

La objeción repetidamente hecha a la idea de la ponderación consiste en que no representa un método sujeto a control racional (...) Estas objeciones son correctas en la medida que la ponderación no es un procedimiento que conduzca en todos los casos a un resultado preciso e inevitable. [Pero] son incorrectas si est se toma en el sentido de que la ponderación es un procedimiento no racional o irracional.¹
Robert Alexy

LA PONDERACIÓN EN MOVIMIENTO. UN EJEMPLO DE SU APLICACIÓN COMO MEDIO PARA RESOLVER LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

FRANCISCO VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunos conceptos básicos.* III. *El caso concreto: acceso a la información vs. datos personales.* IV. *La ponderación en movimiento.* V. *Conclusiones.*

¹ El profesor alemán ha señalado: “*The objection is repeatedly made to idea of balancing that it does not represent a method subject to rational control (...) These objections are correct to extent that they mean that balancing is not a procedure leading in every case to a precise and unavoidable outcome. They are incorrect if this is taken to mean that balancing is a non-rational or irrational procedure.*” Véase: Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*, trad. de Julian Rivers, Reino Unido, Oxford University Press, 2002, p. 27, <http://books.google.com.mx/>

Resumen: La ponderación como medio de la argumentación constitucional para la solución de casos en los que colisionan derechos, principios o bienes de igual relevancia, su aplicación a través de los métodos socrático y tomista, y con ello, un acercamiento a este instrumento a través del método del caso, son el punto de partida que el autor maneja en este artículo. Para demostrar su hipótesis, el autor se introduce en el campo de la argumentación constitucional haciendo ver que la ponderación, si bien no es un medio que nos conduzca, en todos los casos, a resultados precisos e inevitables, no debe ser considerada un procedimiento arbitrario o sin sujeción a principios. Así, a través del análisis y resolución de un caso en el que se ven enfrentados el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de los datos personales, el autor pretende guiar al lector, paso por paso, en la aplicación de los principios que permiten dotar a un ejercicio de ponderación de la suficiente racionalidad para la resolución de litigios constitucionales.

Palabras clave: Ponderación, argumentación constitucional, colisión de derechos.

Abstract: The balancing as a means of constitutional argumentation solution where collide rights, principles or goods of equal relevance, its implementation through the socratic and thomistic methods, and with it, an approach to this instrument on the case method, are the main ideas that the author studies in this article. To prove his hypothesis, the author it is introduced in the field of constitutional argumentation, noting that the balancing, although is not a means that leads us, in all cases, to precise and unavoidable results, is not an arbitrary procedure or without subjection to principles. Thus, with the analysis and resolution of a collision case between the right of access to information and the right to the protection of personal data, the author aims to guide the reader, step by step, in the implementation of the principles to provide an balancing test enough rationality for the resolution of constitutional litigation.

Key words: Balancing, constitutional argumentation, collision of rights.

I. INTRODUCCIÓN

Alguna vez escuché a un maestro decir que, dentro de su cátedra, nosotros los alumnos obtendríamos más preguntas que respuestas, dándonos a entender que su misión sería bien cumplida si nosotros salíamos de ahí con interrogantes y cuestionamientos que nos permitieran, tiempo después, arribar a algunas de las respuestas, pero en todo caso, la premisa era clara: es imposible la generación de brillantes respuestas si no se han formulado previamente brillantes preguntas. Esta forma de pensar la asimilé, al punto de que hoy, so pretexto de esta investigación utilizaré los métodos intelectuales, cognoscitivos o pedagógicos que comulgan intrínsecamente con tal objetivo. Me refiero a los *métodos socrático y tomista*.

El primero de ellos contribuye a la búsqueda de la verdad porque es un método interrogatorio y adversarial, lo que resulta muy útil para diferenciar la verdad del error.² Por lo que hace al segundo, al ser resolutivo, analítico o inductivo, toma al acto o hecho como efectos, buscando sus causas o principios supremos, es decir, busca extraer, a partir de determinadas experiencias particulares, los principios generales que en ellas están implícitos.³ De esta forma, la mixtura de ambos métodos le permite al sujeto cognoscente observar la realidad, para que a partir de ella, se formule las preguntas adecuadas que le lleven a entender sus causas. Se trata, en suma, de partir del qué para luego poder entender el por qué y el cómo.

Así, parte de la propuesta que realizaré en estas líneas consiste, precisamente, en que tales métodos sean decididamente rescatados por el jurista contemporáneo, ya que al poseer el Derecho –como toda ciencia– un ámbito teórico y otro práctico, sólo resulta ser integralmente entendible hasta el momento en

² Barker, Robert S., "La educación legal en los Estados Unidos: éxitos y desafíos", *IURIS, Revista de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad de Cuenca, Ecuador, núm. 11, 2000, p. 33, <http://books.google.com.mx/>

³ Beuchot, Mauricio, *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, 2ª ed., España, Editorial San Esteban, 2004, p. 168, <http://books.google.com.mx/>

que dicha teoría se pone en movimiento, es decir, no será hasta que el sujeto cognoscente se acerque a los casos concretos cuando pueda extraer y entender los grandes principios jurídicos que se encuentran inmersos en ellos.

No es para nada una innovación, resulta más bien una “telequinesis”⁴ pedagógica. Todos sabemos que en los países que siguieron la tradición del *common law*, a diferencia de los que –como México– desarrollaron la tradición del *civil law*, la educación jurídica se imparte a través del *método del caso*, de ahí que se apele al concepto de *telequinesis pedagógica*, ya que sólo es requerido transportar a nuestra realidad un método que tiene éxito en otras latitudes. Sin embargo, esto no se hace por la pereza intelectual de profesores y alumnos, debido a que implicará para todos mayores esfuerzos en la preparación de cada clase. Pero una vez superado ese escollo, los resultados serán altamente gratificantes, tanto en relación con el proceso de enseñanza-aprendizaje como en cuanto al desarrollo de la relación profesor-alumno.

No por nada se afirma que “...*el método socrático, especialmente en combinación con el método de casos, exige del estudiante las mismas cualidades que son necesarias para el ejercicio de la profesión: la preparación constante, la capacidad de analizar y sintetizar, en una manera disciplinada y crítica, de expresarse de una manera clara, concisa y correcta, de llegar a una conclusión razonable y defenderla persuasivamente.*”⁵

Es por todo lo anterior que advertí la necesidad de escribir sobre un tema, sí conocido por todos, pero que de suyo resulta complejo y difícilmente explicable y/o entendible para la gran mayoría de quienes no han profundizado en su práctica. De esta manera, mi objetivo a lo largo de estas líneas será abordar nuestro tema a través de los métodos cognoscitivos antes expuestos, pretendiendo que con ello resulte un poco más asequible para

⁴<<Telequinesis>> Desplazamiento de objetos sin causa física, motivada por una fuerza psíquica o mental. Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/draeI/>

⁵Barker, Robert S., *op. cit.*, p. 33.

el que quiera conocerlo. Me refiero –obvio es– a la ponderación, *balancing* o también denominado juicio de razonabilidad.

Todos aquellos que se jacten de estar a la “última moda” constitucional, no pueden ni deben dejar de hacer referencia a la ponderación. Pero, ¿en qué consiste este procedimiento?, ¿cómo se aplica?, ¿es infalible?, ¿tiene verdadero sentido práctico?, ¿es asequible al común de los mortales? Como puede observarse, ante temas como el de la ponderación lo común es que surjan más preguntas que respuestas, ya que debido a su complejidad pareciera más un procedimiento críptico, oscuro o enigmático, del que todos hablan, pero pocos entienden. Luego, resulta importante afirmar que la ponderación no es un procedimiento que sólo deba ser conocido y utilizado por los “grandes” jueces constitucionales, ya que es, al final de cuentas, sólo un procedimiento más que permite fortalecer, argumentativamente hablando, las soluciones que podamos encontrar dentro de los litigios constitucionales.

Es más, todos los seres humanos –de una u otra manera– constantemente realizamos este tipo de juicios. Cuántos de nosotros no hemos sido invitados por distintas personas, por ejemplo, a dos lugares o eventos diversos, ante lo cual, hemos tenido que razonar a cuál de ellos asistir debido a que una conclusión resulta evidente: no se puede estar en dos lugares al mismo tiempo. Así, hemos tenido que preferir entre uno u otro, y para ello, hemos tenido que ponderar entre ambas invitaciones atendiendo a las circunstancias concretas del caso, claro está, si lo que deseamos es tomar una decisión equilibrada y bien razonada. Este sencillo ejemplo refleja con claridad el objeto de la ponderación: resolver un caso en el que no puedan satisfacerse, tutelarse o protegerse dos derechos, principios o bienes de la misma relevancia que han entrado en conflicto, al punto de que habrá que escoger, equilibradamente y con razones de peso, a cuál de ellos preferir.

Así, en un mundo jurídico en el que teorías van y teorías vienen, considero que resultará un humilde, pero significativo aporte, el realizar de la manera más simple posible, un ejercicio que, a través del planteamiento y la resolución de un caso con-

creto, permita esclarecer a qué nos referimos los constitucionalistas cuando hablamos de la ponderación, y lo que es más aún, observar este método en *movimiento*.

