

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE
LARREA EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN
MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL PREVISTO
EN LA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 1/2015**

En sesión pública de 3 de abril de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de seis votos el asunto citado al rubro, en el sentido de declarar fundado el recurso de revisión presentado por el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal a través del cual impugnó la resolución dictada por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (en adelante, INAI) en el recurso de revisión RDA 0740/15, en la cual determinó, entre otras cosas, entregar al solicitante la información relacionada con los lugares de origen y destino, horas de salida y llegada, así como la ruta correspondiente a los aviones de toda la flota aérea del Estado Mayor Presidencial durante el periodo de julio a octubre de 2014. En este sentido, el Pleno determinó revocar la resolución del INAI al considerar que dicha información debía calificarse como reservada.

Mi desacuerdo con la sentencia se centra en dos aspectos. En primer lugar, en términos generales no comparto aspectos sustanciales de las consideraciones que sustentan el fallo, particularmente los que

tienen que ver con premisas metodológicas que se asumen en la sentencia y con el entendimiento del recurso que subyace a la posición mayoritaria. Por otro lado, tampoco comparto la conclusión a la que se llega con apoyo de esas consideraciones, en la parte en la que se sostiene que los lugares de salida y llegada de las aeronaves de la flota presidencial —entendidos como localidades o ciudades— constituyen información que debe clasificarse como reservada. Así, a continuación expongo las razones de mi disenso sobre cada uno de estos puntos.

1. Alcance del recurso de revisión en materia de seguridad nacional

Un primer aspecto que me parece que no se desarrolla de manera adecuada en la sentencia tiene que ver con el alcance del recurso de revisión en materia de seguridad nacional, contemplado expresamente en el artículo 6º constitucional. Desde mi perspectiva, a través de este recurso no sólo se debe revisar la decisión del INAI de entregar una determinada información a un particular, sino algo más amplio: se trata de examinar si en un caso concreto es correcto el alcance del derecho a la información determinado por el INAI en un supuesto en el que éste entra en conflicto con la seguridad nacional. Dicho de otra manera, a esta Suprema Corte le corresponde determinar en sede constitucional si en el caso concreto fue adecuado el balance realizado por el INAI entre el derecho a la información y la seguridad nacional, decisión que

le permitió al órgano garante arribar a la conclusión de que se debía entregar determinada información.

La importancia de que esta Suprema Corte se pronuncie sobre la resolución del INAI en un caso concreto, que involucra una resolución sobre una solicitud de información pública que puede poner en riesgo la seguridad nacional, estriba precisamente en la necesidad de establecer un precedente constitucional desde el más Alto Tribunal del país que fije los alcances del derecho fundamental en ese escenario concreto de conflicto con la seguridad nacional, precedente que será aplicable a casos similares en el futuro.

En este orden de ideas, me parece importante destacar que no sólo el derecho a la información tiene rango constitucional, sino también el principio que ordena la protección de la seguridad nacional. En efecto, este principio no sólo está referido en la porción del artículo 6 constitucional que regula el recurso de revisión extraordinario en esta materia, al señalar que “[e]l Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso de que dichas resoluciones puedan *poner en peligro la seguridad nacional* conforme a la ley de la materia” (énfasis añadido). Adicionalmente, la fracción I del apartado A

del artículo 6º constitucional establece con toda claridad que “[t]oda la información en posesión de cualquier autoridad [...] es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y *seguridad nacional*, en los términos que fijen las leyes” (énfasis añadido).

De esta manera, no debe perderse de vista que la seguridad nacional es un *principio constitucional* que puede limitar legítimamente el derecho a la información y, en consecuencia, puede ser utilizado en un caso concreto para justificar la reserva de una información. En este orden de ideas, no hay que perder de vista que la doctrina especializada ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como principios constitucionales, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse en sede constitucional con la ayuda de las metodologías apropiadas para este tipo de conflictos.¹

Así, es evidente que para poder establecer criterios sobre los conflictos entre el derecho a la información pública —incluyendo a su principio rector: la máxima publicidad— y este límite constitucional, resulta absolutamente indispensable interpretar en sede constitucional el concepto de seguridad nacional, como también me parece evidente

¹ Sobre esta manera de entender la forma en la que operan los *límites externos* a los derechos, véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 222

que hacia el futuro esos criterios van a suministrar argumentos que permitan a los sujetos obligados y a los órganos garantes reservar o entregar información en casos concretos. En esta línea, una de las funciones principales de un tribunal constitucional consiste en establecer a partir de casos concretos los alcances de los derechos fundamentales en supuestos de conflicto, no sólo con otros derechos fundamentales sino también con otros principios que funcionan como los límites externos constitucionalmente reconocidos a esos derechos, como ocurre en este caso con la cláusula constitucional que ordena la protección de la seguridad nacional.

