

**VOTO CONCURRENTE 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 1/2016**

En sesión pública de 5 de diciembre de 2016, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por mayoría de diez votos el asunto citado al rubro, en el sentido de declarar infundado el recurso presentado por el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal a través del cual impugnó la resolución del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales —dictada en el recurso de revisión RDA 2149/16—, por la que instruyó al Centro de Investigación y Seguridad Nacional a dar respuesta a la solicitud de información realizada por el recurrente, en la que pedía se le diera a conocer la cantidad de personas o dispositivos telefónicos que fueron intervenidos con autorización judicial por dicho organismo en 2014.

Si bien la sentencia confirma la resolución recurrida, lo cierto es que matiza el criterio adoptado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (en lo sucesivo, INAI) para ordenar la entrega de la información solicitada, consistente en que *toda* información estadística o numérica es de naturaleza pública. Al respecto, la sentencia señala que “no por el hecho de ser numérica o como la denomina el Instituto, de ‘naturaleza estadística’, debe considerarse como no reservada y resultar, por tanto, pública”, aclarando que “no puede hacerse una afirmación general acerca de este tipo de información cuando lo que se está pretendiendo proteger no son solamente datos personales, sino que nos encontramos frente a la reserva por actividades de

intervención que responden a amenazas de la seguridad nacional” (párrafo 24).

Si bien comparto el sentido de la resolución y la parte central de la argumentación que la sustenta, formulo el presente voto concurrente porque me parece que en la sentencia no se desarrollaron adecuadamente algunos aspectos que hubieran ayudado a construir una justificación más sólida de la decisión adoptada por esta Suprema Corte en el presente recurso. Por un lado, en la parte considerativa no se hace referencia a todo el marco jurídico en materia de transparencia que resulta aplicable en temas de seguridad nacional. Y por otro lado, me parece que hay varios aspectos de la argumentación que pudieron desarrollarse más ampliamente, específicamente en relación con el tema de la información estadística y algunas particularidades de la información relacionada con la seguridad nacional, que desde mi punto de vista deben ser tenidas en cuenta en casos como éste. A continuación me ocupo de estas cuestiones.

En mi opinión, el primer punto que debía clarificarse era el marco normativo aplicable. Aunque la argumentación de los agravios está centrada en la Ley de Seguridad Nacional, debe señalarse que dicho ordenamiento no agota el marco jurídico que debe ser tomado en cuenta para resolver el fondo del asunto. Si bien en la sentencia se cita la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, lo cierto es que sólo se alude a ella en la medida en que regula el procedimiento del recurso ante esta Suprema Corte, de tal manera que en el tema de fondo no se hace referencia expresa a las leyes de transparencia.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el momento en el que comenzó la secuela procesal que dio lugar a la resolución del

INAI, considero que resultan aplicables tanto la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública como la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. En el caso de la ley general, de acuerdo con su artículo transitorio primero, ésta entró en vigor el día 5 de mayo de 2015, lo que significa que ya que se encontraba vigente cuando se realizó la solicitud de información. Al respecto, es importante señalar que este ordenamiento establece los “principios” y las “bases generales” necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información (artículo 1º), de tal manera que tanto la legislación federal como la de los estados en materia de transparencia deben respetar esos lineamientos.

Por lo demás, no hay que perder de vista que la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública contiene varias disposiciones aplicables en materia de seguridad nacional. Por un lado, la fracción I del artículo 113 establece que podrá clasificarse como reservada aquella información que “[c]omprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable” (énfasis añadido). Esta disposición se conecta con lo dispuesto en el artículo 114, en el sentido de que las causales de reserva “se deberán fundar y motivar, a través de la aplicación de la *prueba de daño*”.

Por otro lado, la fracción XIII del propio artículo 113 señala que será información reservada aquella que “por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales”.

Esta disposición es relevante precisamente porque, por virtud de lo dispuesto en los artículos 37, 42, 47 y 48 de la Ley de Seguridad Nacional,¹ son información *reservada* los datos, la información y los materiales que se obtengan producto de los procedimientos de intervención de comunicaciones resueltos por autoridad judicial a solicitud del CISEN.

Desde mi punto de vista, de una interpretación sistemática de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se desprende que el artículo 113 contempla *dos sistemas* para decretar una reserva:² (i) a través de lo que la doctrina especializada y la

¹ **Artículo 37. El procedimiento tiene carácter reservado**, por lo que las solicitudes se registrarán en un libro de gobierno especial que se manejará por el personal que para tal efecto designe el juez. No se permitirá el acceso a los expedientes a persona alguna, salvo al secretario del juzgado y a quien se autorice por escrito por parte del Director General del Centro.