Pasemos pues a un breve apartado que nos aclare algunos conceptos básicos que nos permitirán posteriormente adentrarnos al análisis tópico y casuístico del tema que nos ocupa.

II. ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS

a) *El neoconstitucionalismo y la desnormativización del Derecho*

Para nadie es desconocido que en las últimas décadas, y debido al vigoroso desarrollo del neoconstitucionalismo, dentro del ámbito jurídico estamos inmersos en un proceso, al cual, Rodolfo Luis Vigo ha denominado con el nombre de “desnormativización del Derecho”, señalando que, si tal y como refiere Robert Alexy, la diferencia entre el legalismo y el constitucionalismo radica en que aquél, a diferencia de éste, enarbola las normas y rechaza los principios y valores, ahora el neoconstitucionalismo despreciará a las normas, desbordando así su entusiasmo por los principios.⁶

Lo anterior es así debido a que el concepto de *neoconstitucionalismo*, a dicho de Mauro Barberis, “...puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin, [quien] con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico [con] una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el Derecho no se distingue necesariamente o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos.”⁷

⁶ Vigo, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VI, p. 418.

⁷ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la

Así por ejemplo, Zagrebelsky⁸ diría que el Derecho del Estado constitucional está formado sobre todo por principios, ya que de otra forma no sería apto para la aproximación *rígida*, y poco *dúctil*, del método iuspositivista, debido a que se terminaría por desatender las exigencias de justicia (sustancial y no meramente formal) que la realidad práctica del Derecho llevaría en sí mismo.

Es así como hoy se ha generado un desbordado entusiasmo por los valores y principios, postulados los cuales, le han ido ganado terreno a las normas jurídicas *stricto sensu*, lo que dicho sea de paso, resulta ser –en cierta medida– inconveniente, ya que como lo referirá Vigo, pensar que el Derecho sólo debe estar configurado por principios representa un riesgo que no sólo debe advertirse sino corregirse.

Pero más allá del riesgo apuntado por Vigo, lo cual no es objeto de este estudio⁹, ¿qué diferencia existe entre los valores, principios y normas jurídicas?

b) Los valores, las normas de principio y las normas de regla

En términos generales podemos decir que el Derecho llega a expresarse a través de estos tres tipos de postulados: valores, principios y normas jurídicas *stricto sensu*. Miremos rápidamente una propuesta de definición que permita entender tales conceptos, así como algunos criterios que nos ayuden a diferenciarlos:

- *Los valores*: son realidades o proposiciones que clara y evidentemente constituyen el orden de convivencia política y son fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admiten por la sociedad como estimables sin necesidad de de-

Moral”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 260.

⁸ Cfr. Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 194-195.

⁹ Para profundizar en este tema puede consultarse: Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 418.

mostración. Pensemos por ejemplo en la igualdad, concepto que resulta ser una realidad pre-jurídica debido a que todos los seres humanos somos iguales en dignidad. Lo reconozca o no el Derecho, así es.

- *Los principios*: son normas pre-legales¹⁰ debido a que gozan de general y constante aceptación en el ámbito jurídico y tienen como finalidad especificar los valores constitucionales. Pensemos por ejemplo, ya no el valor de la igualdad, sino en el principio de igualdad, el cual señalaría algo como lo siguiente: el varón y la mujer son iguales ante la ley (artículo 4° de la Constitución mexicana).
- *Las normas jurídicas*: son enunciados que establecen un supuesto y una consecuencia. Pensemos por ejemplo en una norma que establezca que la mujer casada no necesita la autorización del marido para aceptar o repudiar una herencia (artículo 1655 del Código Civil Federal mexicano).

De esta manera, y a fin de esquematizar de mejor manera nuestro análisis, debemos decir que, además de los valores, dentro del género de <<norma>> (normas *lato sensu*) encontramos dos especies: las normas de principio y las normas de regla (normas jurídicas *stricto sensu*).¹¹

¹⁰ Es importante precisar que cuando en la definición anterior se menciona que los principios de derecho son normas no legales, no se refiere a que sean pre-jurídicas o meta-jurídicas –características propias de los valores–, sino más bien a que tales principios son pre-legales o meta-legales, es decir, que aún y cuando no sean normas positivas expedidas por los órganos legislativos competentes, gozan de general y constante aceptación en el ámbito jurídico.

¹¹ Rodolfo Luis Vigo prefiere denominar al género “regla jurídica” y a las especies “principio” y “norma”. No obstante, nosotros hemos preferido ceñirnos a la clasificación que sobre el particular han desarrollado Alexy y Atienza, simplemente porque nos parece más fácilmente comprensible. Cfr. Alexy, Robert, *op. cit.*, p.48, y Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 102, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf

c) *Normas de principio y normas de regla: sus diferencias*

Para poder diferenciar estos tres tipos de postulados, un primer criterio consiste en atender a las disciplinas o ciencias de las que son objeto de estudio.

Así, mientras los valores son explicados por la axiología, la ética o la filosofía moral, los principios son producto de un análisis de los filósofos del derecho que toman aquellos valores y los proyectan al ámbito jurídico como mandatos de optimización. No por nada Vigo afirmará –parafraseando a Alexy– que los principios tienen “...*forma jurídica y contenido moral*...”¹²

Por su parte, las normas jurídicas *stricto sensu* son creadas y explicadas por la ciencia jurídica a través de reglas que resultan un tanto “mecánicas” debido a que poseen un supuesto normativo y una consecuencia jurídica, razón por la cual, a diferencia de los principios, tales reglas se aplican a todo o nada (*all-or-nothing*), es decir, actualizado el supuesto debe producirse la consecuencia, pero no acontecido lo primero, no puede ocasionarse lo segundo.

Es por ello que los principios al carecer de supuesto normativo y consecuencia jurídica han sido denominados por Robert Alexy como *optimization requirements*¹³, lo que ha sido traducido como <<mandatos de optimización>>, debido a que ordenan “...*la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas son mandatos definitivos en tanto requieren una conducta determinada o definida que agota el cumplimiento pleno de las mismas*...”¹⁴

¹² Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 39.

¹³ El catedrático de la Universidad de Kiel sostiene que: “*The decisive point in distinguishing rules from principles is that principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities. Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules. By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it say, neither more nor less. In this way rules contain fixed points in the field of the factually and legally possible. This means that the distinction between rules and principles is a qualitative one and not of degree. Every norm is either a rule or a principle.*” Véase: Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁴ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 35.

De lo anterior, es fácil advertir un segundo criterio que nos permite diferenciar –ya concretamente– a las normas de principio de las normas de regla (normas jurídicas *stricto sensu*). Me refiero a lo que Ronald Dworkin ha llamado el *test de aplicabilidad*.¹⁵

Por el *test de aplicabilidad* podemos distinguir una norma de principio de una norma de regla debido a que la primera "... no pretende establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular (...) los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia"¹⁶, en cambio, las normas de regla "...son aplicables de forma disyuntiva (*all-or-nothing*). Por ello si los hechos que estipula una norma están dados (...) la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada..."¹⁷, lo que significa que la norma de regla se aplica a todo o nada, como ya lo hemos advertido. Si se da el supuesto debe producirse la consecuencia. Muy por el contrario, la norma de principio sólo orienta, no puede aplicarse directamente al caso concreto, ya que requerirá de una construcción argumentativa que justifique el por qué de su utilización para la resolución del caso al que nos enfrentemos.

Pero lo verdaderamente importante será advertir que mientras los valores dan fundamento a las normas de principio, son éstas las que a su vez deben darlo a las normas de regla, a efecto de que el sistema jurídico se encuentre impregnado de la mayor coherencia posible, ya que "...los principios son derecho concentrado, y consiguientemente, cuentan con capacidad para expresarse en normas diversas a las que podrán explicar, justificar y controlar..."¹⁸ Esa explicación, justificación y control, es el contenido de la relación existente entre los valores y las normas de principio, y entre éstas y las normas de regla.

¹⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, U.S., Harvard University Press, 1978, p. 26, <http://books.google.com.mx/>

¹⁶ Etcheverry, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM-III, 2006, p. 12, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2255>

¹⁷ *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 35.

d) *La ponderación: su importancia*

Una vez que hemos dejado en claro que debido al vigoroso desarrollo del neoconstitucionalismo se ha generado un proceso de desnormativización del Derecho, lo que ha llevado a que los valores y las normas de principio le resten, dentro del ámbito jurídico, terreno e importancia a las normas de regla (normas jurídicas *stricto sensu*), analicemos rápidamente qué importancia tiene la ponderación o *balancing* dentro de este panorama.

El procedimiento de la ponderación ha venido adquiriendo relevancia debido a los cambios apuntados en los incisos anteriores, toda vez que dichos cambios (neoconstitucionalismo y desnormativización del Derecho) en nada han variado lo complejo de los casos que pueden llegar a actualizarse. Quizá, lo que sí han generado dichos cambios es que, ahora, al estar los sistemas jurídicos impregnados de más normas de principio que de normas de regla, la problemática concreta que se puede llegar a presentar para la resolución de los mismos ha variado, razón por la cual también deben variar los métodos para su resolución.

