidad y, en la medida de lo posible, de objetividad, es el principio de proporcionalidad, una guía utilizada sobre todo por el Tribunal Constitucional federal alemán y que ha sido explicado doctrinalmente por Robert Alexy. A partir de lo cual, ha hecho mella importante en el ámbito dogmático y jurisprudencial de los países de América Latina, incluso de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad ha sido especialmente utilizado en la colisión de principios entre actos del poder público y los derechos fundamentales y en la interpretación constitucional y en el control de convencionalidad.<sup>31</sup>

Ahora bien, a lo largo de este trabajo y acorde con Robert Alexy se pueden dar por sentados los siguientes conceptos que son soporte íntimo del principio de proporcionalidad, a saber: la distinción entre «principios y reglas»; la definición de los primeros en el sentido de que son «mandatos de optimización» sin un «peso específico» acorde a «posibilidades jurídicas y fácticas»; que los «derechos fundamentales» son principios; que el «acceso a la información» es un derecho fundamental en México –a partir de 2014–; que el «interés público de la reserva» también es un principio; y que, entre uno y otro puede darse una «colisión». Por lo que, corresponde ahora explicar esta

28 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 419.

29 En el fondo, en mi opinión, la prueba de daño implica una ponderación de nivel constitucional, pues se tratan de dos principios: uno es un derecho fundamental y otro es un principio constitucional y la función de los organismos garantes es, en muy buena medida, un control constitucional de la parte dogmática de manera específica.

30 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, pág. 63.

31 Véase Bernal Pulido, Carlos. *Op. cit.*, págs. 66 y ss.



«colisión de principios», el «principio de proporcionalidad» y la prueba o «test de ponderación» propuestos por el jurista alemán.

La «colisión de principios», explica Alexy, deben resolverse de manera distinta al «conflicto de reglas»<sup>32</sup>:

“Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”.<sup>33</sup>

Frente a esta colisión, todos los principios tienen el mismo rango en un modo absoluto, pero hay un diferendo de pesos específicos según cada caso concreto. Si a cada principio se le designa con la letra «P», como lo hace Alexy<sup>34</sup>, esa relación absoluta se representaría del siguiente modo:

$$P1 \text{ P } P2 = P2 \text{ P } P1$$

Sin embargo, la colisión se da en casos concretos y, por lo tanto, no puede darse esa igualdad de rangos en términos absolutos:

“La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una ‘relación de precedencia condicionada’. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las ‘condiciones’ bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.<sup>35</sup>

Por lo tanto, la fórmula que expresa la colisión de principios resueltos con una relación de precedencia condicionada es la siguiente, según cada caso y en la que la letra «C»

32 Las reglas son las normas jurídicas y en caso de conflicto una desplaza a la otra bajo tres premisas aplicables: regla superior deroga regla inferior, regla posterior deroga regla anterior y regla especial deroga regla general.

33 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 89.

34 En alemán la voz «principio» en el sentido utilizado por Alexy es «Grundsatz», diverso de la palabra «Anfang» que entiende principio como inicio u origen. Por lo tanto, en alemán la fórmula sería:  $G1 \text{ G } G2 = G2 \text{ G } G1$

La traducción es propia.

35 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 92.

significa las condiciones del caso<sup>36</sup> y, por lo tanto, se da un resultado o resolución que puede simbolizarse con «**R**»<sup>37</sup>:

$$(P1 \text{ P } P2) \text{ C} \rightarrow \text{R}$$

$$(P2 \text{ P } P1) \rightarrow \text{R}$$

Dicho en términos del jurista alemán:

“El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.<sup>38</sup>

Ahora bien, la regla de precedencia condicionada puede ser genérica o básica, pero en muchos casos dependerá de condiciones específicas y que Alexy simboliza con «S» tantas veces como condiciones concretas se den en el caso específico –«S1, S2, S3...»–<sup>39</sup>.

