

LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO Y LA FALTA DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

GREGORIO D. CASTILLO PORRAS*
ROSA MARÍA RIVAS RANGEL**

SÍNTESIS: La exaltación por el test de proporcionalidad del jurista alemán Robert Alexy para objetivar (o eliminar lo mayormente posible la subjetividad) a la ponderación ha hecho que se adopte como criterio de juzgadores, incluso como metodología para decidir establecida en la propia legislación. Esto último es el caso de la Ley General de Transparencia —replificada en la Ley Federal de la misma materia— en México para aparentemente “ponderar” entre mantener la confidencialidad de la información o abrirla públicamente, mediante una figura denominada prueba de interés público.

PALABRAS CLAVE: proporcionalidad, Robert Alexy, ponderación, información pública, confidencialidad.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA PONDERACIÓN. 2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY. 3. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO. 4. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO EN MÉXICO. 5. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO NO PONDERA, SÓLO SIRVE PARA LEVANTAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN. CONCLUSIONES. FUENTES CONSULTADAS.

INTRODUCCIÓN

La confidencialidad es una restricción, límite o excepción constitucional al derecho fundamental de acceso a la información cuando se opone a éste un tema de privacidad y/o protección de datos personales.¹

Como todo acto de autoridad que es restrictivo de un derecho fundamental, la confidencialidad exige una debida fundamentación y motivación acorde con el artículo 16

* Doctor en Derecho egresado de la Escuela Libre de Derecho y Secretario de Estudio y Cuenta en la Ponencia del Ministro Juan Luis González Alcántara.

** Maestra en Derecho de Acceso a la Información egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México y Subdirectora en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

1 A diferencia de la reserva que es la otra excepción constitucional al derecho de acceso a la información pública, pero para que proceda se establecen conductas y materias específicas que tienen en común algo puede denominarse como «*acciones de colisión*»: que la publicidad de la información cause daño, se perjudique un valor jurídicamente tutelado, se altere una cuestión de orden público, etc. En cambio, en la confidencialidad basta la presencia de algún elemento que se incorpore a alguna de las causales que resguardan la privacidad para que proceda.

constitucional². Tal cual así se reguló desde la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002³ y en buena medida se mantiene sin mayores cambios con la legislación vigente establecida en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2015⁴ y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2016.⁵

Para que aplique la confidencialidad basta con una simple «*subsunción*» en términos de silogismo lógico: en el momento que en el caso concreto se actualice alguna de las causales de confidencialidad⁶, se subsumen las premisas fácticas a la hipótesis normativa que, como premisa mayor, sirve para aplicar la solución al caso. Si el caso específico implica que la información contiene datos personales, hay de por medio secretos legales o la información entregada a los Sujetos Obligados fue con el carácter de confidencial con base en un derecho que le otorga esa naturaleza y, además, en cualquiera de los tres supuestos no se trata de una excepción al consentimiento del titular de la información, luego entonces se concluye que esa información está protegida por la confidencialidad. Misma que se asume, a la vez como una limitante constitucional al derecho de acceso a la información y que consiste en la razón genérica de la privacidad.

No hay necesidad de generar otro tipo de argumentación para definir si la información es confidencial o no. Se trata de una mera interpretación, que no de argumentación.

Este método de subsunción se plasmó desde la LFTAIPG de 2002. Sin embargo, antes de la reforma constitucional de 2014, el IFAI empezó con algunos precedentes a resolver bajo una «*lógica del interés público*» para levantar la confidencialidad en aras de un acceso a la información. Posteriormente, derivado de la reforma constitucional de febrero de 2014⁷, al expedirse la LGTAIP de 2015 se contempló en casos excepcionales una llamada «*prueba de interés público*», como un mecanismo aparentemente “*racional*” que legitimara el levantamiento del velo de la confidencialidad a cierta información —particularmente, datos personales— en aras del interés público para dicha información se hiciera pública.

El punto es que el método para desahogar esa prueba de interés público, similar a la prueba de daño en los casos de información reservada, se tiene que hacer mediante el mismo test de proporcionalidad basado en la teoría del alemán Robert Alexy.

2 Que en el caso de la reserva exige una fundamentación y motivación más compleja mediante la llamada prueba de daño y que no es el caso explicar en este artículo.

3 En lo sucesivo, la LFTAIPG de 2002 y que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

4 En adelante, la LGTAIP de 2015 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 mayo de 2015.

5 En lo próximo, la LFTAIP de 2016, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 2016.

6 Causales que se reducen, esencialmente, en las siguientes: datos personales, secretos legales y aquella información que con tal carácter entreguen los particulares a los Sujetos Obligados —específicamente, instituciones públicas—, siempre que dicha determinación proceda.

7 La reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública del 7 de febrero de 2014.

El test de proporcionalidad sustenta un criterio de racionalidad muy útil en la colisión de principios, como lo es el derecho fundamental de acceso a la información y un principio de interés público expresado en causales de reserva. Porque entre ambos principios, cuyo peso específico varía según cada caso y según las posibilidades jurídicas y fácticas, no siempre se ponderará a favor del acceso a la información, ni tampoco se hará lo propio en favor del interés público. Todo dependerá del caso para darle el peso específico a cada uno de esos principios colisionados y, sobre todo, enfáticamente se cumpla con el test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, más la fórmula de peso propuesta por Alexy.

Sin ahondar en el tema, basta decir que la forma en que se “*tropicalizó*” el test de proporcionalidad en México tanto legislativamente como en la aplicación que del mismo hacen los organismos garantes y los Sujetos Obligados. La intención si se logra no deja de ser útil: racionalidad en la medida de lo posible para abrir o cerrar información pública.

Sin embargo, pocos han advertido que ese mismo test de proporcionalidad se exige para el desahogo de la llamada *prueba de interés público*, igualmente “*tropicalizada*”. Aunque de modo afortunado, la legislación actual restringe dicha prueba a cierto tipo de casos para levantar la confidencialidad. Por lo que, la regla general es la simple sub-sunción, con la que estoy plenamente de acuerdo.

Así pues, la prueba de interés público se asume como una “*excepción a la excepción*”, no prevista en la Constitución, sólo a nivel legislativo, mal regulada, mal aplicada y que se lleva a cabo mediante el mismo test de proporcionalidad.

Como se verá a lo largo de este artículo, el test de proporcionalidad con todo lo que ello exige no es adecuado para eliminar la confidencialidad de la «*información privada*», por decirle de alguna manera. Ya con anterioridad a la legislación vigente desde 2015 y 2016, y de manera inusual el entonces IFAI⁸ utilizó ese método de la proporcionalidad para levantar la confidencialidad. Lo inusual radica en que esa “*excepción a la excepción*” no existía en la LFTAIPG de 2002, ni siquiera se previó en 2007⁹. Y con todo y que ahora se contemple en la LGTAIP de 2015 —y, en consecuencia, en el inseparable espejo de la LFTAIP de 2016¹⁰—, tampoco se previó en la reforma constitucional de 2014.

Al respecto, dentro de la poca literatura en torno al tema, destacan las aportaciones del jurista chileno Ignacio Covarrubias Cuevas¹¹ y del jurista colombiano Juan Carlos

8 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública que se creó con la LFTAIPG de 2002 y desapareció con la reforma constitucional de 2014 y, en su lugar, se creó el INAI o Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos personales.

9 En 2007 se reformó de modo importante el artículo 6º constitucional, repositorio del acceso a la información.

10 La LFTAIP de 2016 en gran medida es una reiteración de lo que mandata la LGTAIP de 2015.

11 Covarrubias Cuevas, Ignacio. “*Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*”, págs. 499-541, en *Revista de Derecho*

Upegui Mejía¹², quienes abordan la prueba o test de interés público desde la experiencia en Chile y en México.