Artículo 42. Los datos que se obtengan de las actividades autorizadas mediante resolución judicial será información reservada que sólo podrá conocer el Director General del Centro, las personas que designe el Consejo y los jueces federales competentes.

Artículo 47. Toda información que se obtenga por medio de las actividades materia del presente Capítulo es parte de la información del Centro, por lo que su destino final será determinado por el Consejo. Las personas que participen en las diligencias de intervención de comunicaciones, excepto el personal instruido para ello por el Director General del Centro, se abstendrán de obtener o guardar original o copia de la información obtenida a través de tales medidas.

Artículo 48. La información y los materiales de cualquier especie que sean producto de una intervención de comunicaciones privadas autorizadas conforme a las disposiciones de este Capítulo, tendrán invariablemente el carácter de reservados. Su difusión no autorizada implicará responsabilidad en los términos de la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en otros ordenamientos legales aplicables.

² **Artículo 113.** Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación:

I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;

III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;

IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;

V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;

VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;

propia ley denominan “prueba de daño”,³ que consiste en un razonamiento que muestre que en el *caso concreto* la información solicitada puede causar algún tipo de afectación en alguno de los bienes o las actividades taxativamente identificadas (fracciones I, II, IV, V, VI, VII, IX, X y XI); o **(ii)** cuando en el caso concreto la información solicitada sea un *tipo de información* que la propia ley considere como reservada (fracciones III, VIII, XII y XIII), como ocurre en este caso con lo que establece los artículos 37, 42, 47 y 48 de la Ley de Seguridad Nacional.

A pesar de lo que señala literalmente el artículo 114 de esta ley,⁴ considero que en este segundo sistema no se debería hacer una prueba de daño para decretar la reserva, pues basta con constatar que la información solicitada es del tipo de información que la ley considera reservada. En este sentido, por ejemplo, para decretar la reserva de la información con fundamento en los 37, 42, 47 o 48 de la

X. Afecte los derechos del debido proceso;

XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;

XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y

XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

³ **Artículo 104.** En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional;

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

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

Artículo 105. Los sujetos obligados deberán aplicar, de manera restrictiva y limitada, las excepciones al derecho de acceso a la información prevista en el presente Título y deberán acreditar su procedencia.

La carga de la prueba para justificar toda negativa de acceso a la información, por actualizarse cualquiera de los supuestos de reserva previstos, corresponderá a los sujetos obligados.

⁴ **Artículo 114.** Las causales de reserva previstas en el artículo anterior se deberán fundar y motivar, a través de la aplicación de la prueba de daño a la que se hace referencia en el presente Título.

Ley de Seguridad Nacional, únicamente sería necesario constatar que la información solicitada es del tipo de información ahí regulada, que es precisamente lo que argumentó el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal en este caso concreto.

Así, la diferencia que existe entre los dos sistemas de reserva antes expuestos consiste en que en el primero el legislador delega al operador jurídico —sujetos obligados y organismos garantes del derecho a la información— la potestad de evaluar la *posible afectación* que generaría la divulgación de la información de la información solicitada en ciertos bienes o actividades. En esta línea, en el artículo 113 el legislador utilizó distintos verbos para describir ese daño potencial que podría causarse: comprometer, menoscabar, afectar, poner en riesgo, obstruir, etc.

En cambio, en el segundo sistema, es el legislador el que realiza esa evaluación en abstracto identificando distintos tipos de información —la que se entregue al Estado mexicano expresamente con el carácter de reservada o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional; la que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva; la que se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público; la que por disposición expresa de una ley tengan el carácter de reservada— cuya divulgación *a priori* podría considerarse que causa ciertas afectaciones, de tal manera que en estos supuestos no hay necesidad de analizar los efectos de la divulgación de la información en cada caso concreto. En este sentido, como ya se señaló, el papel de los operadores jurídicos debe limitarse a verificar si la información solicitada es del tipo de

información prevista en las citadas fracciones del artículo 113 (III, VIII, XII y XIII).

Cabe señalar que estos dos sistemas de reserva de la información —por prueba de daño y por tipos de información— ya se encontraban previstos en los artículos 13 y 14 de la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental,⁵ que es la otra ley que desde mi punto de vista resulta aplicable al caso concreto. En ese sentido, la sentencia tampoco hace alusión a esta ley a pesar de que el propio INAI expresamente la aplicó en la resolución recurrida y el Consejero Jurídico del Ejecutivo la invocó en sus agravios. De hecho, incluso parece realizarse alguna consideración en el sentido de que no resulta aplicable dicha legislación. En la sentencia se afirma que “resulta problemática” la aplicación del criterio que invoca el INAI para sustentar su resolución,

⁵ **Artículo 13.** Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- II. Menoscarar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano;
- III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país;
- IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o
- V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

Artículo 14. También se considerará como información reservada:

- I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;
- II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;
- III. Las averiguaciones previas;
- IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;
- V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o
- VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV de este Artículo, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.