Por ejemplo, Alexy utiliza un fallo del Tribunal Constitucional Alemán federal conocido como el caso «*Lebach*». <sup>40</sup>

El fallo *Lebach*, en síntesis, ofrece una colisión entre los principios de derecho a la imagen o personalidad y la libertad de expresión dentro de un caso concreto sobre una película que alude a una serie de asesinatos de soldados en la población de Lebach, ya a finales de la guerra en 1945, y uno de los condenados en la vida real estaba a punto de concluir la pena de prisión y, por lo tanto, reintegrarse a la sociedad. La transmisión

36 La palabra «condiciones» puede ser referida en alemán con la voz «*Bedingungen*», aunque también puede utilizarse sobre todo para efectos de comparación la palabra «*Verhältnianteil*». De hecho, la doctrina alemana sobre el tema utiliza *Verhältnianteil*. Por lo tanto, en alemán la fórmula sería: (G1 G G2) B ó (G2 G G1) B

La traducción es propia.

Una explicación impecable sobre dicha palabra la aporta Rubén Sánchez Gil y la vincula con la propia traducción de «proporcionalidad» en alemán:

“El vocablo alemán para ‘proporcionalidad’, *Verhältnismässigkeit*, equivale literalmente a ‘moderación (Mässigkeit) de una relación (Verhältnis)’ o sea, el estado o cualidad (sufijo alemán *-keit*– asimilable al hispano *-dad*–) de colocación de una relación en un punto medio, moderado (*mässig*); en todo caso implica la interacción ‘adecuada’, ‘a la medida (mass)’, entre dos objetos”, en “V. Los subprincipios de la proporcionalidad”, pág. 38, en Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pp. 124.

37 La palabra «resolución» como dirimir un conflicto en alemán corresponde a «*Auflösung*». Por lo tanto, en alemán la fórmula sería: (G1 G G2) B → A ó (G2 G G1) B → A

La traducción es propia.

38 *Op. cit.*, pág. 93.

39 Puede considerarse la palabra alemana «*spezifische Bedingungen*» y que pueden simbolizarse con «sBI» y así sucesivamente.

40 BVerfGE 35, 202.

reiterada de la película muchos años después de la tragedia afectaba la posición del preso para reintegrarse a la sociedad alemana.

El Tribunal Constitucional consideró que, sin duda, la libertad de expresión (*P1*) mantenía una relación de precedencia condicionada (*C*) en relación con el derecho a la personalidad o a la imagen en la reinserción social (*P2*), lo que implicaría que *P1* es el principio con mayor peso específico (*P*) y, por lo tanto, así debería resolverse el caso concreto (*R*). Sin embargo, el Tribunal consideró que dicha precedencia sólo era «*básica o genérica*» y, por lo tanto, se admitían excepciones a dicha precedencia básica y que conformaban condiciones específicas (*S*). En el caso concreto, las condiciones específicas fueron: repetición de la película (*S1*), temática sin interés actual (*S2*), se trató de un delito grave (*S3*) y existía un riesgo en la reinserción social del preso (*S4*). Por lo que, se dio precedencia condicionada específica al derecho a la personalidad e imagen (*P2*) con mayor peso específico (*P*) y de ese modo se resolvió (*R*).

Traducido el caso a la fórmula de Alexy se tendría:

$$(P2 \text{ } P \text{ } P1) \text{ } C \text{ } (S1, S2, S3 \text{ y } S4) \rightarrow R^{41}$$

Ahora bien, para realizar esta «ponderación» como un método racional para obtener una solución plausible –no así, correcta–, Alexy utiliza el «principio de proporcionalidad»:

“Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la publicidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica a aquélla” (*sic*)<sup>42 43</sup>.

