

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA RELATIVO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN EL AMPARO EN REVISIÓN 599/2012.

En sesión del día 12 de agosto de 2014, al resolver el **amparo en revisión 599/2012**, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó por mayoría de votos modificar la sentencia recurrida y negar el amparo promovido en contra del artículo 40 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, el cual establece las reglas para la publicitación de la información relativa a la situación patrimonial de los servidores públicos.

Con apoyo en una interpretación conforme, la sentencia sostiene que el artículo impugnado no es inconstitucional, pues al establecer que la publicación de la información relativa a la situación patrimonial de los servidores públicos se hará siempre y cuando se cuente con la autorización previa y específica del servidor público de que se trate, el precepto atiende a la cláusula de excepción prevista en la fracción II del artículo 6 de la propia Constitución, que expresamente identifica a la vida privada y a la protección de los datos personales como límites del derecho a la información.

Si bien estoy de acuerdo en que, interpretado de conformidad con la Constitución, el artículo impugnado no resulta inconstitucional, disiento de la argumentación en la que se sustenta la sentencia para arribar a esa conclusión.

En un caso como éste, en el que se impugna una norma a la que subyacen dos derechos fundamentales que se encuentran en tensión —el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales— la interpretación conforme del precepto debe realizarse a partir de un balance de lo que ordenan ambos derechos. Con todo, desde mi punto de vista, la sentencia no sólo sostiene una concepción bastante discutible sobre el alcance de estos derechos, sino también un entendimiento incorrecto de la forma en la que debe operar la ponderación entre derechos fundamentales en este tipo de casos.

En efecto, si se entiende la ponderación como una operación a través de la cual se establece el balance que debe existir entre dos derechos potencial o efectivamente en pugna, no debe resultar problemático aceptar que puede existir tanto la ponderación *legislativa* como la ponderación *judicial*. En el primer caso, el legislador establece la manera en la que deben conciliarse en un plano abstracto los dos derechos en tensión. En el segundo caso, los jueces constitucionales enjuician la corrección de esa ponderación legislativa o directamente ponderan los derechos en cuando no existe una ley que haya mediado en ese conflicto.

En este sentido, en la sentencia se afirma que “[e]n algunos casos, la ponderación preexiste en la teleología del constituyente, quien incorporó al texto constitucional, y en otros es el legislador quien integra a la ley ordinaria, sin que el operador tenga margen de calificación”, para enseguida sostener que “[e]n el caso del derecho a la protección de datos personales, la Constitución determinó en forma tasada y limitativa que pueden establecerse legalmente excepciones a ese derecho por razones de seguridad nacional, disposiciones de

orden público, seguridad y salud públicas o para proteger derechos de terceros”.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia concluye que “el derecho de acceso a la información *no necesariamente* prevalece sobre el derecho de protección de datos personales, inclusive de los servidores públicos, precisamente porque *la restricción establecida expresamente en la Constitución es una disposición de orden público*, lo cual implica que corresponde al legislador hacer el juicio de ponderación referido precedentemente y establecer cuáles son las razones de orden público respecto de la información que eventualmente puede ser difundida y cuál debe ser protegida” (énfasis añadido).

Hasta aquí el razonamiento parece correcto, si con él se quiere indicar que en el caso de la norma impugnada el legislador *limitó el derecho a la información* en uso de la cláusula habilitante que se encuentra en la fracción II del propio artículo 6 constitucional, en el sentido de que “[l]a información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”. No obstante, esta cláusula *no debería interpretarse como una restricción* al derecho a la información, sino como una habilitación al legislador que le permite incidir en el derecho a la información con la finalidad de proteger los datos personales.

Ahora bien, este análisis de constitucionalidad de la norma impugnada debería completarse señalando que el artículo 40 debe interpretarse en el sentido de que si bien se requiere el consentimiento del funcionario para la divulgación de los datos personales contenidos en la declaración patrimonial, eventualmente

puede divulgarse dicha información cuando *en el caso concreto* existan razones de interés público que lo justifiquen. Por lo demás, esta interpretación conforme sería acorde con varias consideraciones que se hacen en la sentencia, por ejemplo, en la parte que se afirma que cuando el derecho a la información y el derecho a la protección de datos personales “*entren en conflicto* y no pueda establecerse una relación de interdependencia entre uno y otro, *el operador habrá de efectuar un ejercicio de ponderación en los casos concretos para determinar qué principio habrá de prevalecer*” (énfasis añadido).

No obstante, en la parte final de la sentencia, se afirma que “*no asiste la razón al recurrente cuando señala que el caso era necesario realizar las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información para sustentar la excepción al principio de publicidad de la información solicitada, pues no hay disposición constitucional o legal expresa en que se sustente tal afirmación, como a continuación se demostrará*” (énfasis añadido). En esta línea, en relación con la protección de los datos personales en poder de las autoridades, se afirma que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental no contempla la posibilidad de que ante una solicitud de información deba valorarse si el interés público justifica la divulgación de esos datos.