Y en ambos casos sostienen una crítica a dicha prueba para levantar la confidencialidad, en buena medida, porque: *a)* el método utilizado es el test de proporcionalidad que resulta inaplicable tal cual exige la doctrina, *b)* la manera “vernácula” con que es desarrollado el test de proporcionalidad por los respectivos organismos garantes y *c)* la falta de racionalidad que reflejan las decisiones tomadas por dichas instancias frente a una exigencia de mera legitimidad para abrir al público la información confidencial.

Por supuesto, la situación entre Chile y México alrededor de la prueba de interés público difiere ligeramente en virtud de que dicha prueba no está legislada en el caso del país sudamericano, no así en la situación mexicana a partir de 2015. Sin embargo, la pulcritud y minuciosidad de ambos autores basadas en cómo resuelven los organismos garantes nacionales son de enorme importancia para entender una crítica que comparto plenamente.

En consecuencia, deberán analizarse o explicarse los siguientes puntos: qué es la prueba de interés público, cuál es el origen en México, es válida la figura sin sustento normativo, la prueba de interés público es sólo para levantar la confidencialidad o también para protegerla, la vinculación indisoluble de la prueba con el test de proporcionalidad y, finalmente, cómo resuelven los organismos garantes mediante esta prueba de interés público.

1. LA PONDERACIÓN

La ponderación es una actividad intelectual que realiza cualquier ser humano para determinar la mayor valía comparativa entre dos o más opciones en una situación conflictual entre dichas opciones.¹³

Dicho de otro modo, bajo una metáfora mucho más gráfica, se sopea en una balanza las ventajas y desventajas, los pros y los contras, de dos o más alternativas respecto de

de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XXXVIII, Valparaíso, primer semestre de 2012, pp. 729.

La revista puede consultarse en línea en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/issue/view/44>. Consulta realizada el 12 de mayo de 2023.

12 Upegui Mejía, Juan Carlos. “Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México”, págs. 35-57, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, 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 Económicas, México, enero-junio de 2018, pp. 134.

13 Definición propia.

una situación concreta en la que dichas opciones se conflictúan y se debe decidir cuál de todas ellas amerita el mayor valor para tomarla como solución a dicho conflicto.

Precisamente, al ser una actividad intelectual humana, la ponderación se ve influida por una carga de factores que pudieran sintetizarse en lo que se llamaría “subjetividad”. Esto es, cada individuo cuenta con un bagaje de circunstancias propias y personales derivadas de la construcción de vida (crianza, valores familiares, creencias religiosas, preferencias políticas, estrato social, ideologías, etcétera). Esa impronta de subjetividad, por mayor que sea el esfuerzo de quien pondera de realizar dicha actividad despojado de aquélla, difícil o imposible es la tarea de despojar a la ponderación de esa carga subjetiva.

La actividad jurídica dedicada a la solución de conflictos se basa en buena medida en ponderar para obtener una respuesta aplicable a los casos concretos en los que se presenta dicha confronta. Pero del mismo modo, la subjetividad es un elemento imposible de cernir por más grande que sea el esfuerzo de objetivar la solución.

En ese sentido, la doctrina y el marco jurídico han intentado establecer metodologías a través de las cuales se procure dotar de una alta dosis de objetividad a la tarea ponderativa. Y en la actualidad se puede considerar como la teoría más relevante en este rubro la del jurista alemán Robert Alexy conocida como el test de proporcionalidad, la cual se expondrá resumidamente a continuación.

2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY

Al decir de 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.¹⁴

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 no deben ser menospreciadas”.¹⁵

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.

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

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 Alexy. A partir de lo cual, ha hecho mella importante en el ámbito dogmático y jurisprudencial de los países de América Latina.

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.¹⁶

Ahora bien, de manera breve puede decirse acorde con Alexy¹⁷ se pueden explicar los siguientes conceptos como el soporte mínimo de la teoría de este jurista alemán:

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; que el «*interés de hacer pública la información confidencial*» también es un principio; y que, entre uno y otro puede darse una «*colisión*».

Lo que realmente debe destacarse es que, para resolver esa colisión de principios —en nuestro caso confidencialidad y publicidad— se establece por Alexy un «*principio de proporcionalidad*» y una prueba o «*test de ponderación*».

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*)^{18 19}.”

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”.²⁰

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

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

17 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, págs. 115-135.

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

19 Alexy. *Op. cit.*, pág. 111.

20 Alexy. *Op. cit.*, pág. 529.

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, 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 adecuación²¹, 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”.²²

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”.²³

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

22 *Op. cit.*, págs. 111-112.

23 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.

Tal vez, en términos más vinculados a la recepción jurisprudencial y dogmática mexicana, al decir de 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.²⁴

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 lesiva²⁵ 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”.²⁶

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”.²⁷

El «*subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*» o la «*ley de la ponderación*» (*Verhältnismässigkeit*) como también la llama Alexy, se entiende como sopesar las

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 12 de mayo de 2023.

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

25 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 atacadas 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.

26 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, pág. 8.

27 Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pág. 45.

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’.²⁸

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”.²⁹

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.³⁰

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:

“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

28 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, págs. 8-9.

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

30 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, págs. 9-10.

de la finalidad que persigue uno de los principios colisionados, es exigido por ese principio para la optimización de éste] (...).³¹

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”.³²

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 artículo 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”.³³

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 interés público, conforme la LG-TAIP de 2015.

3. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO

El punto de partida es entender qué es la «*prueba de interés público*». Covarrubias Cuevas describe a la prueba de interés público en los siguientes términos:

“El test de interés público consiste en un proceso de ponderación entre el ‘*beneficio*’ que reporta el dar a conocer la información solicitada *versus* el ‘*daño*’ que su divulgación generaría en los derechos de las personas. (Si el perjuicio se predica de bienes públicos, como la seguridad o el interés nacional, la operación pasa a llamarse test de daño). Se denomina ‘*test de interés público*’ porque se asume que sólo un interés público predominante justifica traspasar aquella barrera que impide revelar información que se encuentra protegida por los derechos fundamen-

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

32 Cervantes Pérez. *Op. cit.*, pág. 57.

33 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.

tales. De este modo lo ha entendido desde un principio el CT³⁴.³⁵ Igualmente, este organismo ha sostenido que el test de interés público (también el test de daño) es una aplicación del principio de proporcionalidad³⁶.³⁷

Para Upegui Mejía la prueba de interés público es uno de los cuatro métodos que en México se utilizaba para determinar si una información es o no confidencial. Los métodos que menciona son: *i*) Subsunción; *ii*) Ponderación de daños; *iii*) Prueba de interés público; y, *iv*) Test de proporcionalidad.

Por supuesto, no es el caso de explicar cada uno de ellos. Basta con señalar que, al inicio de este artículo se refirió que en rigor desde 2002 hasta antes de 2015 —salvo algunos casos incipientes resueltos por el IFAI— la determinación por la cual una información era confidencialidad radicaba en la simple «subsunción» lógica del caso concreto a la aplicación estricta de ley a éste. Si en el caso específico se actualizaba cualquiera de las causales de confidencialidad, llanamente se aplicaba la ley y se vedaba el acceso a esta información —la cual, *per se*, no es de naturaleza pública—.

Por otro lado, cuando dicho autor colombiano alude a la «ponderación de daños», en realidad se conjunta con el «test de proporcionalidad». Pero el punto que sí debe destacar es la confusión que evidencia entre la prueba de interés público y el test de proporcionalidad como si fueran lo mismo o, peor aún, que ponderar es exactamente hacer un test de proporcionalidad en completitud. Como se verá más adelante, no son exactamente lo mismo como se ha pretendido o como lo han entendido legisladores y organismos garantes³⁸.