Puede expresarse que el principio de proporcionalidad establece una relación de satisfacción/afectación inversamente proporcional:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>44</sup>

Sin embargo, debe tenerse cuidado de comprender el principio de proporcionalidad –en sentido amplio–, tal como se ha malentendido como: según el cual, dentro de una colisión de principios, la satisfacción de uno de ellos es inversamente proporcional a la insatisfacción del otro. Esta idea errada de la proporcionalidad *lato sensu* llevaría al extremo de satisfacer al cien por ciento un principio y dejar absolutamente insatisfecho al otro principio colisionado. Eso llevaría a romper la naturaleza de los principios,

41 Bajo los valores en idioma alemán, la fórmula sería la siguiente: (*G2 G G1*) *B* (*sB1, sB2, sB3 und sB4*) → *A*

42 Tal vez un error de traducción, en realidad la parte final debería decir “... y ésta implica a aquél”.

43 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 111.

44 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 529.

pues entre ellos hay precedencia condicionada y no desplazamiento que los invalide –como sí sucede esto último en las reglas o normas jurídicas–.

Por esa razón, es que Alexy considera que a la máxima de proporcionalidad se le incorporan «tres máximas parciales o subprincipios»:

“Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación<sup>45</sup>, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.<sup>46</sup>

Los subprincipios tienden a relajar lo tajante del sentido amplio del principio de proporcionalidad, esto es, en toda colisión de principios, todos deben quedar satisfechos en alguna u otra medida, aun cuando uno de los principios tenga una precedencia condicionada sobre el otro u otros. Dicho de otro modo, ningún principio debe quedar insatisfecho, aun cuando uno de ellos tenga mayor peso específico que el otro.

Ahora bien, corresponde explicar los tres subprincipios: «*idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*».

El «*subprincipio de idoneidad o de adecuación*» (*Geeignetheit*) introduce un elemento en la colisión: la persecución de un fin legítimo constitucional, por el cual se debe alcanzar mediante un medio que sea el *ad hoc*. Dicho de otra manera, la afectación a un principio implica la consecución de otro principio:

“El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio **M** que fue establecido para promover la realización de un principio **Pa**, no fuera idóneo para esto, pero sí perjudicara la realización de **Pb**; entonces, de omitirse **M** no se originarían costos para **Pa** ni para **Pb**, aunque sí los habría para **Pb** de emplearse **M**. Pueden **Pa** y **Pb** ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse **M**; tomados *conjuntamente*, **Pa** y **Pb** prohíben el uso de **M**. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra”.<sup>47</sup>

45 También se ha traducido como «*idoneidad*» y es el término que se utilizará en este trabajo.

46 Alexy, Robert. *Op. cit.*, págs. 111-112.

47 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, traducción de Rubén Sánchez Gil, págs. 1505-1514 en Fernández Segado, Francisco (ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 2294.

El artículo de Alexy aparece también publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 11, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, enero-junio de 2011, pp. 3-14. La consulta del artículo se hizo en la versión electrónica de dicha revista en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Consulta realizada el 27 de abril de 2020.

Tal vez, en términos más vinculados a la recepción jurisprudencial y dogmática mexicana, al decir de Alejandro Nava, la «*idoneidad*» implica que la afectación en uno de los principios colisionados debe satisfacer dos aspectos: el primero, que la afectación tiene un «*fin constitucionalmente válido*» y, el segundo, que «*la afectación es la adecuada*» para obtener ese fin.<sup>48</sup>

En ese sentido, el sistema interamericano de derechos humanos enumera una serie de fines legítimos en términos de la *Convención Americana de Derechos Humanos*:

“151. El artículo 13.2 de la Convención establece como legítimos para determinar una limitación al derecho de acceso a la información la protección de:

- Los derechos o la reputación de los demás;
- Seguridad nacional;
- orden público; y
- salud o moral públicas.

“152. En ese sentido, para poder comprobar que la limitación establecida por un Estado al derecho de acceso a la información es legítima, la información solicitada debe relacionarse con los referidos fines que se desea proteger con la restricción, es decir, su suministro debe ser susceptible de generar un daño a esos bienes jurídicos”.<sup>49</sup>

El «*subprincipio de necesidad*» (*Erforderlichkeit*) alude a la afectación a uno de los principios colisionados como la más benigna, la menos gravosa o la menos lesiva<sup>50</sup> y que no existe otra medida de afectación que mejore la optimización de dicho principio:

“Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven a **Pa** de prácticamente de igual manera, el que intervenga menos intensamente en **Pb**. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio **Pc** afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en **Pb**. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo de paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación”.<sup>51</sup>

48 Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*. Edit. Anthropos, México, 2015, pág. 180.