Ahora bien, es cierto que por el diseño constitucional y legal del recurso de revisión, esta Suprema Corte sólo está llamada a pronunciarse sobre asuntos en los que el INAI decidió entregar la información a una persona y el Consejero Jurídico considere que esa decisión supone un riesgo para la seguridad nacional, sin que exista posibilidad de que este Alto Tribunal conozca de los casos en los que el INAI decidió *no entregar* la información por existir un riesgo a la seguridad nacional. Con todo, a pesar de que esta asimetría puede generar la impresión de que esta Suprema Corte únicamente va a desempeñar la función de limitar el contenido del derecho a la información y favorecer los intereses de los sujetos obligados, desde luego se trata de una falsa impresión, puesto que una posibilidad de decisión consiste en confirmar la decisión del INAI cuando este Alto

Tribunal entienda que en ese caso concreto ha establecido un balance adecuado entre el derecho a la información —y su principio rector: la máxima publicidad— y la seguridad nacional.

En este sentido, hay que destacar que es posible sostener que lo que se dilucida en este recurso extraordinario de revisión también es un desacuerdo entre dos autoridades —el sujeto obligado y el INAI— sobre una cuestión de constitucionalidad: el balance correcto entre el derecho a la información y la seguridad nacional en casos concretos. En conexión con lo anterior, es importante señalar que ni la Constitución ni la Ley General de Transparencia establecen expresamente que el recurso de revisión sea de estricto derecho, ni tampoco que esta Suprema Corte sólo debe ocuparse de los “agravios” planteados por el Consejero Jurídico en su recurso.

Si bien el artículo 6º constitucional establece que por regla general “[l]as resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados”, también señala que el Consejero Jurídico del Gobierno puede interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte cuando considere que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional. Por su parte, el artículo 189 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información

**VOTO PARTICULAR EN EL RECURSO DE REVISIÓN
EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL 1/2015**

Pública establece que “[e]l Consejero Jurídico del Gobierno Federal podrá interponer recurso de revisión en materia de seguridad nacional directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando considere que las resoluciones emitidas por el Instituto ponen en peligro la seguridad nacional”; el artículo 190 de dicho ordenamiento se limita a señalar que “[e]n el escrito del recurso, el Consejero Jurídico del Gobierno Federal deberá señalar la resolución que se impugna, los fundamentos y motivos por los cuales considera que se pone en peligro la seguridad nacional, así como los elementos de prueba necesarios”; y el artículo 192 dispone que “[l]a Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá con plenitud de jurisdicción, y en ningún caso, procederá el reenvío”.

De acuerdo con lo anterior —la manera en la que está regulado este recurso tanto en la Constitución como en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; la materia del recurso; lo que se exige al Consejero Jurídico que señale en su escrito de revisión; y a la manera en la que esta Suprema Corte debe resolver—, considero que este recurso debe entenderse como una vía en la que este Alto Tribunal tiene como mandato resolver una genuina cuestión de constitucionalidad, para lo cual puede examinar de una manera amplia el problema, incluso en algunos casos sin apegarse estrictamente a lo aducido en el escrito de revisión, pues no hay que perder de vista que lo que hay que resolver es un tema de

constitucionalidad, respecto del cual existe un desacuerdo interpretativo entre el INAI y el sujeto obligado.

2. Marco normativo en materia de seguridad nacional

Por otro lado, en relación a la manera en la que se construye en la sentencia el marco normativo sobre los conflictos entre el derecho a la información y la seguridad nacional, disiento en primer lugar de la manera en la que la sentencia del Tribunal Pleno da cuenta de dichos conflictos, toda vez que entiende que se trata de “restricciones” al derecho a la información.² Desde mi punto de vista, utilizar esta “etiqueta” para hacer referencia a estos casos de conflicto resulta inapropiado porque traslada a una cuestión que me parece pacífica — la idea de que el derecho a la información puede entrar en tensión con la seguridad nacional— todas las discusiones y desacuerdos que suscita el término “restricción” en la jurisprudencia constitucional de esta Suprema Corte. En mi opinión, una opción menos problemática sería simplemente señalar que la protección de la seguridad nacional

² En este sentido, el proyecto contiene frases como las siguientes: “[e]l derecho a la información no es absoluto, sino que **admite excepcionalmente restricciones** que deberán atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (foja 30, segundo párrafo del proyecto); de acuerdo con la Convención Americana sobre derechos Humanos y el Pacto de Derecho Civiles y Políticos “[s]on válidas **aquéllas restricciones** necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas” (foja 30, último párrafo del proyecto); y “[e]n la medida en la que el texto constitucional sólo enuncia los **finés constitucionalmente válidos para restringir** el derecho de acceso a la información, corresponde al legislador (reserva de Ley), según la determinación del propio constituyente, el desarrollo de los supuestos específicos en que procedan excepciones tendientes a proteger tales fines” (foja 31, segundo párrafo del proyecto).

