

[AR 173/2012](#)

Resuelto el 6 de febrero de 2013.

Resumen:

Litis de la revisión. Ponderación reserva de las averiguaciones previas. Justificación de la reserva.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el amparo en revisión en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de los artículos 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, párrafos segundo, tercero y sexto; 13, fracción V y 14, fracciones I y III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; y 9 del Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, pues la reserva de la información concerniente a las averiguaciones previas constituye una restricción desproporcionada al derecho de acceso a la información.

Criterios del voto concurrente:

En el voto se expone la discrepancia en relación con dos puntos concretos: la declaratoria de inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia; y la confusión que se desprende de la sentencia sobre la manera en las que operan la prueba de interés público y la prueba de daño.

En primer lugar, se estima incorrecto el estudio que hace la sentencia en relación con la fracción V del artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. La porción normativa impugnada no es inconstitucional, toda vez que respeta el principio de máxima publicidad que rige el derecho de acceso a la información. Dicho principio ordena que se establezca un régimen restringido de excepciones al derecho de acceso a la información, de tal manera que la apertura sea la *regla general* y la no divulgación la *excepción*.

Cuando se utiliza alguna de las fracciones del artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia para fundamentar la reserva de alguna información, ésta debe justificarse, lo que significa que por regla general la información es pública salvo que excepcionalmente se justifique la reserva con una argumentación de este tipo.

Así, contrario a lo que sostuvo la mayoría, este precepto es acorde con el principio de máxima publicidad, al permitir a la autoridad “ponderar y valorar, mediante la debida fundamentación y motivación” (párrafo 206) si se proporciona o no la información a la persona que la solicita. Si bien en el caso concreto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos reservó la información concerniente a una averiguación previa con fundamento en la fracción V del artículo 13, sin aducir las razones por las cuales consideró que se podría ocasionar un daño a la prevención o persecución de los delitos o a la impartición

de la justicia, ello se trata simplemente de una aplicación incorrecta de este precepto, lo que no puede implicar en absoluto que la norma sea inconstitucional.

Por otro lado, la mayoría sostuvo que la limitación a la publicidad de la información debe justificarse por medio de la utilización de una *prueba de daño*, conforme a la cual se debe demostrar los siguientes elementos: (i) que la divulgación de la información pone en riesgo o puede ocasionar un perjuicio al objetivo o principio que se pretenda salvaguardar; y (ii) que el perjuicio u objetivo reservado resulta mayormente afectado que los beneficios a que pudiera llegarse con difundir la información.

Lo anterior se estima incorrecto, puesto que desvirtúa la manera en la que debe operar este instrumento argumentativo para clasificar información que en principio es pública, toda vez que se mezclan elementos de la “prueba de daño” con aspectos que se analizan en una prueba o test de “interés público”.

La prueba de daño es una herramienta que sirve para clasificar información que en principio es de carácter público. Este test está íntimamente vinculado con el principio de máxima publicidad debido a que sirve para argumentar cuándo debe reservarse la información con la finalidad de evitar que con la divulgación se ocasione un daño a un bien jurídicamente protegido. Así, en esencia, es correcto lo que se establece en la sentencia en el sentido de que esa limitación a la divulgación de la información se encuentra justificada cuando con ella “[se] ponga en riesgo o [se] pueda ocasionar un perjuicio real al objetivo o principio que trata de salvaguardar”.

No obstante, la postura mayoritaria incurre en un error al establecer que se debe ponderar el daño que se intenta evitar con la reserva de la información con los beneficios que traería su difusión, pues este elemento desvirtúa las premisas en las que se apoya la prueba de daño, ya que ignora el hecho de que la información que se pretende clasificar por medio de este instrumento es pública, de ahí que para justificar la reserva sea necesario demostrar que su divulgación ocasionaría un daño al interés público en alguna de las situaciones previstas en la ley.

En este sentido, la ponderación entre los beneficios que se alcanzarían con la divulgación de la información en contraposición a los perjuicios que ocasionaría dicha apertura es una maniobra argumentativa que se realiza en el ámbito de lo que en el derecho comparado se denomina una prueba o “test de interés público” (public interest test). Este test es un instrumento utilizado en diversas jurisdicciones para resolver los conflictos ocasionados con motivo de solicitudes concretas sobre información que en *principio* goza de algún tipo de protección. Esto último es muy relevante, pues a diferencia de la situación en donde opera el test de interés público, la prueba de daño se realiza en relación con información que en principio tiene el carácter de pública.

Por lo anterior, se aparta de lo sostenido por la mayoría por lo que hace a la argumentación desarrollada en la sentencia en relación con los aspectos señalados.