49 “D. Sistema de restricciones”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, pág. 48.

50 La idea de la medida o afectación menos lesiva proviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la figura de «*least restrictive means*» y es un criterio que se utiliza para analizar leyes atacas de inconstitucionalidad en tanto violenten derechos fundamentales y si dicha afectación es, dentro de un abanico de posibilidades, la menos lesiva. Aunque, con Alexy debe adicionarse que, no sólo se trate de la menos lesiva, sino que se busca un fin constitucionalmente legítimo.

51 Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, pág. 8.

En un sentido más práctico, Sánchez Gil explica que, la afectación a uno de los principios es «*estrictamente indispensable*» para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque es la medida menos gravosa para el principio afectado, entre un conjunto de opciones igualmente idóneas para alcanzar el fin legítimo. O bien, como dice el autor:

“... [N]o existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor”.<sup>52</sup>

El «*subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*» o la «*ley de la ponderación*» (*Verhältnismässigkeit*) como también la llama Alexy, se entiende como sopesar las razones de la afectación de uno de los principios frente a las razones de afectación del otro principio. Un ejercicio de valoración del beneficio/perjuicio entre los principios colisionados, por lo que no es suficiente que la afectación sea la adecuada constitucionalmente, ni que se la menos lesiva en un espectro de opciones. Se requiere entonces que se confronten los principios en el caso concreto:

“La ponderación es el objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar ‘*ley de ponderación*’, la cual dice:

‘*Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro*’.”<sup>53</sup>

En sentido más resumido, Bernal Pulido sintetiza este subprincipio así:

“En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general”.<sup>54</sup>

Dicha ponderación se realiza mediante tres pasos: a) Debe acreditarse el grado de afectación o incumplimiento de uno de los principios colisionados; b) Debe comprobarse la importancia de la realización o satisfacción del otro principio; y, c) Debe argumentarse si la importancia de la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación o incumplimiento del otro principio colisionado.<sup>55</sup>

Asimismo, debe señalarse que la proporcionalidad en sentido estricto atiende a las «*posibilidades jurídicas*» de los principios como mandatos de optimización y la idoneidad y la necesidad atañen a las «*posibilidades fácticas*» de dichos mandatos:

52 Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, pág. 45.

53 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, págs. 8-9.

54 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, pág. 67.

55 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, págs. 9-10.

“La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas.

(...)

(...) En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación –idoneidad– se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las *posibilidades fácticas*. (...) Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que ‘*el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*’ (...)

(...)

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, ya no constituye problema alguno la deducción de la máxima de la *adecuación* [si el medio es el adecuado para la obtención de la finalidad que persigue uno de los principios colisionados, es exigido por ese principio para la optimización de éste] (...).<sup>56</sup>

Esto es explicado de manera más sencilla por Cervantes Pérez:

“Los dos primeros subprincipios, el de idoneidad y el de necesidad, se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas, y a las circunstancias de cada caso concreto. Esta primera etapa del principio de proporcionalidad tiene como objetivo evitar costos evitables. Costos que, no obstante, en muchos casos es inevitable en la colisión de principios, por lo que se hace necesaria una revisión a través del tercer principio: el de la proporcionalidad en sentido estricto”.<sup>57</sup>

Por otro lado, en relación con el último subprincipio, Alexy propone una «*fórmula de peso*» que ayuda a definir el nivel de afectación de uno de los principios y el peso abstracto que se les asigna a los principios. Alexy lo explica mediante una fórmula de algoritmos que no corresponde en este trabajo ser expuesta:

“Esta fórmula es en realidad una fórmula ‘*matemática*’ que nos permite saber cuál principio debe pesar más en un caso concreto justamente cuando ocurre una colisión de principios”.<sup>58</sup>

Gracias a estos subprincipios, la máxima de la proporcionalidad en sentido amplio no se traduce en la idea equivocada de un “*todo o nada*” y es un criterio de racionalidad para resolver casos difíciles, entre ellos, la prueba de daño, conforme la LGTAIP de 2015.

