

Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN
Alejandro POSADAS

Resumen

Los autores examinan desde una perspectiva comparada el diseño y aplicación de las pruebas de daño y de interés público, en particular en los Estados Unidos de América, Irlanda y México. El argumento central es que estas pruebas se han construido como los estándares o criterios de revisión administrativa o judicial de las excepciones al principio de publicidad contenido en las leyes de acceso a la información. Si bien no existe un concepto bien definido de cada una de ellas, de la experiencia comparada puede desprenderse que la prueba de daño tiende a aplicarse a aquellas excepciones de carácter general en las que se protege un bien de interés público. Por su parte, la prueba de interés público suele utilizarse en aquellas excepciones que protegen derechos o intereses privados. En el caso de México el artículo realiza una crítica al diseño de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental tanto respecto de la prueba de daño como de la agrupación de las causales de reserva y confidencialidad. Asimismo se realiza una propuesta para reformarla e introducir de manera explícita las pruebas de daño e interés público.

Abstract

In this article, the authors analyze the design and application of the proof of harm and public interest from a comparative perspective, specifically in the United States, Ireland, and Mexico. The central argument is that the burden of providing such proof has been established as the standard or criteria for the judicial or administrative review of the exceptions to the principle of disclosure of information contained in the laws on access to information. Although there is no well defined concept for each of these standards, based on the comparative experience it can be concluded that

* Este artículo es una versión revisada y modificada sustantivamente en la parte relativa a México derivada del "Estudio en materia de interés público y acceso a la información" realizado por el Centro de Investigación y Docencia Económica A. C. para el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública mediante Convenio Específico de Colaboración FSGJ/093/2004.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

proof of harm tends to be applied to those exceptions of a general character in which a public interest is protected, while the proof of public interest tends to be applied with regard to those exceptions that protect private rights or interests. In the case of Mexico, the article offers a criticism of the content of the Federal Law on Transparency and Access to Public Governmental Information both in relation to the proof of harm and the legal classification of the reserved information and confidentiality exceptions. Furthermore, the authors provide a proposal to reform the legislation and explicitly introduce the proof of harm and public interest criteria in the law.

1. Introducción

Resulta ocioso insistir en la importancia de las leyes de acceso a la información para la construcción, consolidación y actualización de los sistemas democráticos. El impresionante número de leyes que se han expedido en esta materia en los últimos años, particularmente en los países que recién ingresaron a la vida democrática,¹ confirma las ideas expuestas desde diferentes perspectivas sobre el valor de la información para la democracia.² Sin embargo, la abundante literatura que existe en este campo se ha ocupado poco de los problemas técnicos que supone la aplicación concreta de las leyes de ac-

1 El estudio más actualizado sobre las leyes de acceso es el realizado por Banisar, David, *Freedom of Information and Access to Government Record Laws Around the World*, en www.privacyinternational.org. De las 62 leyes vigentes a principios de 2005 la mayor parte se concentran en Europa occidental, central y oriental. Sólo nueve se encuentran en América Latina y el Caribe. Véase Ackerman, John y Sandoval, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2005.

2 Véase, por ejemplo, la serie Cuadernos de Transparencia, editados por el Instituto Federal de Acceso a la Información de México, en particular los trabajos de Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004; Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004; y Peschard, Jacqueline, *Transparencia y partidos políticos*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2005. Véase también Stiglitz, Joseph E., "On Liberty, the Right to Know and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life", en Gibney, Matthew (ed.), *Globbalizing Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 115-156.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

ceso, en particular en lo referente a las diferentes excepciones que admite el principio general de publicidad de la información.

El acceso a la información pública admite dos grandes tipos de excepciones. El primer grupo responde a los casos en que la divulgación de la información puede causar daño a un interés público jurídicamente protegido, tales como la seguridad pública o la seguridad nacional. El segundo tipo de excepciones se justifica por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas. Cada grupo de excepciones supone entonces una racionalidad diferente e implica una valoración distinta respecto de su aplicación a los casos concretos.

En efecto, generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que éste pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. Se tiene que demostrar además que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto —en este caso publicidad contra seguridad— para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal del documento. A los criterios que guían este análisis se le conoce como la “prueba de daño”.