VOTO PARTICULAR EN EL RECURSO DE REVISIÓN
EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL 1/2015

constituye un principio constitucional que *limita* legítimamente el derecho a la información. Así, este caso sería precisamente un supuesto en el que hay que definir constitucionalmente las relaciones entre un derecho y su límite.

Por otro lado, si bien coincido con la determinación del Pleno en el sentido de que además de la Ley de Seguridad Nacional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental es el ordenamiento aplicable al presente caso “porque bajo ese marco legal fue sustanciado el recurso de revisión del que deriva la resolución del INAI”, me parece incorrecto sostener que tanto el Reglamento de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental como los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal sean fuentes normativas que esta Suprema Corte deba tomar en cuenta para determinar el sentido de la ley.

Desde mi punto de vista, para resolver este asunto únicamente debería tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6º constitucional, así como lo que establecen la Ley de Seguridad Nacional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la Ley General de Transparencia y Acceso a la

Información Pública. Al respecto, la sentencia sostiene que se debe atender a los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal de los artículos 27 y 28 del Reglamento de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Con todo, tal y como lo señala el propio artículo 1º de este último ordenamiento, éste tiene por objeto “reglamentar las disposiciones de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en lo relativo al Poder Ejecutivo Federal, sus dependencias y entidades y, en general, cualquier otro órgano que forme parte de la Administración Pública Federal”.

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que el Reglamento y los Lineamientos sean vinculantes para los sujetos obligados al momento de llevar a cabo la clasificación de una información, eso no significa que esta Suprema Corte deba resolver un caso en el que se plantea un conflicto entre un derecho fundamental y su límite —el derecho a la información frente a la seguridad nacional— con apoyo en lo que disponen esas dos fuentes infralegislativas. Como he señalado, al tratarse de un supuesto de colisión entre dos principios constitucionales, esta Suprema Corte debía resolver el caso a partir de lo que disponen las normas de rango constitucional y las leyes relevantes.

3. La metodología de la prueba de daño

Respecto de dicho tópico, la sentencia del Pleno convalidó un aspecto problemático consiste en que la metodología adoptada para realizar la prueba de daño a la que se refiere el artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental se apoya a su vez en lo dispuesto por el artículo octavo de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal³, de acuerdo con el cual la prueba en cuestión consiste en determinar “si la difusión de la información causarían un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto”.

Mi objeción a esta metodología, más allá de la crítica antes expuesta en el sentido de que la fuente en cuestión no debería ser un fundamento jurídico en el que se tenga que apoyar esta Suprema Corte, es que la “prueba de daño” no puede consistir en determinar un daño presente, puesto que si la información no se ha difundido es evidente

³ **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 artículo, sino que deberá también **considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causarían un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto.** [...]

que el daño aún no se ha causado. La llamada “prueba del daño” consiste más bien en determinar si la difusión de la información causará un “daño futuro”. O dicho de otra manera, más que una prueba de daño, esta técnica consiste en condicionar la reserva de una información a una evaluación en la que se determine si existe un *riesgo de daño* ante la eventual entrega de la información. Como han señalado los tribunales norteamericanos, determinar que la divulgación de una información constituye un riesgo para la seguridad nacional es una tarea que en cierta medida siempre será especulativa, toda vez que supone describir un daño potencial que se actualizará en el futuro en vez de un daño real que se materializó en el pasado.⁴

4. La entrega de la información relativa a las localidades de salida y llegada de las aeronaves.

En este punto, tampoco comparto las consideraciones mayoritarias por las que se reservó la información sobre los lugares de salida y de llegada de las aeronaves presidenciales, con el argumento de que al darse un rango aproximado de tiempo y lugar en el que se desarrollan las acciones de protección del Estado Mayor Presidencial, es posible generar patrones de vuelo.

⁴ Halperin v. CIA, 629 F.2d 144. 148 (D.C. Cir. 1980).

**VOTO PARTICULAR EN EL RECURSO DE REVISIÓN
EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL 1/2015**

En este aspecto, coincido plenamente con la propuesta que fue rechazada por la mayoría del Pleno, en el sentido de que la información relacionada con las localidades de salida y llegada de las aeronaves de la flota del Estado Mayor Presidencial debía entregarse al solicitante, toda vez que con dicha información no se da cuenta de los datos técnicos, métodos o procedimientos relativos a la estrategia de seguridad desplegada por parte del Estado Mayor Presidencia. En este sentido, hay que tener en cuenta que las localidades de salida y llegada de las aeronaves que integran la flota presidencia es una información que de alguna manera puede considerarse que ya es pública, dado que el hecho de que se realice la publicación de la agenda del Ejecutivo Federal y se solicite la autorización del Senado de la República para los viajes oficiales del Presidente supone que dicha información es del conocimiento público.

VOTO PARTICULAR EN EL RECURSO DE REVISIÓN
EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL 1/2015

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

LIC. RAFAEL COELLO CETINA

La presente hoja forma parte del voto particular que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en el recurso de revisión en materia de seguridad nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública 1/2015. **CONSTE**