Para nadie es desconocido que cuando se trabaja en el plano de las normas de regla, al momento en que se presenta un caso en el que dos de ellas entran en conflicto, configurándose así lo que se conoce con el nombre de *antinomia*, la visión decimonónica del Derecho configuró ciertos métodos o reglas que permiten solucionar esa problemática. Así, cuando a un caso concreto parecen serle aplicables dos normas de regla que establecen consecuencias jurídicas diferentes, habrá que atender a criterios como los de *jerarquía*, *competencia*, *temporalidad* o *especialidad* para determinar cuál de ellas es la válida para resolver el litigio en cuestión. Por ejemplo, si la antinomia se presenta entre una norma constitucional y una norma legal, atendiendo a la regla de *jerarquía*, habrá que aplicar la constitucional por ser jerárquicamente superior a la legal, o bien, si el conflicto se presenta entre una norma civil y una norma mercantil, y el caso se refiere a una compraventa entre comerciantes, atendiendo a la regla de *especialidad* habrá que aplicar la norma mercantil, ya que la norma especial inaplica a la norma general.

Pues esta misma problemática se presenta en el terreno de los principios, precisamente, cuando se actualizan casos en los que se ven involucrados, por ejemplo, dos derechos fundamentales que son aplicables al mismo caso, pero que discurren en direcciones opuestas, es decir, las soluciones que aportan son completamente diferentes. Así por ejemplo, el caso que analizaremos se trata del “choque” entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de los datos personales. El primero establece un principio que podría enunciarse así: *toda la información en poder del Estado es pública*, lo que claramente obligaría a cualquier dependencia pública a entregar a los ciudadanos la información que posee. El segundo establece un principio que podría enunciarse de la siguiente manera: *toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales*, lo que obligaría a cualquier dependencia pública a no entregar aquella información que contenga datos personales.

Pero, ¿qué pasaría si un ciudadano, en ejercicio del derecho de acceso a la información, solicitase al Estado la entrega de información que contuviera datos personales de terceros?, ¿debe entregar la información o debe reservarla? Lo único claro es que al tutelar uno de los derechos desprotegerá el otro, decisión que no debe ser tomada de manera arbitraria, sino dando las razones de peso que justifiquen cabalmente su proceder.

Por ello “...conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas y, sobre todo, que se dejen atrás los tradicionales postulados iuspositivistas.”¹⁹

No por nada “...esa tranquilizadora y atractiva visión [del sistema jurídico como paradigma] sufrirá en la década del 50 el conmoviente ataque de Viehweg, quien defenderá frente al pensar sistémico del derecho, el pensar tópico o aporético. Se trata de volver al compromiso originario del derecho con el caso y su justa solución, evi-

¹⁹ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005, p. 130.

tando las infidelidades y distorsiones que podría producir el asumirlo desde las categorías pre-definidas por el sistema."²⁰

De esta forma, debemos afirmar categóricamente que los principios interpretativos que deben utilizarse al momento de resolver casos en los que se encuentren involucrados derechos fundamentales, no pueden y no deben ser únicamente los propuestos por la visión decimonónica del Derecho, sino que se requiere de principios específicos para proceder a su correcta interpretación. Uno de estos principios es el denominado *principio de posición preferente de los derechos fundamentales*, según el cual, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que pueden entrar en colisión dos derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.²¹

Así, si <<ponderación>> significa "...atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo; acción de pesar algo; compensación o equilibrio entre dos pesos..."²², es quizá por ello que se haya elegido tal concepto como el más adecuado para traducir el término empleado por Robert Alexy: *balancing*.

De esta manera la ponderación es retornar, en cierta medida, a la forma en que se resolvían los litigios antes de la codificación decimonónica, es decir, "pesando" los derechos, argumentos y circunstancias de las partes en conflicto. No por nada el símbolo del Derecho y de la Justicia ha sido por excelencia una balanza, dado que representa la medición a través de la cual se puede dar a cada uno lo suyo. Por lo anterior es que Bernal Pulido define a la ponderación o *balancing* como "...la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización."²³

Con esta simple enunciación he querido hacer ver la diferencia entre los métodos –ciertamente sencillos– con los que

²⁰ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 40.

²¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 131.

²² *Diccionario de la Lengua Española*, voz ponderación.

²³ Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2005, p. 20, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/5.pdf>

pueden llegar a resolverse las antinomias generadas entre las normas de regla, y la ponderación, que será uno el método para resolver eventuales colisiones entre principios.

Lo importante de todo ello será tener presente que los métodos utilizados para la solución de antinomias en el terreno de las normas de regla no son aplicables, por ejemplo, a la colisión de dos derechos fundamentales, ya que al ser éstos expresados por normas de principio, le exigen al operador jurídico la mejor actuación jurídica y fáctica posible, lo que implica que no siempre deberá prevalecer un principio sobre otro, sino que tal prevalencia dependerá de las circunstancias del caso concreto.²⁴ De aquí la importancia de nuestro objeto de estudio. Pasemos pues al planteamiento y solución del caso concreto.

III. EL CASO CONCRETO: ACCESO A LA INFORMACIÓN VS. DATOS PERSONALES

a) El procedimiento ante el Servicio de Administración Tributaria

Al aprobarse el artículo 15° la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 2007, el Congreso de la Unión otorgó al Servicio de Administración Tributaria²⁵ (SAT) la facultad de cancelar ciertos créditos fiscales a fin de determinar qué obligaciones relativas al pago de impuestos podrían dejar de cobrarse. El artículo en comento señalaba que:

²⁴ Esto último no ocurre, por ejemplo, en el terreno de las normas de regla, ya que un contrato de compraventa entre comerciantes deberá ser resuelto siempre mediante la aplicación de las normas mercantiles, y sólo supletoriamente, podría ser resuelto por las normas civiles.

²⁵ Conforme al artículo 2° de la Ley del Servicio de Administración Tributaria, el SAT tiene la responsabilidad de aplicar la legislación fiscal y aduanera con el fin de que las personas físicas y morales contribuyan proporcional y equitativamente al gasto público, de fiscalizar a los contribuyentes para que cumplan con las disposiciones tributarias y aduaneras, de facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario de dichas disposiciones, y de generar y proporcionar la información necesaria para el diseño y la evaluación de la política tributaria.

LA PONDERACIÓN EN MOVIMIENTO

Artículo 15. Se faculta a las autoridades fiscales para que lleven a cabo la cancelación de los créditos fiscales cuyo cobro les corresponda efectuar, en los casos en que exista imposibilidad práctica de cobro, así como cuando exista incosteabilidad. Se considera que existe imposibilidad práctica de cobro, entre otras, cuando los deudores no tengan bienes embargables, el deudor hubiera fallecido o desaparecido sin dejar bienes a su nombre o cuando por sentencia firme hubiera sido declarado en quiebra.

Para que un crédito se considere incosteable, la autoridad fiscal evaluará los siguientes conceptos: monto del crédito, costo de las acciones de recuperación, antigüedad del crédito y probabilidad de cobro del mismo.

La Junta de Gobierno del Servicio de Administración Tributaria establecerá, con sujeción a los lineamientos establecidos en este artículo, el tipo de casos o supuestos en que procederá la cancelación por imposibilidad práctica de cobro e incosteabilidad a que se refiere este artículo.

La cancelación de los créditos a que se refiere este artículo no libera de su pago.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público entregará un informe detallado a las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, que deberá ser enviado a más tardar el treinta y uno de octubre de 2007, de las personas físicas y morales que hayan sido sujetas a la aplicación de esta disposición y los procesos deliberativos de la junta de gobierno del Sistema de Administración Tributaria para determinar los casos de incosteabilidad o imposibilidad de cobro. Dicho informe deberá contener al menos lo siguiente: Sector, actividad, tipo de contribuyente y porcentaje de cancelación.

Asimismo, dicho informe deberá contener el reporte de las causas que originaron la incosteabilidad o imposibilidad de cobro.

Como puede observarse, si bien es cierto que la facultad anterior pareciera ser discrecional, el Congreso de la Unión determinó que sería la Junta de Gobierno del SAT el órgano que fijaría los criterios generales en base a los cuales pudiera proce-

derse a la cancelación de los créditos fiscales, a fin de que con ello, se eliminara la posibilidad de tomar decisiones discrecionales. Así fue como la Junta de Gobierno expidió el Acuerdo JG-SAT-IVO-6-2007, según el cual sólo podrían ser cancelados los créditos fiscales en las hipótesis siguientes: (i) cuando el deudor hubiera fallecido o desaparecido sin dejar bienes a su nombre; (ii) cuando el deudor hubiera sido declarado en quiebra; (iii) cuando no se contara con los datos suficientes que permitieran la identificación del deudor; (iv) cuando los créditos tuvieran ocho años o más de antigüedad; o (v) cuando los créditos fueran menores a 11,500 pesos con una antigüedad mayor a 3 años.²⁶

Asimismo, y para el adecuado análisis del caso, resultará importante advertir que el 24 de marzo de 2008 el SAT presentaba a las Cámaras del Congreso de la Unión un informe pormenorizado sobre el resultado del proceso de cancelación de créditos fiscales, tal y como lo mandatan los dos últimos párrafos del precepto legal referido. En dicho informe se hacía constar, entre muchas otras cosas, que el monto cancelado en el proceso masivo ascendía a 73,960.4 millones de pesos que representaban 711,626 créditos.²⁷

Como puede observarse, el resultado anterior resultaría muy significativo en cuanto a los recursos públicos que el erario dejaría de percibir, razón por la cual, como debe ocurrir en cualquier régimen que se jacte de ser democrático, el ejercicio de esta facultad por parte del SAT sería objeto de investigación por parte de la ciudadanía. Cabe señalar que una de las vías que más ha servido a la ciudadanía para lograr la transparencia y rendición de cuentas en los Estados democráticos es el ejercicio del derecho de acceso a la información pública gubernamental, el cual, dentro del sistema constitucional mexicano se encuen-

²⁶ Comunicado de prensa n° 54/2010 de fecha 21 de abril de 2010 emitido por el SAT, www.sat.gob.mx

²⁷ Oficio folio 400-SAT-2008-0052 de fecha 24 de marzo de 2008, suscrito por la C. Rosa María Vega Peón, http://senado.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/60/2/2008-03-25-1/assets/documentos/INFORME_SAT.pdf

tra tutelado por el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

*b) El procedimiento ante el Instituto Federal de Acceso a la Información.*²⁸

Así fue como el 20 de noviembre de 2009, el ciudadano Raúl Canseco Gaytán, quien es titular de un blog denominado “Defensa en contra de Multas impuestas por el SAT”, requería al SAT la lista final de los asuntos cancelados –por nombre y número de crédito– en el proceso masivo que emprendió dicho órgano con fundamento en el acuerdo JG-SAT-IVO-6-2007.