En otras ocasiones, el valor protegido es la vida privada o el patrimonio de las personas. Esta protección suele ser más amplia e impone una restricción absoluta a la divulgación de los documentos que contienen esta información. Sin embargo, pueden existir circunstancias excepcionales en que el interés público justifique su divulgación. Estas circunstancias excepcionales suponen una difícil y compleja valoración de los intereses en juego. Algunos países han previsto en sus legislaciones los estándares que guían esta

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

ponderación y que se conocen como la prueba de interés público.

El diseño de estos mecanismos reviste una importancia capital, pues de su adecuada comprensión y uso depende en gran medida la eficacia de las leyes de acceso. En este trabajo analizaremos la experiencia de los Estados Unidos e Irlanda relacionada con los casos y precedentes que han definido el alcance de las excepciones a la publicidad de la información. Estados Unidos fue uno de los primeros países en legislar en materia de acceso a la información y su desarrollo jurisprudencial ha contribuido a establecer los estándares internacionales en la materia. Irlanda por su parte y en forma similar a México, tiene una legislación reciente y la revisión de las negativas de acceso se hace mediante un procedimiento administrativo ante un Comisionado de Información, cuyas decisiones son apelables antes los tribunales de ese país.

Luego de examinar estos países nos concentraremos en revisar la experiencia mexicana. Como veremos, el diseño legislativo mexicano en la materia tiene problemas serios. Por ello en la última sección proponemos algunas recomendaciones para modificar la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México.

La materia que ahora examinamos es vasta y compleja. Por ello este estudio no es exhaustivo ni cubre la totalidad de las dimensiones del problema. Busca sí mostrar como la perspectiva comparada ayuda a iluminar algunas cuestiones que, aunque desafortunadamente se pierden de vista en el discurso político, constituyen elementos capitales en la construcción y ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

2. La Freedom of Information Act (FOIA) de los Estados Unidos de América

A. La FOIA y su diseño

La Ley de Acceso a la Información de los Estados Unidos, conocida como *Freedom of Information Act* (en adelante FOIA),³ fue adoptada por el Congreso de aquel país en 1967. Es una de las primeras leyes de acceso y ha impactado el desarrollo y orientación de muchas leyes de su tipo alrededor del mundo, especialmente en países de derecho anglosajón.⁴ En el ámbito del derecho constitucional de los EUA, la FOIA no regula precepto constitucional alguno; es en el lenguaje jurídico de ese país derecho estatutario o legal. Sin embargo, su objetivo y razón de ser, un gobierno abierto, transparente y responsable (*accountable*) ante la ciudadanía está firmemente enraizado en el origen constitucional de aquel país.⁵

Los primeros años de vida de la FOIA fueron de alcance modesto. Los tribunales solían confirmar las clasificaciones de documentos reservados realizados por las autoridades. Diversas decisiones de la Suprema Corte de ese país resolvieron que los tribunales no podían cuestionar la clasificación realizada por una autoridad de un documento como secreto, y que cualquier documento relacionado con una investiga-

³ Public Law núm. 89-554, 80 Stat. 383.

⁴ Especialmente impactó el desarrollo de este tipo de leyes en los países del Commonwealth. La ley australiana es de 1981 y la canadiense de 1982. Si bien ambas presentan diferencias con la FOIA de los Estados Unidos, su primer impulso, orientación y diseño general proviene de la FOIA. Estas tres leyes a su vez han impulsado la creación de otras, como la de Nueva Zelanda, Hong Kong y Sudáfrica, entre otros véase Riley Tom and Harold C. Relyea, *Freedom of Information Trends in the Information Age*, Frank Cass, 1983.

⁵ Véase Wald, Patricia M., "The Freedom of Information Act: a Short Case Study in the Perils and Paybacks of Legislating Democratic Values", *Emory Law Journal*, núm. 649, p. 984.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

ción podía mantenerse reservado aún cuando la investigación hubiese terminado.⁶ Sin embargo, con los sucesos de *Watergate*, el Congreso reformó en 1974 la FOIA y la dotó de mayor eficacia. Tres fueron los cambios principales en esa reforma. Por un lado se establecieron plazos de diez a treinta días como límite para que las autoridades respondieran a las solicitudes de información. Se encomendó expresamente a los tribunales el revisar la idoneidad de las clasificaciones de información y llevar el procedimiento in camera cuando fuera necesario revisar los documentos. Por último, se limitó la clasificación de documentos en investigaciones únicamente a aquellos casos en que se pudieran revelar las fuentes de información de inteligencia policiaca o criminal.