Al respecto, cabe señalar que la posición de la mayoría pasa por alto que el “test de interés público” es un instrumento argumentativo que constituye un ejercicio de ponderación aplicable específicamente a los casos en los que se contrapone el interés público de *revelar información* en posesión del Estado (con base en el derecho de acceso a la información) con el interés público *en mantener la privacidad de la misma* (cuyo sustento es el derecho a la intimidad y el

derecho a la protección de datos personales).¹ De tal manera que, con independencia de que pueda sostenerse que el test de interés público no lo pueden llevar a cabo las autoridades administrativas por no estar previsto en la ley, es evidente que sí lo pueden realizar los jueces de amparo cuando, a partir de una interpretación conforme de la ley, analizan la constitucionalidad los actos consistentes en las negativas de entregar información que contenga datos personales de funcionarios públicos, como ocurre en el presente caso.

Evidentemente, para analizar este tipo de conflictos podría emplearse una *versión estándar* de la ponderación y simplemente colocar en la balanza el derecho a la información de quien solicita la información en contraposición con el derecho a la protección de los datos personales de los titulares de la información solicitada. Sin embargo, la *ventaja* del test de interés público es que permite incorporar al balance de razones consideraciones que tienen que ver con las consecuencias de la apertura de la información y no sólo con los derechos en sí mismos, como pudieran ser los beneficios y los riesgos o eventuales perjuicios que se ocasionarían con la revelación de la información

El test de interés público es una herramienta comúnmente utilizada en el derecho comparado para determinar si puede revelarse información que en principio se encuentra protegida. En este sentido, el test comprendería en términos generales los siguientes aspectos: **(1)** analizar la solicitud de información en concreto; **(2)** establecer las

¹ Sobre el test de interés public (*public interest test*), véase Macdonald, John, Crail, Ross y Jones, Clive, *The Law of Freedom of Information*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 287-288. En la doctrina mexicana se han utilizado las expresiones “prueba de interés público” (aunque no se refiere propiamente a una argumentación exclusivamente sobre hechos) y “control de proporcionalidad” para referirse a este instrumento argumentativo. Al respecto, véase Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, *Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México*, México, UNAM/IFAI, 2010, pp. 197-206.

razones de interés público *a favor* de la apertura; **(3)** identificar las razones de interés público que operan *en contra* de la apertura; y **(4)** *ponderar* las razones a favor y en contra de la divulgación de la información y determinar si la información debe divulgarse.

Como se señaló anteriormente, la razón por la que se ponderan dos intereses públicos contrapuestos y no dos derechos fundamentales en pugna es porque de esa manera se realiza un análisis más completo de todos los elementos que pueden entrar en juego. De acuerdo con lo expuesto, no puede considerarse que el test de interés público sea un instrumento argumentativo al margen de la Constitución. Por el contrario, simplemente se trata de un desarrollo de la ponderación que opera específicamente en este tipo de casos y, en consecuencia, para que los jueces de amparo lo utilicen no es necesario en absoluto que esté contemplado en la ley.

Sostener que este tipo de ponderación sólo se puede hacer si la ley lo autoriza, sería tanto como afirmar, por ejemplo, que en casos de responsabilidad civil por ejercicio de la libertad de expresión no se puede realizar la ponderación entre este derecho y otros derechos en pugna, como podrían ser el derecho al honor o la vida privada. Evidentemente, cuando los jueces de amparo analizan este tipo de casos pueden realizar directamente la ponderación entre los derechos humanos en conflicto, aunque la ley no los autorice a ello o los códigos civiles no tengan disposiciones especiales sobre este tipo de colisiones de derechos.

Finalmente, en cuanto al análisis de constitucionalidad, también me separo de algunas consideraciones relacionadas con la manera de determinar el interés público en este tipo de casos.

Al respecto, en la sentencia se afirma que no puede considerarse “de manera absoluta, que hay una causa de interés público para conocer las versiones públicas de las declaraciones patrimoniales de servidores públicos, debido a que *los datos contenidas en ellas carecen de interés público mientras no sean verificados por la autoridad fiscalizadora como verdaderos y que de ellos se pueda advertir un caso concreto y no hipotético de responsabilidad*, de conformidad con las condiciones y mecanismos establecidos en la ley para ese fin” (énfasis añadido). En esta línea, se señala que “los datos personales contenidos en las declaraciones patrimoniales no pueden considerarse públicos hasta *en tanto un órgano administrativo o una autoridad jurisdiccional haya determinado que son de interés público para ser publicitados*” (énfasis añadido).

Así, no comparto estas consideraciones porque respetuosamente me parece que asumen un entendimiento erróneo sobre la forma en la que puede establecerse la existencia de interés público en la divulgación de datos personales. En el marco de un test de interés público, esta situación se puede evaluar con total independencia de que una autoridad de fiscalización haya determinado que esos datos son verdaderos, pues el propio hecho de que fueran falsos sería una razón para publicitarlos como un mecanismo de rendición de cuentas. Por lo demás, es evidente que las razones de interés público para divulgarlos pueden ser totalmente independientes de la verdad o falsedad de esos datos.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

**VOTO CONCURRENTE EN EL
AMPARO EN REVISIÓN 599/2012**

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

RAFAEL COELLO CETINA