Ante esa solicitud de información, el SAT respondía el 15 de diciembre de 2009 que la información solicitada estaba “... *clasificada como reservada, en virtud de que se encuentra protegida por el secreto fiscal, el cual obliga a los servidores públicos del SAT a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación*”, que emprendan tales servidores públicos.

Es importante mencionar que el SAT se negó a entregar la información solicitada con fundamento, entre otros, en el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, el cual establece que:

Artículo 69. El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación.

Derivado de tal negativa de acceso a la información, con fecha 18 de diciembre de 2009, el ciudadano Raúl Canseco Gaytán interpuso ante el Instituto Federal de Acceso a la Informa-

²⁸ Resolución de fecha 10 de marzo de 2010 emitida por el Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información dentro del expediente 6030/09, relativo al Recurso de Revisión interpuesto por el ciudadano Raúl Canseco Gaytán, www.ifai.gob.mx

ción (IFAI) el recurso de revisión al cual se le asignó el número de expediente 6030/09, siendo turnado a la ponencia del Comisionado Ángel Trinidad Zaldívar.

Es por ello que con fecha 10 de marzo de 2010, el Pleno del IFAI emitió una resolución en la que revocó la decisión del SAT de no revelar los nombres y los montos correspondientes a los créditos fiscales cancelados durante 2007, señalando –palabras más, palabras menos– que:

1. *“...el único mecanismo para que la sociedad pueda evaluar si el [SAT] está cumpliendo con su atribución de recaudar eficientemente y evitar la evasión y elusión fiscal (...) es conocer a las personas físicas y morales a quienes les ha cancelado adeudos...”*.²⁹
2. *“...conocer esta información promueve la rendición de cuentas de decisiones públicas y actos públicos, fortaleciendo el ejercicio del derecho humano de acceso a la información pública consagrado en la [CPEUM] en su artículo 6º, fracción I, que establece que toda la información en posesión de los órganos del Estado Mexicano es pública...”*.³⁰
3. *“...la decisión de la cancelación de créditos fiscales guarda la naturaleza de una determinación contingente, en tanto que son ciertas personas morales y físicas las que reciben el ‘beneficio’, mientras que otras no lo reciben. De esta forma, la decisión no involucra únicamente al [SAT] y a la persona que se le cancela el adeudo, sino que concierne a la totalidad de la ciudadanía en tanto que, por disposición constitucional, todos los mexicanos están obligados a contribuir al gasto público...”*.³¹
4. La reserva establecida en el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación *“...se refiere a aquellos datos o información suministrada por los contribuyentes, [siendo éste] la persona que paga contribución o impuestos al Estado, [por lo que] para efectos de transparencia se puede establecer que la reserva [señalada] se construye a aquellos que pagan sus impuestos, y no resulta aplicable a quienes*

²⁹ *Ibidem*, considerando cuarto, p. 46.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, considerando cuarto, p. 47.

por alguna razón dejaron de contribuir (...) que es precisamente de lo que versó la solicitud de acceso a la información...".³²

Así fue como el Pleno del IFAI resolvía por unanimidad revocar la respuesta emitida por el SAT, ordenándole a dicho órgano que entregara la información solicitada.

Hasta lo ahora visto, pareciera ser que todos los razonamientos esgrimidos por el IFAI son irrefutables, claro está, desde el punto de vista del derecho fundamental de acceso a la información pública, el cual, a dicho de tal órgano, debiera prevalecer frente a un mandato legal que establece el denominado *secreto fiscal*.

Sin embargo, no debe pasar desapercibido que en el caso concreto, no sólo es tal derecho fundamental el que se encuentra involucrado, ya que "...en todo 'secreto' habrá tres partes involucradas: la parte que proporciona información, la parte que recibe y debe custodiar la información, y el tercero del que se oculta dicha información. [Así] la información relativa o este género de 'secretos', siempre conlleva una característica importante y que consiste en su vinculación a los llamados 'datos personales' de un sujeto, en los que precisamente se insertan datos sobre su estado patrimonial. La protección de la información de naturaleza personal tiene su fundamento en la esfera de la vida privada y/o íntima de los individuos, derechos éstos reconocidos en prácticamente todas las Constituciones de los Estados y en los Pactos, Convenios y Tratados internacionales. [Por ello], el sujeto que conoce la información ya sea por motivo de su profesión, encargo, función o encomienda, tiene la irrefregable obligación de resguardarla, protegerla y usarla única y solamente para cumplir con los objetivos para los que le fue entregada...".³³

Es aquí donde el presente caso deja ver toda su riqueza y se convierte en paradigma por lo que hace a casos en los que se actualiza la tan comentada colisión de derechos.

³² *Ibidem*, considerando sexto, pp. 50 y 51.

³³ Voto particular del Comisionado Alonso Gómez-Robledo al Recurso de Revisión n° 1852/05 del Comisionado ponente Alonso Lujambio Irazábal, www.ifai.gob.mx

De esta forma es claro, por un lado, que la CPEUM establece una norma de principio o máxima de optimización, en el sentido de que *toda la información en posesión del Estado es pública* (Art. 6º, base I constitucional), pero por otro lado, también señala que *toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales* (Arts. 6º, base II y 16º constitucionales), razón por la cual, al momento en que el IFAI ordenaba hacer pública una información que contenía datos personales de terceros, debía realizar un ejercicio de ponderación que explicara por qué en este caso debe preferirse a un derecho fundamental sobre otro, lo cual, a nuestro juicio, no fue realizado por el IFAI.³⁴

Sólo por mencionar un ejemplo de la omisión antes referida, dentro del considerando tercero de la resolución del IFAI, en el que supuestamente se revisó la normatividad pertinente para resolver el caso, nada se dice en torno a los artículos 2º de la Ley Federal de Protección a los Derechos del Contribuyente, o 21 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los cuales son del tenor siguiente:

Ley Federal de Protección a los Derechos del Contribuyente

Artículo 2.- Son derechos generales de los contribuyentes los siguientes:

VII. Derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes que los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria, los cuales sólo podrán ser utilizados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación.

³⁴No debe pasar desapercibido que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho fundamental del que sólo son titulares las personas físicas, razón por la cual la resolución del IFAI quizá podría ser considerada correcta en torno a la orden de publicación de la información relativa a personas morales o empresas, pero no así de la información o datos personales de personas físicas. Cfr. Tesis: 2a. XCIX/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 549, registro n° 169167.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Artículo 21. Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información.

Nada se menciona tampoco sobre las consecuencias que podrían recaer en los servidores públicos del SAT, los cuales, al hacer pública la información con los datos personales de los sujetos a los que se les canceló el crédito fiscal, pudieran incurrir en responsabilidades administrativas y/o penales. La posición de tales servidores públicos era jurídicamente delicada, razón por la que el Jefe del SAT y otros funcionarios del organismo presentaron una demanda de amparo ante el Poder Judicial de la Federación (PJF).

c) El procedimiento ante el Poder Judicial de la Federación y ante Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Una vez que diversos funcionarios del SAT presentaron la demanda de amparo antes mencionada, resultará importante advertir que el 12 de abril de 2010, la titular del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal otorgaría a dichos servidores públicos la suspensión provisional en contra de la resolución del IFAI, suspensión que a la postre sería revocada por el Sexto Tribunal Colegiado en materia administrativa el 03 de mayo del mismo año.

Dicho tribunal señalaría: *"...es dable concluir que de la resolución reclamada no se desprende el agravio personal y directo que pudieren resentir los quejosos, como particulares, puesto que en ella se instruye al SAT para que haga pública la relación de personas físicas y morales a las que les fueron cancelados los créditos fiscales (...) Sin que ello impida advertir, en otro aspecto, que las posibles sanciones que reclaman los quejosos pudieran incidir en sus personas, son actos*

*claramente futuros e inciertos, sobre lo que tampoco es dable conceder la suspensión provisional...*³⁵

Con ello, lo único claro hasta ese momento era que este caso representaba un verdadero reto para el sistema jurídico mexicano y sus aplicadores, debido a que la colisión de derechos fundamentales no sólo se hacía evidente, sino que no existía mediana claridad en la forma de resolverla. Aunado a ello, la diversidad de criterios –por no decir contradicciones– en que incurrieron los órganos del Estado mexicano se hacía presente. Otro de estos órganos sería la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Veamos por qué.