56 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 113-115.

57 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, pág. 57.

58 Díez Gargari, Rodrigo. “*Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte*”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.



Por otra parte, el sistema interamericano de derechos humanos no logra aterrizar adecuadamente el principio de proporcionalidad y, las veces lo confunde con el principio de necesidad.<sup>59</sup>

Ahora bien, el «*principio de proporcionalidad*» ha sido recibido en el Derecho mexicano, específicamente en las decisiones del Poder Judicial de la Federación, específicamente, en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en los casos en que hay afectaciones legislativas a derechos fundamentales.

No es intención de este trabajo abordar cómo ha evolucionado la recepción del principio de proporcionalidad en México<sup>60</sup>, pero sí señalar los principales criterios jurisprudenciales emitidos en torno a él. Ha sido un proceso lento, confuso –en el que se define idoneidad como necesidad y viceversa<sup>61</sup>–, aunque actualmente ya se ha comprendido conforme a las líneas teóricas de Robert Alexy.

El primer caso en el que se abordó la proporcionalidad en el quehacer jurisdiccional mexicano fue el Amparo en Revisión 988/2004<sup>62</sup>.

El test de proporcionalidad ha sido abordado por la Corte en tres etapas. La primera tiene que ver con el subprincipio de idoneidad, en lo que hace a la finalidad legítimamente constitucional y que sea la adecuada para lograr dicha finalidad:

Sobre la siguiente tesis aislada puede rescatarse en torno a la prueba de daño que, los derechos fundamentales y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales –como el interés público– son principios y pueden colisionar. Es decir, son fines legítimamente constitucionales:

59 Véase “D. Sistema de restricciones; 3. Necesidad de una sociedad democrática: evaluación de proporcionalidad”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, págs. 48-49.

60 Dos artículos excelentes en torno a la evolución del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son:

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.

Sánchez Gil, Rubén. “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, págs. 471-489, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-diciembre de 2009, pp. 605.

61 Por ejemplo, véase el primer asunto que en la justicia mexicana abordó el principio de proporcionalidad, el Amparo en Revisión 988/2004.

62 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del 29 de septiembre de 2004. Una síntesis del caso es estupendamente explicada en:

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, págs. 79-84.

**PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA.** Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograren algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos (**Amparo en Revisión 237/2014**).<sup>63</sup>

De la siguiente tesis aislada se obtiene la idoneidad de la afectación en relación con la finalidad perseguida:

**SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.** Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas (**Amparo en Revisión 237/2014**).<sup>64</sup>

63 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXVIII/2016, noviembre de 2016, pág. 911.

64 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXX/2016, noviembre de 2016, pág. 914.

En lo relativo al subprincipio de necesidad, la Corte ha determinado como tercera etapa del test de proporcionalidad lo siguiente:

**TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.** Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto (**Amparo en Revisión 237/2014**).<sup>65</sup>

Y, finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación constituye la cuarta etapa del test de proporcionalidad, acorde con la Suprema Corte de Justicia:

**CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.** Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corres-

65 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXV/2016, noviembre de 2016, pág. 902.

ponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido *prima facie* de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio (**Amparo en Revisión 237/2014**).<sup>66</sup>

De todo lo anterior, queda claro que hay tanto apologistas como críticos del principio de proporcionalidad, pero no es el caso abordar esa discusión en el presente trabajo. Más aún cuando dicho principio y el test que supone es obligatorio en la realización de la prueba de daño en la clasificación de la información por motivos de reserva.