No obstante, Upegui Mejía define a la «prueba de interés público» de la siguiente forma:

“Esta metodología parte de dos premisas: aceptar que el conocimiento de cierta información personal puede revestir un interés público, y que una vez que esto ha sido verificado, el caso debe ser entendido como una colisión de derechos. La prueba consiste en aplicar la ponderación a los intereses enfrentados: el interés del particular en mantener la confidencialidad de su información personal y el interés público en su revelación”.³⁹

34 Entiéndase la abreviatura del Consejo para la Transparencia de Chile.

35 Véase la Decisión A115-09 del organismo garante chileno. Las decisiones de esta instancia son consultables en la página de Internet del Consejo: <https://www.consejotransparencia.cl/>

36 Véase la Decisión A45-09 y la Decisión C402-09 del organismo garante chileno.

37 Covarrubias Cuevas, Ignacio. “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, págs. 504-505.

38 Recuérdese como lo comprende el organismo garante chileno y cómo lo (mal) entendió el legislador mexicano.

39 Upegui Mejía, Juan Carlos. “Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México”, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 41.

Como se anotará posteriormente, la prueba de interés público no es comprendida del mismo modo en todos lados. Por ejemplo, Chile en la aplicación práctica por parte del organismo garante ha utilizado la prueba de interés público en dos vías: tanto para publicar información personal como para proteger la confidencialidad. Sin embargo, se verá un poco más adelante.

En consecuencia, definiremos la prueba de interés público estrictamente bajo las condiciones de la legislación mexicana:

«La prueba de interés público en México es un ejercicio de balance o ponderación —en sentido amplio— para determinar que el beneficio que supone la publicidad de una información confidencial —o privada— es mayor que lo que exige el resguardo de ella por razones de interés público».

En ese sentido, en el Derecho mexicano la prueba de interés público está vinculada necesariamente con el test de proporcionalidad, de ahí que se advierta que el uso de la voz «ponderación» es en sentido amplio, equiparable al principio de proporcionalidad *lato sensu*, y no ponderación como el subprincipio de la proporcionalidad que es un solo elemento de todo el test, el cual es llamado por Alexy como la «ley de la ponderación».

Ese balance que implica la prueba sólo tiene una misión: hacer pública información confidencial. Esto es así, bajo la idea de que hay un “interés público” en conocer esa información, a pesar de tener un origen confidencial. Y eso supone un mayor beneficio “común” frente al perjuicio ocasionado al interés “individual” del titular de la información confidencial. Y esto es un punto clave en la crítica a la prueba de interés público: si el resultado en la prueba siempre es que se haga pública la información confidencial, eso de ningún modo es una ponderación. No, por lo menos, en el contexto doctrinal del test de proporcionalidad.

4. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO EN MÉXICO

Definido el concepto para el caso mexicano debe aclararse que la prueba de interés público no estaba regulada normativamente en México. En rigor, desde 2002 hasta 2015, este último año en el que se expide la LGTAIP que la contempla en los artículos 120 y 149, cuyos textos se verán más adelante.⁴⁰

Al decir de López-Ayllón y Posadas, en relación con el contexto de las LFTAIPG de 2002:

“La LAI⁴¹ establece un segundo tipo de información que admite un trato excepcional y que denomina ‘información confidencial’...”

40 Dichos preceptos tienen correlación con los artículos 117 y 155 de la LFTAIP de 2016.

41 Es el acrónimo que los autores utilizaron para la LFTAIPG de 2002.

(...)

(...) Además, su acceso está restringido, no admite prueba de daño y sólo tiene derecho a acceder a ella el titular de la información. Por otro lado, ni del lenguaje de la LAI ni de su interpretación puede desprenderse que la LAI estableció la posibilidad de realizar una prueba de interés público en caso de la información confidencial”.⁴²

Efectivamente, en la LFTAIPG de 2002 no se desprende ni por asomo la posibilidad de interpretar la existencia de una prueba de interés público, menos aún en el artículo 18 de esa ley.

No obstante, como bien señala Upegui Mejía con toda claridad, el IFAI se desentendió del método de determinación de la confidencialidad que le mandaba claramente la Ley de entonces:

“Sin embargo, algunas decisiones del órgano federal de transparencia, entonces IFAI (ahora INAI), adelantaron la ruina de este ideal regulatorio, el cual terminaría por hacer aguas con la inclusión de la prueba de interés público y de la colisión de derechos en la Ley General de Transparencia”.⁴³

Ahora bien, ¿cuál es el marco de subsunción normativa que la LFTAIPG de 2002 establecía para levantar la confidencialidad? El artículo 22 de la Ley señalaba originalmente una lista enunciativa, aunque restringida a los primeros cinco casos:

“Artículo 22 (LFTAIPG 2002). No se requerirá el consentimiento de los individuos para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:

I. Los necesarios para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia médica o la gestión de servicios de salud y no pueda recabarse su autorización;

II. Los necesarios por razones estadísticas, científicas o de interés general previstas en ley, previo procedimiento por el cual no puedan asociarse los datos personales con el individuo a quien se refieran;

III. Cuando se transmitan entre sujetos obligados o entre dependencias y entidades, siempre y cuando los datos se utilicen para el ejercicio de facultades propias de los mismos;

IV. Cuando exista una orden judicial;

V. A terceros cuando se contrate la prestación de un servicio que requiera el tratamiento de datos personales. Dichos terceros no podrán utilizar los datos per-

42 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. 53-54.

43 Upegui Mejía, Juan Carlos. “Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México”, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 37.

sonales para propósitos distintos a aquéllos para los cuales se les hubieren transmitido, y

VI. En los demás casos que establezcan las leyes”.

Este era el texto original que establecía las excepciones para levantar la confidencialidad sólo mediante mera subsunción normativa.

Sin embargo, como diría Upegui Mejía, “*la ruina de ese ideal regulatorio*” no se consiguió con la LGTAIP de 2015. Por sorprendente que sea, fue el propio IFAI como organismo garante el que dio inicio al uso de la prueba de interés público.

El primer caso que desató la inventiva argumentativa del IFAI en este tenor fue la discusión en torno a la confidencialidad que tradicionalmente se había mantenido respecto de las fotografías en los títulos y cédulas profesionales de los servidores públicos y que obraban en los archivos de los Sujetos Obligados como parte del expediente laboral de aquéllos. Esto permitió establecer el Criterio 0005/09 del IFAI, a saber:

Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial. En términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se considera información confidencial los datos personales que requieren el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización. Por su parte, según dispone el artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dato personal es toda aquella información concerniente a una persona física identificada o identificable. En este sentido, las fotografías constituyen la reproducción fiel de las características físicas de una persona en un momento determinado, por lo que representan un instrumento de identificación, proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, las fotografías constituyen datos personales y, como tales, susceptibles de clasificarse con el carácter de confidenciales. En esa tesitura, las fotografías de servidores públicos deben clasificarse con el carácter de confidenciales, considerando que no se advierte la existencia de algún elemento —reflejo del desempeño, idoneidad para ocupar un cargo, entre otros— que justifique su publicidad. Lo anterior es así, salvo en aquellos casos en los que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión.⁴⁴

44 Expedientes:

1730/07 Procuraduría Federal de Protección al Ambiente – Alonso Lujambio Irazábal
4358/08 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública – Alonso Lujambio Irazábal
1180/09 Secretaría de la Función Pública – Jacqueline Peschard Mariscal
1393/09 Secretaría de Energía – Alonso Gómez-Robledo V.
1844/09 Servicio de Administración Tributaria – Jacqueline Peschard Mariscal