La CNDH tendría conocimiento de este asunto debido a que diversos ciudadanos (algunos a los que les fueron cancelados los créditos fiscales por el SAT), presentarían una queja en contra de la decisión del IFAI debido a que su resolución ordenaba hacer públicos sus nombres y los montos de los créditos fiscales que les fueron cancelados, violando así su derecho fundamental a la protección de los datos personales. Así fue como el 09 de abril de 2010, la CNDH dictaba medidas cautelares recomendando al SAT que no hiciera públicos los datos personales de referencia.

Cabe señalar que el régimen de adopción de medidas cautelares o precautorias que emita la CNDH está determinado por los artículos 40 de la Ley de tal organismo, así como por los artículos 116, 117 y 118 de su Reglamento Interno, siendo importante resaltar que esta facultad consiste en solicitar a las autoridades competentes que adopten todas las medidas necesarias para evitar la consumación irreparable, o la producción de daños de difícil reparación a los afectados (Art. 40 LCNDH).

Obvio era que el SAT aceptaría las medidas cautelares, argumentando que debían *“... proteger la identidad de los quejosos y asegurar que su nombre no sea divulgado, a efecto de proteger los derechos humanos de los mismos”*.³⁶

³⁵ Acuerdo del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente al 03 de mayo de 2010, Recurso de Queja 55/2010 (XI), www.cjf.gob.mx

³⁶ Comunicado de prensa n° 65/2010 de fecha 08 de mayo de 2010 emitido por

¿Qué derecho deberá prevalecer?, ¿a quién debe protegerse?, ¿al sujeto solicitante de la información?, ¿a los terceros cuyos datos personales se encontraban en juego?, ¿a los servidores públicos que de cumplir con una resolución en materia de transparencia, muy probablemente incumplirían otro tipo de normas?, ¿cómo determinar lo “suyo” de cada quién?, son algunas de las preguntas que nos servirán para adentrarnos al campo de la *ponderación*.

IV. LA PONDERACIÓN EN MOVIMIENTO

Como ya hemos señalado, ante casos como el planteado, el operador jurídico está constreñido a dar razones y argumentos que justifiquen su decisión. En este sentido, más allá de la decisión que se asuma como la correcta, lo que se considera imprescindible es que, ante una colisión de derechos, principios o bienes constitucionales de la misma naturaleza, el intérprete constitucional debe elegir algún método argumentativo que, ante todo, sea racional. De ahí que Robert Alexy manifestara que “...la objeción repetidamente hecha a la idea de la ponderación consiste en que no representa un método sujeto a control racional (...) estas objeciones son correctas en la medida que la ponderación no es un procedimiento que conduzca en todos los casos a un resultado preciso e inevitable. [Pero] son incorrectas si esto se toma en el sentido de que la ponderación es un procedimiento no racional o irracional...”³⁷

Así las cosas, debe partirse de la siguiente premisa: el ejercicio de ponderación, o también llamado *juicio de razonabilidad*, no es una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas.

Muy por el contrario, debe utilizarse algún método que resuelva el conflicto y que posibilite crear condiciones de prioridad en abstracto, es decir, que nos permita conocer las condiciones bajo las cuales un derecho, principio o bien constitucional debe prevalecer sobre otro. Al respecto, el PJJ ha emitido algunas tesis

el SAT, www.sat.gob.mx

³⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 27.

de jurisprudencia que permiten advertir en qué consiste el método o procedimiento de ponderación.

Así por ejemplo, en agosto de 2006, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, señalaba que *"...de acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o sub-principios siguientes: a) idoneidad; b) necesidad; y c) proporcionalidad..."*³⁸

Posteriormente, en julio de 2008, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación referiría en un caso en el que colisionaron el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la salud que *"...la libertad de trabajo no es absoluta y, como otros derechos fundamentales, admite restricciones. El juez constitucional al analizar esas restricciones para determinar si son válidas o no, debe comprobar que éstas satisfagan tres requisitos: a) que sean admisibles constitucionalmente, b) que sean necesarias, y c) que sean proporcionales..."*³⁹

Así, tal y como ya lo hemos mencionado, lo que se busca con la ponderación es establecer cuál derecho deberá prevalecer en el caso concreto, sin que ello implique la anulación del otro, ya que las condiciones de prioridad podrían ser diferentes dependiendo del caso a resolver.

Una vez puntualizado lo anterior, pasemos pues al análisis pormenorizado de la propuesta que, como método o procedimiento para realizar una ponderación, plantearemos a continuación, haciendo especial énfasis en que la misma ha sido construida, tanto de los precedentes jurisdiccionales antes citados, como de las doctrinas que al respecto ha sostenido Robert Alexy en su obra: *A theory of constitutional rights*.

También resulta importante advertir que esta propuesta, ni es la única, ni pretende serlo, ya que, en todo caso, quizá su

³⁸ Tesis: I.4o.A.536 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 2347, registro n° 174337.

³⁹ Tesis: 1a. LXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 461, registro n° 169210.

principal aporte será que se intentarán detallar los *pasos mínimos* que consideramos deben verse reflejados en cualquier procedimiento de ponderación que pretenda ser realizado con sujeción a algunos principios. Así, el cumplimiento de tales principios será lo que impregne a la ponderación de una racionalidad mínima.

a) *El principio de identificación (paso 1 de 4)*

El *principio de identificación* consiste en ubicar al menos dos bienes constitucionalmente protegidos de igual relevancia, por ejemplo, dos derechos fundamentales o dos normas constitucionales que colisionan. En suma, lo que debemos preguntarnos es: *¿cuáles son los derechos, principios o bienes constitucionales en conflicto?*

Así las cosas, la aplicación de este primer principio a nuestro caso consistiría en advertir que el enfrentamiento se actualiza entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales.

Colisión de derechos

Derecho de acceso a la información

VS

Derecho a la protección de datos personales

Quizá el lector pueda estar pensando que por su sencillez, este paso resulta trivial e insignificante. Sin embargo, con mayor regularidad de la que podemos imaginar, es la inadecuada aplicación de este principio lo que nos lleva muchas veces a cometer alguno de los siguientes errores:

(i) *No advertir la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación*

Respecto de esta primera equivocación, no habría más que recordar que el IFAI incurrió en la inadecuada aplicación del *principio de identificación*, ya que su análisis lo realizó sólo desde el punto de vista del derecho fundamental de acceso a la

información pública, lo que derivó en que no advirtiera la necesidad de realizar ponderación alguna, toda vez que, en todo caso, a dicho de tal órgano la colisión –si así pudiera llamársele– se actualizaba entre el derecho fundamental mencionado y un mandato legal que establecía el denominado *secreto fiscal*, ante lo cual, simplemente por su superioridad jerárquica, era lógico concluir que debería prevalecer el derecho fundamental implicado. Es decir, este error consiste en no advertir que hay dos o más derechos, principios o bienes que se encuentran implicados en el caso, y que al ser de la misma naturaleza, son de igual relevancia.

De esta forma, aunque el IFAI llegó a considerar la existencia de un cierto conflicto entre un derecho fundamental y un mandato legal, no advirtió la necesidad de realizar una ponderación, sobre todo porque no percibió que el secreto fiscal conllevaba una vinculación a los llamados “datos personales” de un sujeto, los cuales, al ser información de naturaleza personal, deben ser objetos de tutela ya que tienen su fundamento en la esfera de la vida privada y/o íntima de los individuos. Veamos ahora el siguiente error posible.

(ii) *Realizar un ejercicio de ponderación no siendo necesario*

Por lo que hace a la segunda de las posibles equivocaciones relativas a la incorrecta aplicación de este principio, ésta consistiría en advertir la necesidad de realizar una ponderación cuando ni siquiera existen dos derechos, principios o bienes de igual relevancia. A lo que me refiero es a casos en los que pareciera ser evidente la implicación, por ejemplo, de dos derechos fundamentales, sin embargo debemos tener presente que “...no todo choque o conflicto entre derechos lo es realmente.”⁴⁰ Dentro de este tipo de casos podemos encontrar, a su vez, dos posibilidades:

(ii.1) *Que percibamos la presencia de un derecho fundamental cuando, en realidad, no se encuentra implicado, al punto de que ni siquiera puede hablarse de colisión*

⁴⁰ Pereira Menaut, Carlos–Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, p. 331.