La FOIA establece un derecho de acceso a los registros documentales, o a cualquier parte de ellos, que estén en posesión de autoridades federales de los Estados Unidos. Cualquier persona puede ejercitar este derecho y demandar su eficacia ante los tribunales federales. Con las reformas recientes a la FOIA, a raíz de los eventos del 11 de septiembre de 2001, las autoridades en materia de inteligencia no pueden ya entregar información a solicitud de gobiernos extranjeros o sus representantes. Esta es la primera vez que la legislación de los Estados Unidos crea una excepción al acceso universal a la información pública federal.⁷

El objeto de la FOIA es el siguiente “garantizar una ciudadanía informada, como un elemento fundamental para el funcionamiento de una sociedad democrática y necesaria

6 La resistencia de las autoridades federales a proveer información fue fuerte. Inclusive se acuñó el dicho de que existía una décima excepción al acceso y era que el gobierno simplemente definía como “*I will not tell you*”. *Idem*.

7 Las reformas entraron en vigor el 27 de noviembre del 2002 como parte de la *Intelligence Authorization Act of 2003*, Public Law núm. 107-306, 116 Stat. 2383, 2002.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

para el control de la corrupción y la rendición de cuentas de gobernantes a gobernados”.

La FOIA opera bajo el principio de clasificación discrecional. Esto significa que la autoridad no está obligada a clasificar la información como reservada aún cuando ésta pudiera caer en una hipótesis de excepción al libre acceso.

En cuanto a la revisión judicial, los particulares pueden acudir a los tribunales cuando la autoridad niega el acceso a la información. La revisión judicial opera bajo el principio de revisión de *novo*. Es decir, el tribunal se lleva a cabo una nueva revisión de los documentos solicitados y del expediente de solicitud completo. En principio, ante la negativa de acceso, la carga de la prueba en cuanto a la idoneidad de la excepción invocada recae en la dependencia gubernamental que niega el acceso.

B. Las excepciones al libre acceso a la información

La FOIA establece nueve tipos de excepciones al libre acceso a la información en posesión del gobierno federal y tres exclusiones específicas que elaboran a mayor detalle la excepción de documentos relacionados con la procuración de justicia. Las nueve excepciones son las siguientes:

- I. Seguridad Nacional;
- II. Reglas internas de personal y de prácticas de dependencias gubernamentales;
- III. Información específicamente protegida por una Ley;
- IV. Secretos comerciales e información financiera privilegiada o confidencial recabada de una persona;

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

- V. Memoranda y oficios por reglas de *discovery*⁸ en litigio civil;
- VI. Información de individuos en registros personales, médicos o similares, cuya revelación atentaría contra derechos de privacidad;
- VII. Información recabada para la procuración de justicia;
- VIII. Información en reportes elaborados por o en relación con regulación de instituciones financieras;
- IX. Información geológica y mapas relacionados con pozos de agua.

En este trabajo se analizan las excepciones I, IV y VI, en materia de seguridad nacional, información comercial, financiera confidencial y personal, respectivamente. El alcance de las excepciones ha sido definido mediante interpretación judicial. Es importante destacar que los tribunales buscan principalmente balancear o contrapesar el interés de la sociedad en procurar un gobierno abierto o transparente, y otros intereses públicos tales como el interés en la operación eficiente y efectiva del gobierno, en el uso prudente de recursos fiscales limitados, y en la preservación de información personal, comercial o gubernamental confidencial.

C. La excepción de seguridad nacional

La excepción protege la publicidad a aquella información sobre seguridad nacional que ha sido clasificada como tal en forma apropiada conforme a la Orden Ejecutiva 12,958.⁹

⁸ El *discovery* es una institución del derecho procesal estadounidense por medio del cual las partes en litigio deben intercambiar y proporcionar a la contraparte toda la documentación y evidencia involucrada en un caso.