Como anécdota en la discusión de estos casos, el Comisionado Alonso Lujambio señaló: “Los diputados nos dan la foto, pero nos ven la cara”, como argumento a la intrascendencia de la foto en la rendición de cuentas. La anécdota está vertida en: Velasco C., Elizabeth. “*No es obligatorio publicar las fotos de los funcionarios: IFAI*”, en *La Jornada*, México, 8 de septiembre de 2005. Se puede consultar en: <https://>

En buena medida, el argumento es plausible, aunque general. No especificó casos concretos en los que fuera posible quitarles la confidencialidad a las fotografías, a pesar de que el criterio en comento cerró con la frase de algún tratamiento singular en casos específicos⁴⁵. Pero además de ser un razonamiento plausible, se suma si el documento en el que reposa la fotografía se realizó con independencia a la calidad de servidor público —entiéndase la cédula o el título profesional—. Esto determinó reforzar la confidencialidad de la fotografía de servidores públicos en documentos públicos, conforme a los Criterios 002/10 y 006/10 del IFAI:

Cédula profesional de servidores públicos, documento susceptible de versión pública. Considerando que la cédula profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con la autorización para ejercer la profesión indicada en la misma, a través del conocimiento de algunos de los datos ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendado. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con la cédula profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía, clave única de registro de población y firma.⁴⁶

Título profesional, documento susceptible de versión pública. Considerando que el título profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con el nivel académico determinado, es posible afirmar que a través del conocimiento de algunos de los datos personales ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendado. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con el título profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía.⁴⁷

www.jornada.com.mx/2005/09/08/index.php?section=politica&article=010n2pol. Consulta realizada el 12 de mayo de 2023.

45 Piénsese, por ejemplo, en la fotografía que se encuentra en la identificación del servidor público y que lo acredita como tal y perteneciente a un Sujeto Obligado en concreto.

46 Expedientes:

3100/08 Secretaría del Trabajo y Previsión Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

3132/09 Servicio Postal Mexicano – Ángel Trinidad Zaldívar

3258/09 Hospital General de México – Ángel Trinidad Zaldívar

3703/09 Administración Portuaria Integral de Altamira, S. A. de C. V. – María Marván Laborde

3708/09 Administración Portuaria Integral de Salina Cruz, S. A. de C. V. – Ángel Trinidad Zaldívar

47 Expedientes:

0720/07 Secretaría de Educación Pública – Alonso Lujambio Irazábal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

2794/07 Secretaría de Desarrollo Social – Juan Pablo Guerrero Amparán

3100/08 Secretaría del Trabajo y Previsión Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

Hasta aquí todo iba bien. Los criterios eran retomados al pie de la letra. Pero en el expediente 6030/09, de la ponencia del entonces Comisionado Ángel Trinidad Zaldívar, relacionado con los nombres de los contribuyentes cuyos adeudos fiscales fueron condonados, se estableció —como dirían Issa Luna Plá y Gabriela Ríos Granados— «*el primer precedente del IFAI*» en la materia⁴⁸.

Debe advertirse que, si bien se utilizó el concepto de interés público no se desarrolló un test de proporcionalidad. Y cabe advertir que, de acuerdo con la LFTAIPG de 2002 lo que se alegó fue reserva por secreto fiscal, más que cuestiones de confidencialidad. Eso implicó que sobre confidencialidad no se vertiera algún criterio.

Por ello, precisamente, con el tema de las fotografías en cédulas y títulos profesionales —ya sin importar la calidad del titular, haya sido particular o un servidor público—, se dio marcha atrás a los criterios antes señalados y, puede decirse que, en materia de confidencialidad, por primera y única vez en la historia del IFAI, hubo una contradicción de criterios, que lamentablemente no fue resuelta ni tampoco debidamente conformada.

Así, se emitió el Criterio 032/10 del IFAI:

La fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial. El artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que se considerará como información confidencial los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos que la misma señale. En el caso de la fotografía contenida en un título o cédula profesional, ésta no es susceptible

4275/08 Instituto Mexicano del Seguro Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

1393/09 Secretaría de Energía – Alonso Gómez-Robledo V. con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

48 En un artículo estupendo Issa Luna Gabriela Ríos Granados develaron la torpeza del Servicio de Administración Tributaria —SAT— que en 2009 publicó nombres de deudores del fisco y cuando se le solicitó la información vía la LFTAIPG de 2002, la reservó en totalidad. Y describen las circunstancias particulares del caso.

Véase, Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. “*El secreto fiscal y el IFAI: El primer precedente de apertura por causa de interés público en México*”, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Palermo (Argentina), Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Fundación Konrad Adenauer, México, julio-diciembre de 2010, págs. 187.

Posteriormente, las autoras han expandido las reflexiones de dicho artículo en los siguientes textos:

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *ABC del secreto de los deudores fiscales*. Cuadernos de Transparencia, Número 20, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, pp. 53.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. “*Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años*”, en *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Número 77, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, pp. 84.

de clasificarse con el carácter de confidencial, no obstante ser un dato personal, *en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia*⁴⁹. Lo anterior es así, en virtud de que en el momento en que una persona se somete a un registro fotográfico con el objetivo de recibir una identificación oficial como profesionista, consiente que la imagen de su rostro sea, a partir de la generación de un documento gubernamental, asociada con su nombre y con la profesión a desempeñar, para fines de identificación y acreditación ante el público.⁵⁰

Y he mencionado que la contradicción no se formó adecuadamente debido a que sólo hubo dos precedentes contra los cinco que anteriormente sostenían la confidencialidad. Aunque posteriormente, se emitió el Criterio 1/13 del IFAI que completó los cinco precedentes que se necesitaban⁵¹.

Sin embargo, lo destacable es que el criterio primigenio menciona por primera vez las «razones de interés público» para revelar la confidencialidad, a pesar de lo explícito de la fracción II, del artículo 18, de la LFTAIPG de 2002.⁵²

49 Este énfasis en cursivas es propio.

50 Expedientes:

1655/10 Registro Agrario Nacional – Ángel Trinidad Zaldívar

2873/10 Instituto Mexicano del Seguro Social – María Elena Pérez-Jaén Zermeño

Contradicción de criterio. Criterio/002-10

51 Fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial. La fotografía contenida en un título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con el carácter de confidencial, en términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, no obstante ser un dato personal, en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia. Lo anterior es así, ya que en el momento en que una persona se somete a un registro fotográfico con el objetivo de recibir una identificación oficial que lo avala como profesionista, consiente que tanto la imagen de su rostro como su nombre y profesión, sean elementos de acreditación e identificación frente a terceros.

Resoluciones:

RDA 3142/12. Interpuesto en contra del Fondo de Capitalización e Inversión del Sector Rural. Comisionada Ponente Jacqueline Peschard Mariscal

RDA 2828/12. Interpuesto en contra de la Comisión Nacional del Agua. Comisionado Ponente Ángel Trinidad Zaldívar

RDA 2178/12. Interpuesto en contra de la Comisión Nacional del Agua. Comisionado Ponente Ángel Trinidad Zaldívar

2168/11. Interpuesto en contra del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Comisionada Ponente María Elena Pérez-Jaén Zermeño

0751/11. Interpuesto en contra de la Procuraduría Federal del Consumidor. Comisionada Ponente Sigrid Arzt Colunga

Dicho precedente fue ratificado ya por el INA en Criterio 13/15.

52 Sin perjuicio de que se haya usado con antelación en el expediente 6030/09 y sin quitarle mérito a la labor impecable que tuvo como Comisionado, Ángel Trinidad.

Con base en lo anterior, es válida la pregunta relativa a la constitucionalidad o ilegalidad de la prueba de interés público aplicada por el IFAI, sin dejar de reconocer una construcción plausible en torno a la idea de «*interés público*» —ya sea para conocer la identidad fotográfica de los servidores públicos o los nombres de contribuyentes beneficiados por la condonación de créditos fiscales—.