Por lo que hace a esta primera posibilidad, Pereira Menaut la ilustra convenientemente con el siguiente ejemplo: “...en un caso de calumnia no hay choque entre la libertad de expresión de uno y el honor del otro, pues la calumnia no es un ejercicio de la libertad de expresión...”, pensarlo así sería tanto como afirmar que tal libertad envuelve un “derecho a mentir”, lo cual resulta absurdo. Ejemplificativo de ello resulta el caso *Schenk vs. United States* (1919), en el cual, el juez Holmes advertía con grandilocuencia que “...el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente < ¡fuego! > en un teatro, causando pánico. Ni siquiera protege a una persona de una orden judicial que le prohíba expresar palabras que podrían tener todo el efecto de la fuerza.”⁴¹

Así, para no incurrir en el error de colocar en la balanza de un ejercicio de ponderación a derechos que ni siquiera se encuentran involucrados, lo que debemos hacer es atender al núcleo esencial de los mismos. En la sentencia T-799/98, la Corte Constitucional de Colombia definió el núcleo esencial de los derechos fundamentales diciendo que es “...el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas. En principio, es a este derecho medular al que va dirigida la protección de la acción de tutela.”⁴²

De esta manera, la pregunta que detonaría la correcta aplicación del principio de identificación en este ejemplo sería: ¿la mentira es una conducta que la libertad de expresión protege? La res-

⁴¹ Al respecto, el justice Holmes establecía que: “*But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force.*” Véase: *Schenk vs. United States*, 1919.

⁴² Sentencia T-799/98 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 14 de diciembre de 1998, <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-799-98.HTM>

puesta en sentido negativo nos parece evidente. Luego, realizar en este caso un ejercicio de ponderación sería una clara equivocación.

Ahora bien, y para que no haya duda de que en nuestro caso sí existe una colisión de derechos, al punto de que se encuentra involucrado el núcleo esencial de los derechos fundamentales en conflicto, deberemos preguntarnos: *¿la solicitud de información relativa a los créditos fiscales cancelados es una conducta que el derecho de acceso a la información protege?, y ¿la negativa del SAT a otorgar dicha información, con nombres y montos, es una conducta que el derecho a la protección de los datos personales protege?* Consideramos que ambas respuestas son evidentemente afirmativas, de ahí que sí haya colisión.

Veamos ahora la segunda posibilidad.

(ii.2) *Que exista una colisión o conflicto entre dos derechos, principios o bienes, pero que éstos no sean de la misma relevancia*

Por lo que hace a esta segunda posibilidad en la que erróneamente se realice un ejercicio de ponderación no siendo necesario, se actualizaría cuando, por ejemplo, la colisión o conflicto se presentara entre un valor constitucional y un derecho fundamental, que a pesar de estar en la Constitución, sea sólo un principio. Ya hemos visto que no son lo mismo valores y principios, debido a que los primeros dan fundamento a los segundos, por ello se dirá que los valores “...no son derechos, pero no porque sean menos que los derechos sino porque son más. No es lo mismo tener derecho a la libertad –si tal proposición tiene sentido– que tener libertad, ser libre.”⁴³

No puede ser de otra forma, ya que los valores son realidades pre-jurídicas, y como tales, sirven de fundamento a los derechos. Así, debido a la realidad pre-jurídica de la *libertad*, luego es lógico que el Derecho, a través de las Constituciones y las leyes reconozcan el derecho a la libertad de expresión, de trabajo, de imprenta, de religión, etc.; de aquí que los derechos a estas *libertades concretas* no deban ser considerados de igual relevancia que aquella *libertad genérica*.

⁴³ Pereira Menaut, Carlos-Antonio, *op. cit.*, p. 329.

De esta forma, absurdo sería entrar a un ejercicio de ponderación ante un caso en el que, por ejemplo, se haya suscrito un contrato por virtud del cual una persona será tratada como esclavo por otra. Sin duda podrá decirse que existe una colisión, pero debe advertirse que ésta se verifica entre un valor tutelado constitucionalmente como lo es el de la *libertad* y un principio como lo es el de la autonomía de la voluntad, según el cual *cada quien se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse*. Entrar a un ejercicio de ponderación para determinar cuál de ellos debe prevalecer resultaría innecesario. Obvio es que al tratarse del conflicto entre un valor y un principio, la ponderación no es necesaria ya que por la sola naturaleza de los bienes involucrados debe fallarse a favor del valor constitucional.

Así, y en conclusión, podríamos afirmar –en sentido figurado– que en la balanza de cualquier ponderación deben “pesarse” manzanas con manzanas o peras con peras, nunca peras con manzanas.

b) El principio de idoneidad (paso 2 de 4)

Una vez que ya hemos identificado al menos dos bienes constitucionalmente protegidos de igual relevancia, el segundo paso consistirá en la aplicación del *principio de idoneidad*. Tal principio consiste en analizar, por separado, la idoneidad de las medidas que se piensa puedan servir para salvaguardar cada uno de estos derechos fundamentales, a fin de erradicar –de entrada– cualesquiera soluciones que por no servir como medios a la obtención de esos fines consistentes en la protección de derechos de jerarquía constitucional, evidencian, a causa de dicha carencia, que constituyen medidas abiertamente irracionales y arbitrarias. En suma, debe analizarse que tales medidas sean admisibles constitucionalmente, ya que las autoridades sólo pueden restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que la misma CPEUM establece, como lo prescribe su artículo 1°.

En pocas palabras lo que habría que preguntarnos sería lo siguiente: *¿qué medidas servirían para proteger cada uno de los dere-*

chos?, es decir, ¿realizando qué actos u omisiones estaríamos tutelando cada uno de los derechos implicados?, para luego preguntarnos si tales actos u omisiones ¿son idóneos y constitucionalmente admisibles?

(i) *Respecto del derecho de acceso a la información:*

Al preguntarnos ¿qué acto sería el idóneo para tutelar este derecho fundamental?, sin duda deberemos contestar que la medida o acto para respetar este derecho consistiría en entregar, al solicitante de la misma, la información relativa a los créditos fiscales cancelados, ya que así lo mandata el artículo 6º, base I de la CPEUM, al señalar que: *Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.*

Asimismo debe afirmarse que esta medida o acto es constitucionalmente admisible, debido a que encontraría su fundamento en el propio texto constitucional. Sin embargo, no debe pasar desapercibido que la publicidad de la información en poder del Estado tiene límites constitucionales, entre los que se encuentra, precisamente, la protección de la información relativa a la vida privada y los datos personales (Art. 6º, base II constitucional); protección que sólo puede ser exceptuada por la ley⁴⁴ atendiendo a razones de seguridad nacional, orden público, seguridad y salud públicas o para la protección de derechos de terceros (Art. 16º constitucional, párrafo segundo).

(ii) *Respecto del derecho a la protección de datos personales:*

En este caso, tendríamos que preguntarnos ¿qué omisión sería la idónea para tutelar este derecho fundamental?, a lo que sin duda deberemos contestar que la medida consistiría en la

⁴⁴ Con lo que, de acuerdo al *principio de reserva de ley*, tales excepciones sólo pueden estar reguladas en actos formal y materialmente legislativos, es decir, en leyes expedidas por órganos legislativos.

negativa del SAT a entregar la información solicitada, ya que así los mandatan los artículos 6º, base II y 16º constitucionales, al señalar, respectivamente que: *la 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; y que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales.*

Obvio es que la omisión que realizara la autoridad, en este caso el SAT, para proteger este derecho fundamental, debe ser considerada también como constitucionalmente admisible. Sin embargo, no debe pasar inadvertido que tal secrecía de los datos personales posee límites, los cuales son: (a) *Art. 6º, base I constitucional.-* que la interpretación del derecho de acceso a la información debe realizarse conforme al principio de *máxima publicidad*, según el cual, de existir duda en torno a si una información debe ser considerada pública o no, debe optarse por su publicidad; y (b) *Art. 16º constitucional.-* que no existan leyes en donde se establezcan excepciones a tal protección.

En conclusión, la aplicación del *principio de idoneidad* consiste en advertir cuáles son los actos u omisiones que resultan contradictorios en el litigio, para luego determinar si tales actos u omisiones están o no permitidos por la Ley Fundamental, ya que de no ser admisibles constitucionalmente no puede proseguirse con el ejercicio de ponderación, obteniendo así la resolución a favor del derecho que pretenda ser tutelado con medidas (actos u omisiones) que se adecuen al marco constitucional.

Para ilustrar un poco mejor este punto, si en el caso concreto, por ejemplo, el solicitante de la información hubiese requerido, no la información relativa a los créditos fiscales, sino las declaraciones de impuestos de aquellos a los que se les cancelaron dichos créditos, tal medida sobrepasaría los límites del derecho de acceso a la información, razón por la cual hubiéramos tenido que concluir que dicha medida no era constitucionalmente admisible y finalizar aquí el ejercicio de ponderación. Por otra parte, si el SAT hubiese negado toda la información relativa a los créditos cancelados (lo cual no ocurrió debido a que emitió un informe público al Congreso de la Unión respecto de tales cancelaciones), so pretexto de proteger datos personales, tam-

bién aquí estaríamos en presencia de una omisión contraria a la Constitución.⁴⁵

c) El principio de necesidad (paso 3 de 4)

El tercer *paso mínimo* en todo ejercicio de ponderación consistirá en la aplicación del *principio de necesidad*. Aquí de lo que se trata es de analizar que las medidas (actos u omisiones) que intenten ser el medio para defender los derechos fundamentales en conflicto sean observadas a la luz de la pauta de necesidad. En este punto, esas medidas deben ser contrastadas no sólo ante los derechos que protegen, sino primordialmente frente a los derechos que pretenden limitar, considerándose razonables exclusivamente aquellas medidas que restrinjan, en el menor grado posible, los derechos que van a afectar.