## **2. La prueba de daño conforme al principio de proporcionalidad**

Como se ha visto, el artículo 104 de la LGTAIP de 2015 establece la regulación de la prueba de daño. En rigor, puede señalarse que la disposición divide la prueba en dos partes: una, que es propiamente las características del daño (fracción I, art. 104 LGTAIP 2015) y la otra que es el test de proporcionalidad con los tres subprincipios (fracciones II y III, art. 104 LGTAIP 2015).

Sobre la primera parte de la prueba de daño no hay mayor cosa que agregar. Pero sobre la segunda parte, como se dijo, hay reiteraciones que no vienen al caso.

La fracción II del precepto en comento pretende establecer el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es la ley de la ponderación a la que se refiere Alexy:

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

66 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXXII/2016, noviembre de 2016, pág. 894.

Sin embargo, en mi opinión ya consta este subprincipio en la fracción I, en el momento en que se señala que al ponderar la “*divulgación de la información*” y el “*interés público*” –seguridad nacional incluida– se genera un perjuicio –por supuesto, con la eliminación del adjetivo “*significativo*” por innecesario–. Por lo tanto, no se considera que haya sido necesaria la fracción II.

Por lo que hace a la fracción III, se pretende incluir en ella los subprincipios de idoneidad y de necesidad, aunque no de manera adecuada:

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

El principio de idoneidad se presupone surge de la frase “... *se adecua*” y se ha explicado debidamente que tal idoneidad es la exclusión de medios que perjudican a un principio, sin beneficiar al otro con el que colisiona. La pregunta es ¿qué tiene que ver que la limitación sea idónea a la proporcionalidad? Nada, absolutamente nada. Y, además, ¿proporcionalidad en qué sentido, amplio o estricto? Francamente, lo ignoro. Y eso no es todo: bajo la suposición de que las tres fracciones son adecuadas y que la proporcionalidad en sentido estricto sólo se encuentra en la fracción II –y no está implícita en la fracción I–, ¿qué caso tiene referir la proporcionalidad en la fracción III? Si teóricamente, acordes a Alexy, la idoneidad y la necesidad aluden a las posibilidades fácticas y la proporcionalidad en sentido estricto a las posibilidades jurídicas, ¿qué tiene que ver la idoneidad con la proporcionalidad? Incluso, al satisfacer la idoneidad –y la necesidad–, el test de proporcionalidad aún no se cumple, en tanto no se acredite la ley de la ponderación.

Es por eso por lo que he afirmado que, a pesar del esfuerzo de buscar un criterio de racionalidad en el principio proporcionalidad para limitar el acceso a la información, fue planteado de forma errónea.

Ahora bien, por lo que hace al principio de necesidad debe reconocerse que está bien señalado, aunque de informa incompleta. Pues si bien se establece que la afectación sea la menos lesiva, no contempla la otra posibilidad: no existen otras opciones para satisfacer el fin perseguido o las que existen representan afectaciones con un grado de mayor intensidad.

Pero más allá de que esté bien regulado o no el principio de proporcionalidad en la LGTAIP de 2015, el punto que importa es la puesta en práctica de dicho análisis por parte de los Sujetos Obligados y de los organismos garantes. Pues si se había comentado que en la *praxis* la acreditación de las características del daño/riesgo ha sido una tarea realmente difícil de llevar a cabo –por las razones que se quieran–, basta imaginar que los responsables de clasificar la información por causales de reserva tengan que hacer el test de proporcionalidad en términos de la fórmula de peso y la carga de la argumentación, según Robert Alexy.

No es de ninguna manera un menoscabo o una actitud de menosprecio a los talentos y capacidades del servicio público, pero hay que reconocer que el tema no es fácil. Si no

lo era concebir que el daño/riesgo fuera presente/real, probable/demostrable y específico/identificable, qué puede esperarse de hacer el test de proporcionalidad en las cuatro etapas de las que ha hablado ya los precedentes de la Suprema Corte de Justicia.

Piénsese en excluir la fórmula de peso, aun así, no deja de tener dificultades la labor de argumentar los tres subprincipios.