Tal como le mencionan tanto Covarrubias Cuevas como Upegui Mejía, ni en Chile, ni en México —por lo menos, hasta antes de 2015— no hay fundamento jurídico para la prueba de interés público.

Por ende, un problema específico es la fundamentación de la prueba de interés público:

“La primera pregunta es si el referido test [de interés público] posee sustento normativo en la *Ley de Transparencia*. La respuesta será negativa, a luz del texto, contexto e historia fidedigna del establecimiento de dicho cuerpo legal”.⁵³

“Al emplear estas opciones [la prueba de interés público], el órgano de transparencia [el IFAI] se enfrentaba con dos problemas: la fundamentación de su competencia para exceptuar la confidencialidad, y la fundamentación material de la publicidad de la información personal en ausencia de un mandato legal específico”.⁵⁴

No sólo es saber cuál es el fundamento normativo, sino cuál es la argumentación para acreditar el interés público.

Desde mi punto de vista, con todo y lo benevolente que pudiera significar la aplicación de la prueba de interés público, aunque parezca ortodoxia jurídica, no hay fundamento constitucional, ni legal a la actuación del IFAI en ese sentido. No se niegan los efectos benéficos que trae aparejados dicha prueba, pero se tenía que contar con un soporte jurídico.

El tema, sin duda, es debatible. Ahora bien, ¿qué razonamientos utilizó el organismo garante para ir en contra de un precepto legal expreso? El argumento, aunque plausible, artificialmente trata de convertir el tema en una «*aparente colisión de derechos*» derivada de la i“*propia Constitución*”! Habida cuenta de que los precedentes sobre créditos fiscales y fotografías en títulos y cédulas profesionales se dieron posterior a la reforma de 2007 al artículo 6º constitucional. Recuérdese que se establecieron en las dos primeras fracciones los límites al acceso a la información: razones de interés público, la vida privada y los datos personales.

Sin embargo, la fracción II del artículo 6º constitucional —cuyo texto sigue vigente a la fecha— establece desde 2007:

53 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 500.

54 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 36.

“La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y *con las excepciones que fijan las leyes*”.⁵⁵

A pesar de que la traducción sobre “*las excepciones que fijan las leyes*”, se entienda como las excepciones a la confidencialidad de los artículos 18, *in fine*, y 22 de la LFTAIPG de 2002, mismas que ya hemos visto y analizado. Y dentro de esas “*excepciones que ha fijado la ley*” no se encuentra la prueba de interés público.

A pesar de ello, la aplicación de dicha prueba se basó en algo que Upegui Mejía señala con exactitud: una «*supuesta lectura constitucional*»:

“La principal estrategia empleada por el órgano de transparencia para resolver el primero de los problemas [el fundamento normativo] fue la introducción de una lectura constitucional del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esta lectura se concreta en la idea (recurrente) de que este tipo de casos es mejor entendido como una ‘colisión de derechos fundamentales’ y no como uno sujeto a la aplicación estricta de la ley...”⁵⁶

Dicho de otra forma, se estimó que hay un derecho fundamental de acceso a la información (artículo 6º, fr. I, constitucional, en 2007) frente a un derecho fundamental de protección de datos personales (artículo 60, fr. II, constitucional, en 2007), que origina una colisión. El problema, según los precedentes del IFAI, está en la Constitución y partir de ella se debe resolver mediante una prueba de interés público y, por lo tanto, el problema no radica en la LFTAIPG de 2002. Se trata, pues, de elevar el discurso a nivel constitucional.

Y al adelantar un poco la crítica, el IFAI no comprendió que la colisión de derechos fundamentales es una colisión de principios, la cual debe darse en un ámbito constitucional y no en una reyerta entre preceptos jurídicos de una ley. Es decir, en el debate sobre levantar la confidencialidad de una información habida cuenta de que existen las excepciones legales, la norma jurídica se aplica tajantemente: es un caso excepcional previsto en los artículos 18 y 22 de la LFTAIPG de 2002, entonces se levanta la confidencialidad o bien, no es ninguno de estos casos y el supuesto recae en algunas de las causales de confidencialidad, esa información se protege del escrutinio público.

Pero no fue así. Se pensaba que se trataba de un caso de colisión de principios, en este caso derechos fundamentales, en los que no hay una medida exacta de precedencia de uno sobre el otro. Y, por lo tanto, se requería de un parámetro de racionalidad para resolver, no en un sentido o en otro, sólo en el sentido de hacer pública información confidencial.

55 El énfasis en cursivas es propio.

56 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 37.

Y así, con los antecedentes referidos, el IFAI continuó resolviendo excepcionalmente algunos casos a través del parámetro de la prueba de interés público. Casos indudablemente de trascendencia y gravedad, como los expedientes clínicos⁵⁷ de los fallecidos en el penal del “*Altiplano*” o el de militares condenados penalmente por delitos contra la salud⁵⁸, entre muchos otros.

El tema es debatible: ¿el IFAI podía hacer esa prueba de interés público sin fundamento normativo? Mi opinión es que no, porque había norma expresa que fijaba las excepciones a la confidencialidad y porque no se trataba en realidad de una colisión de principios, ni de derechos fundamentales. Sin embargo, no deja de resultar interesante esa labor argumentativa.

Bajo el supuesto de que es viable la prueba de interés público por parte del IFAI bajo un presunto fundamento constitucional sostenido por una colisión de derechos fundamentales, no zanja el otro problema al que se refería Upegui Mejía: ¿cuál es el fundamento material que sirve de argumento para decir que una información confidencial es pública, a pesar de que no está contemplada en las excepciones que marca la ley?

“Asimismo, el concepto de interés público será la clave para resolver el problema de la fundamentación material de la publicidad de la información personal ante la ausencia de un mandato legal específico”.⁵⁹

Esto es, si el valor del «*interés público*» por conocer una información confidencial es mayor al interés privado del titular de esa información por mantenerla a resguardo, la conclusión indefectible es que esa información se vuelve pública. Adicionalmente, se puede condimentar el concepto en comentario con cuestiones de «*pasado o verdad histórica*»⁶⁰ en una franca oposición a otro concepto igualmente debatible como lo es el «*derecho al olvido*».

57 Los expedientes clínicos representaron durante mucho tiempo uno de los campos de batalla del IFAI frente a las instituciones de salud, públicas y privadas, en torno a la titularidad de éste. El criterio que prevalece y que en mi opinión es el adecuado es que el expediente clínico corresponde al paciente por un tema de datos personales. Sin embargo, en la resolución 3751/09, cuya ponente fue la entonces Comisionada María Marván Laborde se optó por hacer información pública los expedientes clínicos de las personas que fueron ejecutadas extrajudicialmente en el Centro Federal de Readaptación Social No. 1, mejor conocido como el *Altiplano*.

58 Véase la resolución 5084/10, cuya ponente fue la entonces Comisionada Jacqueline Peschard Mariscal. La regla general indica que el nombre de personas condenadas debe ser confidencial en vista a que el castigo social ya se ha ejecutado con el cumplimiento de la pena y no debe existir un escarnio posterior que dificulte la inserción social. Sin embargo, con este precedente se determinó que, las condiciones particulares de que los condenados fueran militares y los delitos por los que purgaban una pena de prisión eran contra la salud, exigía el interés público revelar la información confidencialidad.

59 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 39.

60 Véanse los expedientes 412/06 y 413/06 acumulados y 522/06, de la ponencia del entonces Comisionado Alonso Lujambio Irazábal. Los dos primeros aluden a la vida privada de Octavio Paz y Elena Garro y el último a personas fallecidas durante la llamada “*Guerra Sucia*”, mejor dicho, los movimientos sociales de 1968 y 1972 en México.