Partamos de la premisa que permitir el acto –ya calificado de idóneo y constitucionalmente admisible– que tutelaría el derecho de acceso a la información, implicaría limitar el derecho de protección a los datos personales, y viceversa. Por ello, para aplicar el *principio de necesidad* lo que tenemos que hacer es analizar las medidas que antes ya calificamos de idóneas y constitucionalmente admisibles, pero ahora en relación con el derecho que se vería restringido y limitado por ellas, para luego, poder determinar cuáles de esas medidas sí son necesarias para conseguir su objetivo, y cuáles por el contrario, nos llevarían a restricciones o limitaciones extremas o poco razonables.

Para lograr una mejor comprensión de lo que debe entenderse como <<necesidad>> para los efectos de este principio, apelaremos a lo que los tribunales internacionales han enten-

⁴⁵ Quizá sea en este punto donde consideremos más criticable la respuesta del SAT, ya que en lugar de limitarse a contestar al solicitante que no podía entregar la información debido a que se violentaría el secreto fiscal, desde nuestro punto de vista debió haber entregado un informe similar al que remitió al Congreso de la Unión, es decir, una versión pública de la información solicitada. Cfr. Artículo 43, segundo párrafo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

dido por este concepto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁶ siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁷ en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, ha establecido que: "... 'necesarias', sin ser sinónimo de 'indispensables', implica la existencia de una 'necesidad social imperiosa' y que para que una restricción sea 'necesaria' no es suficiente demostrar que sea 'útil', 'razonable' u 'oportuna'. La 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones (...) dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.»

Así las cosas, las preguntas que nos servirían para aplicar el multicitado *principio de necesidad*, serían las siguientes:

(i) *Respecto del derecho de acceso a la información:*

Al entregar la información solicitada, ¿en qué medida se restringe el derecho a la protección de los datos personales de las personas a las que se les cancelaron los créditos fiscales?, y ¿existe una necesidad social imperiosa que justifique la entrega de esa información?

R1.- Consideramos que lo restringe de manera plena, toda vez que al publicar la información relativa a los datos de las personas a las que les fueron cancelados los créditos fiscales, se estaría fagocitando su derecho a la protección de tales datos, y con ello, desconociendo los fundamentos de tal derecho, la intimidad y la vida privada.⁴⁸

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párr. 46 y 79.

⁴⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times case*, resolución del 26 de abril de 1979, Serie A, n° 30, párr. 59, pp. 35 y 36.

⁴⁸ Nos parece importante precisar que la cancelación de los créditos fiscales no implica solicitud alguna por parte del particular, es decir, que para que a una persona le sea cancelado su crédito, no debe ni puede solicitarlo, ya que es el SAT, quien de acuerdo con lineamientos generales, determina qué créditos deben ser cancelados. Esto es importante debido a que pareciera ser que dicha cancelación es un beneficio irregular en beneficio de unos cuantos, cuando en realidad de lo que se trata, es de la

R2.- Podría parecer que sí. Sólo habría que recordar lo referido por el IFAI en su resolución del 10 de marzo de 2010, en el sentido de que "...el único mecanismo para que la sociedad pueda evaluar si el [SAT] está cumpliendo con su atribución de recaudar eficientemente y evitar la evasión y elusión fiscal (...) es conocer a las personas físicas y morales a quienes les ha cancelado adeudos..."⁴⁹ Pese a lo anterior, consideramos que tal afirmación es equivocada, debido a que el ejercicio del derecho de acceso a la información en el caso concreto, no resulta ser la única vía para evaluar al SAT, ya que el propio artículo 15 de la Ley de Ingresos de la Federación de 2007, señala que la SHCP deberá entregar un informe detallado a las Cámaras de Diputados y Senadores, de las personas físicas y morales que hayan sido sujetas a la aplicación de la cancelación de créditos.

Además, dicho informe debía contener, al menos, lo siguiente: Sector, actividad, tipo de contribuyente y porcentaje de cancelación. Así, la entrega y posterior revisión por parte del Congreso del informe en comento, se configura en otra opción para transparentar y responsabilizar la función pública del SAT, sin la necesidad, dicho sea de paso, de "fagocitar" el derecho a la protección de los datos personales.

(i) *Respecto del derecho a la protección de los datos personales:*

Al negar la información solicitada, ¿en qué medida se restringe el derecho de acceso a la información?, y ¿existe una necesidad social imperiosa que justifique la secrecía de esa información?

R1.- Consideramos que sí lo restringe, pero sólo en cierta medida, ya que el informe público rendido por el SAT a las Cámaras del Congreso de la Unión hizo del conocimiento público la manera en que se ejercitó la facultad conferida

determinación unilateral por parte de la autoridad de aquellos créditos que han resultado incosteables por ser más gravoso cobrarlo que no hacerlo.

⁴⁹ *Ibidem*, considerando cuarto, p. 46.

al SAT en el artículo 15 de la Ley de Ingresos de la Federación de 2007. Por ello, y tomando en consideración que el derecho de acceso a la información tiene como objeto transparentar la función pública para luego deslindar las responsabilidades legales que correspondan atendiendo al valor constitucional de la democracia consignado en el artículo 40 de la CPEUM⁵⁰, se piensa que su ejercicio en el caso concreto, no resulta ser la única vía para conseguir tal objetivo.

R2.- Podría parecer que al proteger los datos personales de ciertos individuos no pudiera existir necesidad social imperiosa alguna, sin embargo, no debe perderse de vista que el principio de confidencialidad que deben observar las autoridades federales y locales que intervienen en los trámites relacionados con la aplicación de la legislación tributaria federal, denominado *secreto fiscal*, constituye una de las principales herramientas para incentivar las contribuciones tributarias y para incrementar la recaudación. Así, el secreto fiscal tiene como objeto fundamental garantizar al contribuyente la seguridad de que la información que obtenga la autoridad será utilizada con estrictos fines recaudatorios; ello genera la confianza indispensable para el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales, lo que guarda una relación directa con el interés público. Para robustecer tales afirmaciones, sólo basta con referir que, de acuerdo a cifras correspondientes al año de 2006, en México la recaudación tributaria se funda en el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales por parte de las personas físicas y morales, que se conoce como recaudación primaria y que constituye alrededor del 95% de la recaudación federal por ingresos no petroleros.

Durante el periodo de enero a abril del 2006, la recaudación primaria se incrementó considerablemente respecto de la correspondiente al mismo periodo del ejercicio

⁵⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 588.

2005: 17% en el impuesto al valor agregado; 8% en el impuesto sobre la renta, y 5% en el impuesto especial sobre producción y servicios, por citar los rubros más importantes, todo en términos reales.

En este sentido, de vulnerarse el secreto fiscal en este caso con creto, se afectaría la confianza en las autoridades tributarias, generándose con ello un perjuicio al cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales, lo que redundaría negativamente en el interés público consistente en que el Estado cuente con los recursos suficientes para desarrollar sus funciones.

De los razonamientos anteriores claramente se puede advertir que de las medidas que se han planteado para tutelar los dos derechos que colisionan en el caso concreto, la que restringe en menor medida a los mismos, es la omisión que permite tutelar el derecho a la protección de los datos personales. Por lo anterior, y a fin de que de la aplicación del *principio de necesidad* podamos comenzar a arribar a conclusiones concretas, resulta muy recomendable en este punto preguntarnos lo siguiente: *hasta aquí, ¿qué derecho parece derrotado?*

A lo que tendríamos que contestar, al menos de manera preliminar, que el derecho derrotado es el derecho de acceso a la información.

d) El principio de proporcionalidad (paso 4 de 4)

Por último, una vez que tenemos una conclusión preliminar, resulta fundamental aplicar el *principio de proporcionalidad*. Este principio consiste en efectuar un juicio de proporcionalidad a través del cual lo que ha de buscarse es que, al menos, en el mismo grado en que se afecte o limite el derecho fundamental derrotado en el caso concreto, se beneficie o amplíe el ámbito del derecho que se estime prevaleciente. Para conocer esos grados de restricción y apertura en equilibrio, sirve realizar las siguientes

preguntas: ¿qué tanto se afecta el derecho derrotado?, y ¿qué tanto se beneficia al derecho prevaleciente?, para luego verificar que sea mayor el beneficio obtenido que la limitación sufrida entre los derechos contendientes.

Debido a que ya hemos concluido preliminarmente que el derecho derrotado es el de acceso a la información, la pregunta pudiera ser esta: ¿el derecho de acceso a la información se limita en el mismo o menor grado de lo que se beneficia el derecho a la protección de los datos personales?, es decir, ¿es mayor el beneficio obtenido que la limitación sufrida?

Para responder a esta pregunta se utilizará la *Fórmula del Peso de Alexy*.⁵¹

$$RP = \frac{AD_1 \times PAD_1 \times RD_1}{AD_2 \times PAD_2 \times RD_2}$$

Esta fórmula expresa que la relación de peso (**RP**) entre el derecho **D**₁ y el derecho **D**₂, en las circunstancias del caso concreto, resulta del producto de la afectación del derecho en concreto (**AD**₁), su peso abstracto (**PAD**₁) y la valoración del riesgo que corra este derecho en concreto (**RD**₁), dividido entre el producto de la afectación del derecho en concreto (**AD**₂), su peso abstracto (**PAD**₂) y la valoración del riesgo que corra este derecho en concreto (**RD**₂).