No se deja de reconocer la importancia de reforzar la prueba de daño con el principio de proporcionalidad para limitar racionalmente el derecho de acceso a la información. La relevancia de ello queda perfectamente resumida en la frase de Bernal Pulido: la proporcionalidad es el límite a los límites de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la LGTAIP de 2015 no ofrece una metodología para desarrollar la prueba de daño. Ni siquiera los *Lineamientos* que en materia de clasificación de la información emitió el SNT dan una respuesta satisfactoria. Por ejemplo, se contentan con definir a la prueba de daño sólo en términos de un acto de molestia que debe ser debidamente fundado y motivado y el principio de proporcionalidad en sentido estricto:

“Segundo. Para efectos de los presentes Lineamientos Generales, se entenderá por:  
(...)

XIII. Prueba de daño: La argumentación fundada y motivada que deben realizar los sujetos obligados tendiente a acreditar que la divulgación de información lesiona el interés jurídicamente protegido por la normativa aplicable y que el daño que puede producirse con la publicidad de la información es mayor que el interés de conocerla”.

No obstante, los Lineamientos del SNT hacen un esfuerzo por dar un orden a la prueba de daño, aunque con todo, no se explica cómo ponerla en práctica:

“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”.

De dicha regulación, se suscribe la siguiente reflexión de Cervantes Pérez que con toda certeza señala:

“La aplicación del principio de proporcionalidad mediante la prueba de daño es complicada, ya que en cada etapa del mismo se debe dotar de argumentaciones bastante complejas que satisfagan y comprueben el resultado de cada una de ellas”.<sup>67</sup>

No obstante, el mismo autor propone una metodología que, incluye la fórmula de peso que si bien señala que no es necesaria que aparezca en la respuesta a la solicitud de información, el problema se mantiene: cómo lograr que los Sujetos Obligados y los organismos garantes logren un test de proporcionalidad.

La metodología propuesta por Cervantes Pérez, aunque denota un esfuerzo que pocos han hecho y tiene el mérito de aterrizar el tema en el ámbito del acceso a la información, en realidad reitera en síntesis los subprincipios de Alexy:

“(…)

3) Los pasos de la prueba de daño, respetando el principio de proporcionalidad de la teoría de los principios, que serían:

i) Idoneidad:

- ¿Cuál es el fin para reservar la información y su fundamento?
- ¿Con la reserva de la información es posible alcanzar dicho fin?

ii) Necesidad:

- ¿Existen medios alternativos que puedan garantizar el acceso a la información sin poner en riesgo alguna causa de reserva?

iii) Proporcionalidad:

- ¿Qué tan importante es para el interés público dar a conocer la información solicitada de acuerdo con el contexto del caso?
- ¿Qué tan intenso sería el riesgo a la seguridad nacional (u otras causas) si se divulga la información solicitada?
- ¿La intervención al derecho de acceso a la información está justificada por la importancia del fin que se persigue al reservar la información?

$$P_{1,2} = \frac{I_1}{I_2}$$

67 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, pág. 58.



4) La necesidad de demostrar los resultados en las resoluciones. Es decir, aunque no es recomendable que los cálculos se demuestren en las resoluciones –ya que éstas están dirigidas a los ciudadanos–, es importante, al menos, demostrar las argumentaciones que se vertieron en uno u otro sentido y que hicieron llegar a determinada resolución.

5) Casos ejemplificativos que demuestren la materialización de dicho estándar. Resultaría clarificador el último punto de la propuesta de metodología para la aplicación de la prueba de daño, en la medida en que se ilustraría el tipo de argumentación que debe realizarse en cada etapa de la misma para demostrar el daño en una colisión de principios”.<sup>68</sup>

No obstante, el autor reconoce la dificultad de que las áreas de los Sujetos Obligados hagan la prueba de daño y sugiere que debería recaer dicha responsabilidad en los Comités de Transparencia como una medida que garantizará la racionalidad del test de proporcionalidad. En cierta medida, tiene razón si el tema se aborda desde la práctica y se reconoce un menosprecio de los altos funcionarios por la materia de acceso a la información al encomendar el trabajo a servidores públicos de rangos jerárquicos menores y que, coincidentemente, no cuentan con la formación necesaria para afrontar la hechura de un test de proporcionalidad.