Esta fundamentación material a través del concepto de «*interés público*», al decir de Upegui Mejía se basa en tres argumentos perfectamente distinguidos por el autor⁶¹:

“[E]l *teleológico*, según el cual la información personal debe darse a la publicidad si contribuye a la realización de la transparencia y la rendición de cuentas; el *originalista*, de acuerdo con el cual el propio constituyente, al introducir la reforma al artículo 6º constitucional, había previsto que *fuera de las excepciones a la confidencialidad expresamente previstas en las leyes, determinados datos personales son susceptibles de divulgación si: 1) cuentan con un valor público y 2) las autoridades competentes realizan una cuidadosa ponderación que justifique [su] divulgación*’, y, finalmente, el argumento *pragmático*, acerca de una cierta necesidad de resolver ‘*la colisión*’ entre los derechos al acceso a la información pública y la protección de datos, cuando se presentan ‘*casos frontera*’ en donde es ‘*difícil discernir... cuándo termina uno y comienza el otro... o en qué supuestos debe ceder uno frente al otro*’.”⁶²

Ahora bien, el doble problema identificado por el jurista colombiano en apariencia está resuelto actualmente. El problema de la fundamentación normativa ya no es motivo de preocupación: el INAI puede realizar la prueba de interés público porque está establecida como una excepción adicional a la confidencialidad en la LGTAIP de 2015. Y el problema de la fundamentación material también, en el sentido de que la propia LGTAIP de 2015 estableció, más allá del interés público, el método del test de proporcionalidad en los términos de la teoría de Alexy.

Aunque se hayan aparentemente resuelto ambos problemas, esto no significa que se ha superado la prueba de interés público, tal como se verá más adelante.

5. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO NO PONDERA, SÓLO SIRVE PARA LEVANTAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

Una cosa curiosa que resalta en este ejercicio comparativo es la siguiente: en Chile la prueba de interés público como lo ha aplicado el organismo garante es tanto para hacer pública información privada como para confirmar la confidencialidad de esa información⁶³. En tanto, en México como se empezó a resolver en el IFAI, ratificada

61 Los argumentos muy bien sistematizados que identifica el autor provienen de la interpretación que hizo a las resoluciones del IFAI: 6030/09 (sobre los nombres de contribuyentes a los que el SAT les condonó los créditos fiscales) y RDA 4638/12 (sobre los resultados de la evaluación de los maestros de primaria), ambos de Ángel Trinidad Zaldívar.

62 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, págs. 42-43.

63 “...el modo en que el Consejo para la Transparencia ha aplicado el test de interés público, uno de los instrumentos que ha concebido para delimitar la transparencia pública (y el derecho de acceso a la información) con el derecho a la vida privada”, en Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, 500. De hecho, el jurista chileno respalda esta situación dual en casos resueltos por el organismo garante mediante esta prueba de interés público, pero a favor de la confidencialidad: por ejemplo, del recuento del voto en las elecciones nacionales y provisionales de la Central Unitaria de Trabajadores (Decisión

esa forma en la LGTAIP de 2015 y cómo está resolviendo el INAI, la prueba de interés público está destinada a hacer pública información que es confidencial.

Y es, precisamente, esta última modalidad la que define la inutilidad o falacia con la que se desvirtúa el test de proporcionalidad para levantar la confidencialidad de una información personal.

Superada la preocupación por la falta de fundamentos normativo y material de la prueba de interés público y el sentido de una o doble vía que tiene, es pertinente conocer cómo se legisló en México.

Ya se había comentado las excepciones a la confidencialidad que contenía la LFTAIPG de 2002, mismas que se mantienen, pero que la LGTAIP de 2015 adicionó precisamente la prueba de interés público:

“Artículo 120 (LGTAIPG 2015). Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información.

No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:

I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;

II. Por ley tenga el carácter de pública;

III. Exista una orden judicial;

IV. *Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, o*

V. Cuando se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos.

*Para efectos de la fracción IV del presente artículo, el organismo garante deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información”.*⁶⁴

Esto significa, que la prueba de interés público: *i*) está destinada a hacer pública la información confidencial; o sea, no se permite el doble vía que incluya proteger la confidencialidad; *ii*) sólo procede en tres supuestos: seguridad nacional, salubridad general y protección de derechos de terceros; y, *iii*) debe llevarse a cabo un ejercicio de

A244-09) o de las evaluaciones psicológicas de los participantes —ganadores o no— en un concurso para ocupar una plaza del servicio civil de carrera (Decisión A90-09).

Véase también la misma obra de Covarrubias Cuevas en las páginas 507-511.

64 El énfasis en cursivas es propio. Este precepto tiene correlativo con el artículo 117 de la LFTAIP de 2016.

ponderación que, en términos teóricos, coincide estrictamente con la «*ley de ponderación*» o «*subprincipio de proporcionalidad*» de Alexy.

Sobre el primer elemento no hay mucho que decir, aunque lo que se diga es trascendental: si la finalidad de la prueba es siempre «*levantar la confidencialidad*», entonces el test de proporcionalidad —el tercer elemento— no sirve para tales propósitos porque dicho test pretende ser casuístico, dotar de peso específico a unos principios que colisionan y no establece reglas generales —como la de obtener siempre el levantamiento de la confidencialidad—.

Respecto al segundo elemento relativo al concepto de «*seguridad nacional*» se da por sentado al ser un término cuya explicación excedería los límites de este artículo.

Y en relación con el tercer elemento, que radica en la fundamentación material en el test de proporcionalidad. Sin embargo, presenta problemas esa regulación de dicho elemento.

Primero, el test de proporcionalidad no era necesariamente la fundamentación material que utilizaba el IFAI, éste sencillamente ponderaba entre el mayor beneficio que implicaba publicitar la información confidencial frente al valor del interés particular del titular de esa información por mantenerla fuera de la vista de los demás. Pero, con la LGTAIP de 2015 se pretendió resolver el problema de la fundamentación material: ¿cuál es la base de la prueba de interés público? El legislador⁶⁵ consideró que el método “*de moda*” en la argumentación jurídica era y es el test de proporcionalidad.

En segundo término, en buena medida, los ejercicios previos que realizó el IFAI se basaron en una tesis aislada de un Tribunal de Circuito en el que se utilizó el test de proporcionalidad, que nada tenía que ver con el fondo de los asuntos resueltos por el organismo garante y en dicha tesis no se explica cómo debe llevarse a cabo.⁶⁶

Una tercera consideración es que, no se indica los pasos del test de proporcionalidad, pues sólo parece que se ajusta a uno de los tres subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto y nada se dice de los otros dos subprincipios —idoneidad y necesidad—, ni de la fórmula de peso. No obstante, se puede complementar este elemento con lo dispuesto en el artículo 149 de la LGTAIP de 2015:

“Artículo 149 LGTAIP 2015. *El organismo garante, al resolver el recurso de revisión, deberá aplicar una prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos.*”

65 Lo más seguro, algún asesor que leyó a Robert Alexy.

66 SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. Conforme a la teoría de la ponderación de principios debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito). *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XXIV, tesis aislada, Tesis 1.4ª.A.70 K, agosto de 2006, pág. 2346.

Para estos efectos, se entenderá por:

I. Idoneidad: La legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido;

II. Necesidad: La falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público, y

III. Proporcionalidad: El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población”⁶⁷

Luego entonces, este problema está resuelto, pues se establecen los pasos del test de proporcionalidad. Sólo que, el precepto antes transcrito abona en el terreno de la problemática.