“esencialmente por cuestiones relacionadas con su vigencia, ya que fue un criterio emitido por un órgano distinto y con base en una ley abrogada” (párrafo 22).

Con todo, del artículo quinto transitorio de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vigente desde el 10 de mayo de 2016, se desprenden con toda claridad las razones por las cuales la ley abrogada es la aplicable, al señalar en su último párrafo que “[l]os asuntos que se encuentren en trámite o pendientes de resolución a la entrada en vigor de este Decreto, se sustanciarán ante el Instituto y por los sujetos obligados hasta su total conclusión conforme a la normatividad vigente al momento de su presentación”.

En este orden de ideas, el artículo 13 de la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que deberá considerarse información reservada aquélla cuya divulgación pueda “comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional”. De esta manera, así como en la sentencia se descarta que la información solicitada en el caso concreto pudiera actualizar a su vez el supuesto de información reservada regulado en el artículo 51 de la Ley de Seguridad Nacional (párrafo 21), también se debió haber descartado la actualización de los supuestos específicamente relacionados con la seguridad nacional previstos en la fracción I del artículo 113 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la fracción I del artículo 13 de la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Por otro lado, en relación con el tema de la información estadística, me parece que la sentencia también pudo haber profundizado un poco más en las razones por las cuales el criterio del

INAI resulta incorrecto. En este sentido, vale la pena recordar que dicho organismo garante del derecho a la información señaló que toda información estadística es de naturaleza pública, independientemente de la materia con la que se encuentre vinculada.⁶ Desde mi punto de vista, el problema estriba en que el INAI extiende a la información reservada un criterio que sólo resulta razonable cuando se aplica a los datos personales protegidos por la información confidencial.

En efecto, mientras tiene sentido sostener ese criterio cuando se trata de datos personales, toda vez que presentada de forma estadística o numérica la información se *desvincula* de una persona identificada o identificable y, en consecuencia, con ello se evita causar algún daño o afectación a esa persona que pudiera desprenderse del hecho de que esa información se haga pública, en el caso de la información que se protege a través de una reserva su divulgación de forma numérica o estadística *no necesariamente* evita que puedan afectarse los bienes o las actividades que se protegen con esa reserva. Esta cuestión puede observarse claramente en los casos en los que se requiere hacer una prueba de daño para reservar la información, particularmente en el ámbito de la seguridad nacional, en términos de la fracción I del artículo 113 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la fracción I del artículo 13 de la

⁶ El texto del criterio 11/09, citado por el INAI, es el siguiente: "**La información estadística es de naturaleza pública, independientemente de la materia con la que se encuentre vinculada.** Considerando que la información estadística es el producto de un conjunto de resultados cuantitativos obtenidos de un proceso sistemático de captación de datos primarios obtenidos sobre hechos que constan en documentos que las dependencias y entidades poseen, derivado del ejercicio de sus atribuciones, y que el artículo 7, fracción XVII de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que los sujetos obligados deberán poner a disposición del público, entre otra, la relativa a la que con base en la información estadística, responda a las preguntas hechas con más frecuencia por el público, es posible afirmar que la información estadística es de naturaleza pública. Lo anterior se debe también a que, por definición, los datos estadísticos no se encuentran individualizados o personalizados a casos o situaciones específicas que pudieran llegar a justificar su clasificación.

derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Como señalé anteriormente, en estos casos se tiene que evaluar si la información solicitada compromete la seguridad nacional. Si bien en el caso concreto no se aprecia que la información solicitada comprometa la seguridad nacional, no parece difícil imaginar una gran variedad de supuestos en los que aunque la información no se refiera a *un caso concreto* —un procedimiento en específico, la actuación de una autoridad *en concreto*, un evento *determinado*, etc.— sino a una cifra o a una estadística, esa información pueda comprometer o poner en riesgo la seguridad nacional.