⁹ La última modificación a la Orden fue firmada por el presidente George W. Bush el 25 de marzo de 2003. Executive Order num. 13,292, 68 Federal Reg.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

La información de seguridad nacional involucra en forma general la información relacionada con cuestiones de defensa y de política internacional. En el caso de la FOIA la orden ejecutiva es de principal importancia para la interpretación de la excepción, toda vez que es en ella donde se especifica el criterio de prueba de daño.¹⁰

El criterio de revisión judicial se ha ido modificando a lo largo de la historia de la FOIA. En una primera etapa, los tribunales confirmaban o ratificaban en forma rutinaria la información clasificada como confidencial bajo la excepción de seguridad nacional.¹¹ Sólo en casos de identificar en las razones proporcionadas por la autoridad para la clasificación evidencia aparente de mala fe, los tribunales aceptaban revisar la aplicación de la excepción. Los tribunales se avocaban exclusivamente a revisar la declaración juramentada escrita (*affidavit*) de la autoridad responsable, en la cual se explicaban las razones para reservar la información.

En 1978 luego de la reforma de 1974 a la FOIA, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia sentó precedente al aceptar la revisión de *novo in camara*¹² de la información clasificada aún ante la ausencia de aparente mala fe en el

15,315. March 28, 2003, Exec. Order 12,958 as amended, reprinted in 50 U. S. C. A. § 435 note, West Supp., 2003.

¹⁰ En el caso de la ley de acceso canadiense, por ejemplo, la prueba de daño se desprende de la redacción de la misma excepción. La sección 15 (1) establece que se podrá negar la revelación de documentos solicitados bajo la misma que contengan “información cuya revelación podría razonablemente esperarse dañara la conducción de las relaciones internacionales, la defensa de Canadá o de cualquier estado aliado o asociado con Canadá, o la detección de actividades subversivas u hostiles...”.

¹¹ EPA vs. Mink, 410 U. S. 73, 1973.

¹² Esto significa simplemente que los tribunales llevan a cabo, de ser necesario, una revisión de nuevo de los documentos clasificados, independiente de la hecha por la autoridad responsable y que, de ser necesario por cuestiones de seguridad nacional, revisan los documentos sin dar acceso alguno o información de su existencia al solicitante de la información.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

affidavit de clasificación.¹³ En este tipo de revisión, a partir de 1978, los tribunales analizan el mérito y propiedad de la clasificación conforme a la naturaleza e información contenida en los documentos. Adicionalmente, si lo amerita el caso, el tribunal puede llevar a cabo esta revisión a puerta cerrada (*in camara*), sin dar acceso al solicitante de la misma, con el fin de evitar filtraciones de información sensible.¹⁴

No obstante, al llevar a cabo esta revisión los tribunales aplican un criterio de revisión deferente de la actividad de seguridad nacional de las autoridades federales. Así, los tribunales deben reconocerle un “alto y sustancial” valor probatorio al *affidavit* de clasificación confidencial de la autoridad correspondiente.¹⁵ Es apropiado el desechamiento inicial de la demanda judicial si el *affidavit* es razonablemente específico y no hay evidencia de mala fe. Cuando el tribunal entra a la revisión de *novus* de la información, aplica un criterio de deferencia hacia el conocimiento técnico (*expertise*) que en materia de seguridad nacional tiene la autoridad clasificadora.

La deferencia consiste en la intencionalidad del poder judicial de evitar que el juicio de la autoridad administrativa con responsabilidades en materia de seguridad nacional sea sustituido por el del juez. Son los límites al ejercicio del juicio de la autoridad lo que el juez revisa y no el juicio mismo. Así, los tribunales han establecido que la deferencia se basa en “la magnitud de los intereses de seguridad nacional

¹³ Ray vs. Turner, 587 F.2d 1187, 1194-1195, D. C. Cir. 1978.