Si se observa con atención, el artículo está dirigido al organismo garante, no a los Sujetos Obligados. La redacción es amplia pues refiere a la resolución de recursos de revisión y no, propiamente, a un caso en el que se exceptúe la confidencialidad.

Finalmente, un aspecto importantísimo del artículo 149 comentado: además de las causales de prueba de interés público del artículo 120, agrega otra causal: la «*colisión de derechos*». Aquí se definen dos puntos: *i)* ¿los Sujetos Obligados no pueden hacer la prueba en caso de colisión de derechos? y ¿El organismo garante no puede llevarla a cabo en cuestiones de seguridad nacional, salubridad general y protección de derechos de terceros?; y, *ii)* Hay una forma malentendida de lo que se comprende por «*colisión de derechos*».

En respuesta a las dos preguntas formuladas en el párrafo anterior, por tratarse de una excepción mi opinión es que se trata de ámbitos restringidos de competencia: la seguridad nacional, la salubridad general y los derechos de terceros corresponde determinarlos en una prueba de interés público sólo a los Sujetos Obligados, con exclusión del organismo garante —a pesar de ello— y la colisión de derechos sólo le corresponde al organismo garante, con la connatural exclusión de los Sujetos Obligados. Pero, además, debe entenderse que la «*colisión de derechos*» a la que se refiere la atribución del organismo garante es restringida entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales.

No obstante esta apología a Alexy, realmente hay un modo «vernáculo» de aplicación de la prueba de interés público por parte de los organismos garantes como se verá a continuación.

Una primera advertencia es que, se señala claramente a los organismos garantes porque no hay registro de algún caso en el que un Sujeto Obligado haya hecho esta prueba.

67 El énfasis en cursivas es propio. Este precepto de la ley General tiene correlativo en el artículo 155 de la LFTAIP de 2016.

Supóngase que todo lo dicho anteriormente es errado y se trata de una crítica insustancial o que todos los problemas señalados se han superado. En un voto de confianza en la aplicación de la prueba de interés público por parte de los organismos garantes se aspiraría, como pretende Covarrubias Cuevas, a:

“... sintetizar una muestra suficiente de casos resueltos por él [Consejo para la Transparencia] para los efectos de exhibir una cierta ‘doctrina’ o, al menos, una ‘línea’ jurisprudencial administrativa en la materia”.⁶⁸

Al respecto, Upegui Mejía señala los primeros casos en que se pretendió utilizar el test de proporcionalidad como fundamento material de la prueba de interés público:

“Entre los primeros casos en que se empleó esta metodología [el test de proporcionalidad] pueden citarse el de la publicidad de condenas de militares y el de la confidencialidad de las víctimas del incendio de la guardería ABC...

Para 2015, aumenta la frecuencia del uso del test de proporcionalidad, como puede advertirse en la suma de los casos sobre evaluación docente, condenados por delitos de lavado de activos, de alto impacto y de terrorismo, servidores públicos condenados, confidencialidad de la identidad de niños y niñas en el padrón del seguro popular y sanciones a médico”.⁶⁹

Ahora bien, ¿cuál es el problema de esta figura? En resumen, es que utiliza un test incompatible que es el de proporcionalidad, en una “*aparente colisión de derechos*”—el de acceso a la información pública y el de la privacidad en sentido amplio o si se quiere restringir al de la protección de datos personales— y en una regulación y aplicación incorrectas.

Aunque ya se mencionó que en Chile la figura en comento no está regulada constitucional o legislativamente, el problema se mantiene por las siguientes razones que explica Covarrubias Cuevas y que conceptualmente es aplicable a la situación mexicana:

“... [Se] problematiza la procedencia y el empleo del test de interés público por parte del Consejo para la Transparencia [de Chile], a propósito de la ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la vida privada...”.⁷⁰

Con mayor énfasis, el jurista colombiano Upegui Mejía dice con toda claridad la problemática que representa esta prueba de interés público:

68 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 506.

69 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, págs. 43-44.

Los casos a los que este autor se refiere fueron: RDA 1312/15, del Comisionado Oscar Mauricio Guerra Ford; RDA 2165/15, RDA 2445/15, RDA 5112/15 y RDA 6302/15, de la entonces Comisionada Areli Cano Guadiana; RDA 6206/16, de la entonces Comisionada María Patricia Kurczyn Villalobos; y, RDA 6531/15, del entonces Comisionado Joel Salas Suárez.

70 Covarrubias Cuevas, Ignacio. “*Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pág. 499.

“Frente a la rigidez de las hipótesis legales para permitir la publicidad de la información personal en poder del Estado, el órgano de transparencia mexicano encontró una vía de excepción en la figura del interés público. La aparente ilegalidad de esta alternativa lo obligó a justificar su proceder y su competencia. Para ello, el órgano de transparencia se decantó por una lectura constitucional del problema mediante la figura de la ponderación”.⁷¹

Lo cual genera, acorde a la terminología de este último autor, un «*sincretismo metodológico*», al que también se le puede llamar «*vernáculo*» y ello deriva de.

“No obstante, el uso de la terminología del test de proporcionalidad y su rimbombante despliegue persiguiendo la ‘ponderación’, una lectura detallada de cómo se utilizan estos términos, como ya lo vimos, revela que su función principal es más retórica que de fondo, más de legitimación que de fundamentación. El criterio que resuelve los casos sigue siendo la existencia o no de un interés público en la información personal, y el examen de la importancia de ese interés público frente al interés privado de mantener en secreto la información personal. Esto es, la nuda prueba de interés público”.⁷²

Si bien comparto con el jurista colombiano esa crítica, ¿cuál es el fondo de la inutilidad del test de proporcionalidad en la prueba de interés público? Bien, más allá de la incorrecta aplicación del test o, para decirlo de una manera no tan dura, los organismos garantes lo han aplicado parcialmente al concentrarse a medias en un solo elemento de la proporcionalidad: la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Esto significa que, sólo se perfila el cómo levantar la confidencialidad de una información para hacerla pública. Pero es que así está diseñada la prueba en la Ley General.

Por analogía resulta aplicable la opinión de Covarrubias Cuevas:

“En vez de hacer operar el test de proporcionalidad en sentido amplio, lo que el Consejo [para la Transparencia de Chile] ha hecho con cierta habitualidad es llevar adelante sólo ‘una aplicación específica del principio de proporcionalidad’, esto es, el tercer subprincipio del criterio en cuestión, conocido como ‘la proporcionalidad en sentido estricto...’”.⁷³

Por lo tanto, se dejan de lado y resultan inútiles los otros dos subprincipios: de idoneidad y de necesidad. Aun cuando en las resoluciones del INAI se tratan de explicar ambos, se hace mediante “*argumentos inocuos y forzados*”.⁷⁴

Si la comprensión de la idoneidad y de la necesidad, como ya se explicó, es que, si la elección de un medio para satisfacer un fin legítimo y que dicho medio es uno entre varios

71 Upegui Mejía, Juan Carlos. “*Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México*”, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 35.

72 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 51.

73 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, págs. 523-524.

74 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 52.

como el menos lesivo, la pregunta por más necia que sea sería: ¿cuáles medios entre todos existen para elegir el menos lesivo y ese medio es idóneo tanto para publicar información confidencial como para resguardarla? Pues no hay un conjunto de medios, el único es hacer pública la información confidencial y no hay un movimiento pendular en la que en algunos casos la información se conserve en confidencia y otros se devela ésta.