No creo que sea necesario presentar ejemplos hipotéticos como lo hace la sentencia (párrafo 23), en la medida en la que eso supondría adelantar un criterio sobre una cuestión que no se le ha planteado a esta Suprema Corte. Me limito a proponer un ejercicio en el que únicamente consideremos si podría existir información numérica o estadística que pudiera comprometer la seguridad nacional. Desde mi punto de vista, la respuesta a esta cuestión es claramente afirmativa. Aunque la información se solicite desagregada de casos concretos, ya sea de forma numérica o estadística, siempre está abierta la posibilidad de que su divulgación pueda comprometer la seguridad nacional. De ahí que sea necesario que en cada caso concreto siempre se analice no sólo el tipo de información, sino el impacto de ésta en alguno de los bienes o actividades protegidas por las leyes de transparencia.

Así, la consecuencia que se sigue de esta situación es que tratándose de información potencialmente afectada por una reserva, especialmente cuando ésta verse sobre un tema vinculado a la

seguridad nacional, es imprescindible que no sólo se descarte que no se trate de un tipo de información considerada en sí misma por la ley como reservada —como lo hace la sentencia en términos de los artículos 37, 42, 47 o 48 de la Ley de Seguridad Nacional — sino que *además* debe realizarse una prueba de daño de conformidad con lo dispuesto en la fracción I del artículo 113 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la fracción I del artículo 13 de la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, la cuestión más complicada estriba en establecer de qué manera debe hacerse esa prueba de daño en materia de seguridad nacional. Desde mi punto de vista, para hacer ese análisis se podría acudir al derecho comparado para incorporar a la prueba de daño algunas construcciones doctrinales que se han desarrollado en la intersección de la seguridad nacional con el derecho a la información pública. Más específicamente, me parece que podría acudirse a un instrumento que utilizan los tribunales norteamericanos en este tipo de casos, que se denomina la “teoría del mosaico”.⁷

En síntesis, esta doctrina sostiene que en materia de seguridad nacional para determinar una reserva no debe analizarse de manera aislada la información que se solicita, puesto que una información aparentemente inofensiva puede afectar la seguridad nacional cuando se correlaciona con otras piezas que permitan tener una visión de conjunto del “mosaico” que constituye la información que afecta la

⁷ Por lo demás, no soy partidario de uso “expansivo” de la teoría del mosaico, como el que han llevado a cabo las autoridades norteamericanas en ámbitos que van más allá del derecho a la información. Una crítica a este uso expansivo puede encontrarse en Wells, Christina E., “CIA v. Sims: Mosaic Theory and Government Attitude”, *Administrative Law Review*, vol. 58, número 4, 2006.

seguridad nacional. De esta manera, sería posible en algunos casos no entregar una información solicitada que si bien sea inocua en sí misma, resulte sensible para la seguridad nacional una vez que es puesta conjuntamente con otra información.⁸

En este sentido, los tribunales norteamericanos han señalado que una información aparentemente inofensiva, en el momento que es observada en un contexto, recopilando y reconstruyendo pequeños datos, puede amenazar la seguridad nacional, de tal manera que debe tenerse en cuenta esa situación al momento de decidir si se clasifica una información o se entrega.⁹

El segundo componente de la teoría del mosaico es precisamente una clara deferencia de los tribunales hacia el “*expertise*” de las agencias y dependencias en materia de seguridad nacional, toda vez que son precisamente éstas, las que al tener a la vista el “mosaico” completo pueden evaluar mejor los riesgos a la seguridad nacional que supone entregar piezas de información que aisladamente consideradas aparentemente no representan un problema.

Con todo, para evitar los abusos que en el contexto del derecho norteamericano se han producido en muchos casos de derecho a la información con la adopción de esta doctrina por los tribunales federales, debe requerirse que los sujetos obligados en esta materia al realizar la prueba de daño presenten argumentos *específicos* en los que muestren cómo la información aparentemente inofensiva que se solicita puede llegar a comprometer la seguridad nacional, haciendo

⁸ Al respecto, véase Pasha Amir, Amin, *Freedom of Information and National Security. A Study of Judicial Review under U.S. Law*, Múnich, Herbert Utz Verlag, 2014, pp. 99-100.

⁹ En el caso específico de la Corte Suprema norteamericana, adoptó esta doctrina en un caso de derecho a la información (“FOIA case”). Al respecto, véase *CIA v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985).

referencia a la conexión causal que debe existir entre la información y la afectación a la seguridad nacional, además de clarificar las bases a partir de las cuales realiza inferencias sobre la información que está en su posesión.¹⁰

En este sentido, invocar la teoría del mosaico, no exime a los sujetos obligados de identificar claramente la forma en la que la información solicitada compromete la seguridad nacional, así como explicar las conexiones causales que existan entre la divulgación de la información inocua y el riesgo de daño a la seguridad nacional.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

LIC. RAFAEL COELLO CETINA

¹⁰ Al respecto, se sigue la propuesta de Wells, *op. cit.*, pp. 874-875.