¹⁴ En Francia se sigue un procedimiento similar en materia de seguridad nacional bajo su legislación de acceso, Ley del 17 de julio de 1978, toda vez que tanto a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, como los Tribunales Administrativos en revisión, se les permite acceso a los documentos sin dar notificación o parte a quien solicita la información. Véase Coliver, Sandra *et al.*, *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

¹⁵ Spirko vs. USPS, 147 F.3d 992, 997, D. C. Cir. 1998.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

y los riesgos potenciales”¹⁶ y en que los funcionarios de seguridad nacional están en una posición única para “ver a película completa” y “evaluar complejos y delicados factores” en determinar que la revelación de información puede afectar la seguridad nacional.¹⁷

En cuanto a la revisión *in camara*, el juez debe ejercitar una “sabia discreción” para limitar la cantidad de documentos revisables y evitar en la mayor medida posible la filtración o revelación inadvertida de información sensible. De esta manera, también es más factible determinar la fuente de una posible filtración de información restringida. El juez también puede solicitar un *affidavit* en cámara en casos en que confirmar o negar la existencia misma de información podría comprometer la seguridad nacional.

En general, los tribunales otorgan poco o nulo peso probatorio al testimonio de personas distintas a los funcionarios responsables en materia de seguridad nacional.¹⁸ Así, el testimonio de expertos en materia de seguridad nacional que no forman parte del gobierno federal, o inclusive de ex funcionarios de las agencias de inteligencia, no gozan de fortaleza probatoria en materia de clasificación de documentos frente al criterio de la autoridad y funcionarios responsables.

Dentro de la excepción en materia de seguridad nacional, la información que se solicite y que pueda demostrarse que existe ya en el dominio público debe desclasificarse y entregarse al solicitante. Para que un solicitante pueda demos-

¹⁶ *Ctr. for Nat'l Sec. Studies vs. United States Department of Justice*, 331 F.3d 918, 928, D. C. Cir. 2003.

¹⁷ *CIA vs. Sims*, 471 U. S. 159, 1985.

¹⁸ Véase *Van Atta vs. Def. Intelligence Agency*, núm. 87-1508, 1998 WL 73856, 1988.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

trar que cierta información ya existe en el dominio público, es necesario que satisfaga tres requisitos probatorios:¹⁹

- Debe probar que la información clasificada es tan específica como la que existe en el dominio público;
- Que la misma equivale a la existente en el dominio público;
- Y que fue hecha pública a través de una “revelación oficial documentada”; es decir, que no califica como revelación oficial si fue revelada por un ex funcionario gubernamental.

La Orden Ejecutiva 12,958 o disposición reglamentaria expedida por el presidente, parte del reconocimiento tanto del derecho de los ciudadanos a estar informados de las actividades de su gobierno, como de la necesidad de proteger la seguridad nacional de revelaciones no autorizadas y fuera de tiempo. Estos dos aspectos han jugado desde el origen de la FOIA un papel central. El presidente Johnson señalaba en el evento de promulgación de la ley que “Esta legislación deriva de uno de nuestros principios más esenciales: la democracia funciona mejor cuando los ciudadanos cuentan con toda la información que la seguridad de la Nación permite”.²⁰

El principio de clasificación establecido en la orden es que no se debe clasificar información a menos que “se prevea razonablemente que sea su revelación, sin previa autorización, *pueda ocasionar daño a la seguridad nacional*, in-

¹⁹ Véase *e. g.*, *Davis vs. United States Department of Justice* 968 F.2d 1276, D.C. Cir. 1992; *Hoch vs. CIA*, num. 88-5422, 1990 WL 102740, D. C. Cir. 1990.

²⁰ *Statement of the President after Signing Bill Revising Public Information Provisions of the Administrative Procedure Act*, Weekly Comp. Pres. Doc. 895, 4 de julio de 1996.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

cluyendo la defensa ante el terrorismo”. Los tribunales han determinado que este criterio de clasificación es uno de *amenaza de daño* y que la definición del mismo por parte de las autoridades en materia de seguridad nacional es, en cierta forma, especulativa.²¹ Esto significa que, en su revisión, los tribunales no requieren la demostración actual o inminente de daño.