Para qué diablos se pondera si no hay otras opciones que permitan definir lesiones de más a menos y si esas intervenciones sólo son aplicables a la vida personal siempre en beneficio del acceso a la información pública. Y no sólo eso, diría Bernal Pulido:

“[S]i una medida de intervención en los derechos no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional”.⁷⁵

No queda más que sumarse a la conclusión clara y nítida de Upegui Mejía:

“... [L]a única conclusión posible es que en todo caso de colisión entre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, la revelación de la información personal (por mínima insignificante que sea) satisface, por definición [y agregaría, por petición de principio], el derecho de acceso a la información pública”.⁷⁶

Qué decir de la «*fórmula de peso*», si bien no es fácil, el test de proporcionalidad se queda corto, aún y cuando se suponga se acrediten los tres subprincipios. A la fecha, no conozco resolución de organismo garante que haya hecho el ejercicio de la fórmula de peso, según Alexy. Ahora trasládese la responsabilidad de hacer el test completo a los Sujetos Obligados, definitivamente no es posible debido a diversos factores, los cuales mayoritariamente recaen en las capacidades profesionales de los servidores públicos —lamentablemente—.

Finalmente, para concluir con este tema, no se ha reflexionado qué pasaría en los casos de «*datos sensibles*» y en la posibilidad de que haya una «*audiencia previa*» no sólo del titular de la información, sino de terceros que se vean afectados con la publicidad de esa información

Póngase a consideración el ejemplo clásico que la historia de varios países ha confirmado: la salud es un dato personal sensible y, por lo tanto, protegido mediante la confidencialidad. Sin embargo, también se ha establecido el criterio según el cual el nivel de confidencialidad en personas públicas disminuye frente a la generalidad. ¿Qué pasaría si al Presidente de la República se le diagnosticara una enfermedad mental? ⁷⁷

75 Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pág. 37.

76 *Idem*.

77 Por supuesto se trata de un caso ficticio, no obstante, la historia de México ofrece el caso de Guadalupe Victoria, aunque nunca fue formalmente declarado incapaz. Por lo demás, en los tiempos actuales,

Un asunto debatible entre lo público y lo privado, pero en el que la prueba de interés público mediante el test de proporcionalidad sería inadecuada para determinar hacia qué lado se decanta. Muy distinto, si el padecimiento presidencial con cierta dosis de chabacanería fuese algo vergonzoso, tal vez privilegiaría la confidencialidad.

Y en el caso de la audiencia previa, afortunadamente existe una tesis aislada del Poder Judicial de la Federación que ha hecho hincapié en este tema y que en la parte conducente señala:

ACCESO A LA INFORMACIÓN. EJERCICIO DEL DERECHO RELATIVO TRATÁNDOSE DE LA CLASIFICADA COMO CONFIDENCIAL, MEDIANTE LA PRUEBA DE DAÑO O EL INTERÉS PÚBLICO Y EL ROL DEL JUEZ DE AMPARO PARA FACILITAR LA DEFENSA DE LAS PARTES. (...) Por otra parte, cuando alguien intenta revertir determinada clasificación de la información que estima que no es confidencial, debe plantearlo ante la autoridad que realizó la clasificación, dando audiencia a los beneficiados con la decretada y a los probables afectados, para el evento de que se reclasifique, a través de la “prueba del interés público... (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en toda la República).⁷⁸

Si a lo anterior se agrega que, a solicitud expresa formulada al INAI sobre cuántos recursos de revisión desde 2015 a la fecha (2023) se han resuelto sobre la base de la prueba de interés público, la respuesta es constante: la remisión a la liga electrónica en el que se condensan todas las resoluciones sin un criterio de catalogación. Sólo la ponencia del Comisionado Adrián Alcalá distingue y aporta como información de 2021 a 2023 un total de 21 recursos de revisión en la que se utilizó el test de interés público y en la totalidad de esos casos se revoca o modifica la respuesta del Sujeto Obligado en el sentido de hacer pública información que ha sido clasificada como confidencial.

CONCLUSIONES

De lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

Primero. La ponderación en casos concretos jurídicos es una actividad intelectual humana para decidir la solución aplicable mediante la asignación de valores o pesos a las alternativas u opciones conflictuadas.

cualquier semejanza con la realidad es mera coincidencia.

78 *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 29, Tomo III, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia constitucional, administrativa y común, Tesis I.1º.A.E.133 A, abril de 2016, pág. 2133.

Segundo. La ponderación se ve influida por una carga de subjetividad atribuible al individuo que pondera, a pesar del esfuerzo que éste haga por objetivar la decisión asumida.

Tercero. La doctrina ha aportado metodologías varias para reducir la subjetividad en la actividad ponderativa y dotarle de mayor objetividad. Uno de los métodos que mayor acogida ha tenido ha sido el test de proporcionalidad del jurista alemán Robert Alexy.

Cuarto. El test de proporcionalidad propuesto por Alexy se basa en la colisión de principios (como los derechos fundamentales) cuya solución debe satisfacer tres gradas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Quinto. Este test ha sido adoptado en México en la LGTAIP de 2015 mediante la llamada prueba de interés público.

Sexto. La prueba de interés público implica una colisión entre la información confidencial y la necesidad de hacer pública dicha información.

Séptimo. La metodología para realizar dicha prueba es el test de proporcionalidad de Alexy; sin embargo, dicho test se hizo para ponderar, no para justificar siempre la misma decisión.

Octavo. La práctica del organismo garante nacional es “ponderar” siempre hacia la publicidad de información confidencial y no para mantener esta clasificación.

FUENTES CONSULTADAS

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

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

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

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

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 1138.

Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “*La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad*”, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Edit. 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. 49-67.

Covarrubias Cuevas, Ignacio. “*Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen XXXVIII, Valparaíso, primer semestre de 2012, pp. 499-541.

Criterios administrativos del IFAI y del INAI consultables en www.inai.org.mx

Decisiones A45-09, A90-09, A115-09, A244-09 y C402-09 del organismo garante chileno consultable en <https://www.consejotransparencia.cl/>

Expedientes de recursos de revisión resueltos por el IFAI/INAI números: RR 412/06 y 413/06 acumulados; RR 522/06, RR 4734/07, RR 2936/08, RR 3751/09, RR 4781/09, RR 5434/09, RR 6030/09, RR 384/10, RR 5084/10, RDA 0791/12 Bis, RDA 4638/12, RDA 2486/13, RDA 2607/14, RDA 5152/14, RDA 5159/14, RDA 5389/14, RDA 0463/15, RDA 1312/15, RDA 2165/15, RDA 2445/15, RDA 4382/15, RDA 5112/15, RDA 6302/15, RDA 6531/15, RDA 6206/16, RRA 6649/17, RRA 1986/18, RRA 4436/18, RRA 5048/18, RRA-RCRD 2083/19 y RRA 14872/21.

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, Edit., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 65-106.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002 (abrogada).

López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “*Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*”, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 9, Edit. Fundación Konrad Adenauer, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2007, pp. 21-55.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *ABC del secreto de los deudores fiscales*. Cuadernos de Transparencia, Número 20, Edit. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, pp. 53.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. “*El secreto fiscal y el IFAI: El primer precedente de apertura por causa de interés público en México*”, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 16, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Palermo (Argentina), Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Fundación Konrad Adenauer, México, julio-diciembre de 2010, pp. 39-71.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. “*Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años*”, en *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Número 77, Edit. Su-

prema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, pp. 84.

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

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

Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIV, tesis aislada, Tesis 1.4º.A.70 K, agosto de 2006, pág. 2346.

Upegui Mejía, Juan Carlos. “*Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México*”, págs. 35-57, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, 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 Económicas, México, enero-junio de 2018, pp. 134.

Velasco C., Elizabeth. “*No es obligatorio publicar las fotos de los funcionarios: IFAI*”, en *La Jornada*, México, 8 de septiembre de 2005, consultable en <https://www.jornada.com.mx/2005/09/08/index.php?section=politica&article=010n2pol>

www.inai.org.mx