Por otro lado, queda claro que hay una tarea a cargo de los organismos garantes por capacitar a los servidores públicos de los Sujetos Obligados en esta materia nada sencilla. Siempre y cuando, los propios organismos garantes cuenten con las capacidades para desarrollar la prueba de daño, en ello incluyo a los propios integrantes del INAI.

Como la tarea no es fácil existen diversas propuestas de realizar diversos supuestos de clasificación de reserva con causales distintas mediante la prueba de daño. Destaca, indudablemente, el magnífico trabajo desarrollado por la prolífica doctora María Pilar Cousido González, de la Universidad Complutense, quien aporta más de veinte casos prácticos, tanto de España como de diversos países que cuentan con leyes de acceso a la información, como Estados Unidos de América, Reino Unido de la Gran Bretaña e, incluso, México.<sup>69</sup>

### Fuentes consultadas

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, pp. 607.

Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, traducción de Rubén Sánchez Gil, págs. 1505-1514 en Fernández Segado, Francisco (ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 2294.

68 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, págs. 62-64.

69 Cousido González, María Pilar. “5. Test de daños y de interés público para solicitudes de información pública en las Universidades Públicas españolas, según la Ley 19/2013”, págs. 303-438, en Cousido González, María Pilar (coord.) *Libro blanco sobre gestión de oficinas de transparencia: procedimientos y casos de estudio para universidades públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública y Tirant lo Blanch, España, 2016, pp. 513.

Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 11, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, enero-junio de 2011, pp. 3-14.

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 419.

BVerfGE 35, 202, Caso Asesinato de los Soldado de Lebach, Tribunal Constitucional Federal Alemán, 5 de junio de 1973. Consultable en alemán en <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>

Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, págs. 49-67, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Centro de Investigación y Docencia Económica, México, julio-diciembre de 2018, pp. 118.

*Claude Reyes y otros v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, Serie C, número 151, pp. 74. Consultable en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

*Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Consultable en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Cousido González, María Pilar. “5. Test de daños y de interés público para solicitudes de información pública en las Universidades Públicas españolas, según la Ley 19/2013”, págs. 303-438, en Cousido González, María Pilar (coord.) *Libro blanco sobre gestión de oficinas de transparencia: procedimientos y casos de estudio para universidades públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública y Tirant lo Blanch, España, 2016, pp. 513.

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.

*Documentos relacionados con los 10 puntos que el IFAI entregó al Senado de la República*. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 16 de febrero de 2015, pp.73. Consultable en [https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF](https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF).

*Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Diario Oficial de la Federación del 9 de mayo de 2016

*Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, Diario Oficial de la Federación del 11 de junio de 2002

*Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Diario Oficial de la Federación del 4 de mayo de 2015

*Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal*, Diario Oficial de la Federación del 18 de agosto de 2003

*Lineamientos en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas*, Diario Oficial de la Federación del 15 de abril de 2016

López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, págs. 21-65, en *Derecho Comparado de la Información*. Número 9, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007, pp. 235.

Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*. Edit. Anthropos, México, 2015, pp. 368.

Open Society Justice Initiative. *Transparency & Silence. A survey of Access to Information Laws and practices in 14 countries. Justices in action series*. Justice in action series, New York, 2006, pp.190.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, D. C., 2007, pp. 53. Consultable en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/estudio%20especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Principios de Lima*. Consultables en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&lID=2>

Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pp. 124.

Sánchez Gil, Rubén. “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, págs. 471-489, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-diciembre de 2009, pp. 605.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXVIII/2016, noviembre de 2016, pág. 911.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXX/2016, noviembre de 2016, pág. 914.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXV/2016, noviembre de 2016, pág. 902.

*Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXXII/2016, noviembre de 2016, pág. 894.