Ahora bien, Robert Alexy propone que las variables referidas a la afectación de los derechos en concreto (**AD**) y al peso abstracto (**PAD**) se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo a tres grados: a la afectación concreta o peso en abstracto calificada de *leve* se le atribuiría 1 unidad; de *medio* 2 uni-

⁵¹ Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en Cáceres Nieto, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, México, UNAM-III, 2005, p. 24.

dades; y de *intenso* 4 unidades. En cambio, por lo que hace a la valoración del riesgo que corra cada derecho en concreto (**RD**), propone los siguientes valores: si el riesgo es *seguro* 1 unidad, si el riesgo es *medio* seguro 0.5 unidades, y si el riesgo *no es evidente* 0.25 unidades.

Lo anterior quedaría referenciado en la siguiente tabla:

RP = Relación de peso entre derechos.

| Variables y preguntas para asignar los valores numéricos | Valor numérico |
|--|--|
| (AD) Afectación del Derecho en concreto: de preferir la tutela del otro derecho ¿de qué nivel sería la afectación de este derecho en concreto? | Leve = 1 Medio(a) = 2 |
| (PA) Peso en Abstracto: ¿cuál es el valor que sustenta o da fundamento a este derecho y cuál es su peso e importancia? | Intenso(a) = 4 |
| (RD) Riesgo que corre el Derecho en el caso concreto: ¿qué tan seguro es el riesgo que corre el derecho? | Seguro = 1 Medio seguro = 0.5 No evidente = 0.25 |

Tomando en consideración que dentro de la fórmula colocaremos como *numerador* a los valores numéricos que atribuyamos al derecho de protección de los datos personales, y como *denominador* a los valores numéricos que atribuyamos al derecho de acceso a la información, la fórmula pudiera expresarse de la siguiente manera:

(i) *Respecto del derecho de protección a los datos personales:*

Las preguntas que deberemos formularnos para asignar adecuadamente los valores numéricos en la fórmula serían las siguientes: (a) de preferir la tutela del derecho de acceso a la información ¿de qué nivel sería la afectación de este derecho en concreto?; (b) ¿cuál es el valor que sustenta o da fundamento a este derecho y cuál es su peso e importancia?; y (c) ¿qué tan seguro es el riesgo que corre este derecho?

Respuestas: (a) se considera que la afectación en concreto a este derecho sería intensa (**AD₁ = 4**), debido que al optar por

el otro derecho, estaríamos fagocitando el derecho a la protección de los datos personales de las personas a las que la autoridad decidió cancelarles el crédito fiscal, ya que éstos serían publicados; (b) por lo que hace a su peso abstracto, consideramos que también debe ser señalado como intenso ($PA_1 = 4$), ya que el derecho a la protección de los datos personales encuentra su sustento en el valor constitucional de la intimidad y la vida privada; y (c) por lo que hace al riesgo que corre tal derecho, consideramos que es un riesgo seguro ($RD_1 = 1$), debido a que existe un riesgo inminente de que se darían a conocer datos relativos a la vida privada de ciertas personas. Así, el *numerador* en la fórmula del peso quedaría integrado de la siguiente manera:

$$RP = \frac{4 \times 4 \times 1}{\dots}$$

(ii) *Respecto del derecho de acceso a la información:*

Las preguntas que deberemos formularnos para asignar adecuadamente los valores numéricos en la fórmula serían las siguientes: (a) de preferir la tutela del derecho de protección de datos personales ¿de qué nivel sería la afectación de este derecho en concreto?; (b) ¿cuál es el valor que sustenta o da fundamento a este derecho y cuál es su peso e importancia?; y (c) ¿qué tan seguro es el riesgo que corre este derecho?

Respuestas: (a) se considera que la afectación en concreto de este derecho puede catalogarse como media ($AD_2 = 2$), debido a que existe ya un informe público emitido por el SAT en el que se incluye la información relativa a la cancelación de los créditos fiscales referida por sector, actividad, tipo de contribuyente y porcentaje de cancelación; (b) por lo que hace a su peso abstracto, consideramos que también debe ser señalado como intenso ($PA_2 = 4$), ya que el derecho de acceso a la información encuentra su sustento en el valor constitucional de la democracia, concepción la cual se encuentra reconocida en el artículo 40 de la CPEUM; y (c) por lo que hace al riesgo que corre tal derecho, consideramos que es un riesgo no evidente ($RD_2 = 0.25$), debido a que la transparencia, objetivo primordial del

derecho de acceso a la información, bien puede conseguirse a través de otros medios, tales como el análisis y revisión que realiza el Congreso de la Unión del informe que elabora el SAT, la misma revisión de la Cuenta Pública que realiza la Cámara de Diputados de acuerdo al artículo 74 constitucional, o incluso las facultades de fiscalización que la Auditoría Superior de la Federación ejerce de conformidad con el artículo 79 constitucional. Así, el *denominador* en la fórmula del peso quedaría integrado de la siguiente manera:

$$RP = \frac{\quad}{2 \times 4 \times 0.25}$$

De esta forma, el peso del derecho de protección de los datos personales en relación con el derecho de acceso a la información, dentro del caso concreto, arrojaría los siguientes resultados:

$$RP = \frac{4 \times 4 \times 1}{2 \times 4 \times 0.25} = \frac{16}{2} = 8$$

De forma correlativa, el peso del derecho de acceso a la información en relación con el peso del derecho a la protección de los datos personales sería el siguiente:

$$RP = \frac{2 \times 4 \times 0.25}{4 \times 4 \times 1} = \frac{2}{16} = 0.12$$

Con tales resultados, ahora sí estaríamos en posibilidades de responder a nuestros cuestionamientos. A las pregunta de si *¿el derecho de acceso a la información se limita en el mismo o menor grado de lo que se beneficia el derecho a la protección de los datos personales?*, es decir, *¿es mayor el beneficio obtenido que la limitación sufrida?*, deberemos responder que sí, ya que de la resolución de las fórmulas anteriores es claro, en primer lugar, que el peso del

derecho a la protección de los datos personales (**16 unidades**), en este caso, resulta mayor que el peso del derecho a la información (**2 unidades**), y en segundo lugar, que de los resultados finales obtenidos, de acuerdo a la primera operación, en la que se coloca el derecho a la protección de los datos personales sobre el derecho de acceso a la información, el grado de satisfacción del primero sería de **8 unidades**, lo que de realizarse de forma inversa, es decir, como se refleja en la segunda operación, el grado de satisfacción del segundo sólo es de **0.12** unidades.

Así podemos concluir que de otorgarle prevalencia en el caso concreto al derecho de acceso a la información sobre el derecho a la protección de los datos personales, la limitación de éste (**8 unidades**) sería mayor que el beneficio obtenido por aquel (**0.12**), razón por la cual el *principio de proporcionalidad* nos indicaría que lo justo sería, más bien, otorgarle prevalencia al derecho a la protección de los datos personales, ya que así, aunque se vería limitado el derecho de acceso a la información, dicha limitación sería menor (**0.12 unidades**) al beneficio obtenido del otro derecho (**8 unidades**) .

V. CONCLUSIONES

Quizá el lector se encuentre meditando en torno a que el procedimiento de ponderación o *balancing* que hemos realizado, bien podría arrojarnos otro resultado debido a que la fórmula del peso es, hasta cierto punto, manipulable atendiendo el punto de vista que quiera defenderse, lo cual, como advertía Alexy, tiene parte de verdad.

Sin embargo, una vez realizado este ejercicio son dos las conclusiones a las que nos gustaría arribar a fin de matizar y equilibrar el comentario anterior.

La primera consistiría en que si bien es cierto que la ponderación o *balancing* no siempre nos conducirá a resultados precisos e inevitables, también es cierto que, tal y como refiere Alexy en su apología sobre la ponderación, no se trata de un procedimiento arbitrario o que no deba sujetarse a ciertos principios, ya

que por el contrario, aquí hemos visto que se requiere ir cumpliendo ciertos pasos consistentes en la cabal aplicación de, al menos, cuatro principios: *principio de identificación*, de *idoneidad*, de *necesidad* y de *proporcionalidad*.

La segunda consistiría en advertir que la ponderación, al ser un procedimiento, sólo debe ser visto como un medio más de la argumentación constitucional que nos permite resolver casos en los que dos derechos, principios o bienes de igual relevancia colisionen debido a las características concretas del caso, pero sobre todo, advertir que su fortaleza radicará, además de en el estricto seguimiento a ciertos pasos determinados, en las argumentaciones que se vayan realizando durante el procedimiento.

Son las razones y los argumentos los que, al final de cuentas, darán solidez y fuerza de convencimiento a la ponderación o *balancing*. En suma, al utilizar este instrumento de la argumentación constitucional, el operador jurídico deberá poner su esfuerzo no sólo en *el qué*, es decir, en cumplir los principios de racionalidad del procedimiento, sino sobre todo, poner cuidado en *los por qué*, es decir, en argumentar y justificar sólidamente todas y cada una de las respuestas que vaya emitiendo a las preguntas que aquí hemos recomendado como las convenientes para realizar el también denominado *juicio de razonabilidad*.

Recibido: 08-10-2010
Aprobado: 02-12-2010