La orden establece ciertos lineamientos para la clasificación de información. Por ejemplo, contiene un listado de tipos de información que pueden ser considerados para su clasificación como confidencial, por ejemplo, información sobre gobiernos extranjeros; vulnerabilidad o capacidad de sistemas, instalaciones, proyectos o planes de seguridad nacional; o actividades de inteligencia, fuentes y métodos.

Sin embargo, la orden ejecutiva establece que estos tipos únicamente constituyen guías y que no existe presunción de que la revelación de cualquier información que caiga dentro de esos tipos cause o amenace causar daño a la seguridad nacional. En otras palabras, las autoridades no deben de presumir que al tener uno de esos tipos de información necesariamente deben de clasificarla como reservada. La única excepción a este principio la constituye la información proporcionada por gobiernos extranjeros o concernientes a éstos. Esta información sí se clasifica automáticamente.

Por otro lado, la orden también establece circunstancias bajo las cuales no se debe clasificar información como reservada por motivos de seguridad nacional. Por ejemplo, no se debe reservar información bajo el rubro de seguridad nacional:

- con el fin de encubrir violaciones a la ley, ineficiencia o error en la administración pública;

²¹ Halperin vs. CIA, 629 F.2d 144, D. C. Cir. 1980.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

- con el propósito de evitar el desprestigio de personas, organizaciones o autoridades;
- con la intención de restringir la competencia;
- con el fin de posponer la publicidad de información que no requiere protección por motivos de seguridad nacional;
- cuando se trate de investigación científica básica que no está claramente relacionada con asuntos de seguridad nacional.

El interés público involucrado en materia de seguridad nacional es alto. La legislación de los Estados Unidos contempla, y la jurisprudencia aplica e interpreta la revisión de la excepción mediante una prueba de daño restrictiva en la que las autoridades de inteligencia y seguridad gozan de deferencia en la evaluación de lo que constituye una amenaza de daño. El criterio es de por sí menos estricto para la autoridad en el sentido de que no requiere prueba de daño actual o inminente, sino simplemente una evaluación razonable de amenaza. No obstante, el criterio tiene como propósito permitir que los tribunales puedan revisar los casos en los que una autoridad, por cualquier razón, hay clasificado como de seguridad nacional información cuya publicidad, bajo la óptica de una “autoridad razonable”, no constituya una amenaza de los intereses de defensa, seguridad o relaciones internacionales de los Estados Unidos.

D. Información comercial o financiera

La excepción en esta materia es la que ha provocado mayor número de litigios bajo la FOIA. De hecho, una de las críticas más fuertes que se le hacen a la FOIA es que ha sido utilizada por industrias y negocios para obtener información acerca de sus competidores. Por ejemplo, en 1982 se presentó evidencia en audiencias realizadas por el Senado de

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

los Estados Unidos de que cuatro de cada cinco solicitudes de información eran realizadas por las industrias reguladas y no por la prensa o por los académicos.

Un primer precedente sobre la excepción de confidencialidad de la información comercial o financiera se estableció en el caso de *National Parks*.²² La Corte resolvió que la prueba de confidencialidad es objetiva toda vez que no depende de la clasificación hecha por quien proporcionó la información o por la clasificación hecha por la misma dependencia gubernamental que la custodia. La clasificación de la información como confidencial debe responder a las características objetivas de la misma información.

La jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos ha distinguido entre información que una persona tiene *la obligación* de entregar a las autoridades, de aquella información que una persona entrega voluntariamente a las mismas. Es importante destacar que la obligatoriedad de la entrega depende de un mandato legal existente y no de la percepción o entendimiento explícito o implícito que tengan, o bien las autoridades, o quien entrega la información. A continuación se analiza por separado cada caso.

En el primer caso, la confidencialidad de la información bajo la FOIA es susceptible de protección si su divulgación puede dar lugar a alguna de las siguientes consecuencias:

- Que pueda interferir con la capacidad del Gobierno de obtener información necesaria en el futuro;
- Que cause un daño sustancial a la posición competitiva de la persona de quien se obtuvo la información.

²² *National Parks and Conservation Ass'n vs. Morton*.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

En este caso, el interés gubernamental que protege la excepción de la FOIA es el de procurar la confiabilidad de la información recabada o que pueda obtener en un futuro el gobierno. El interés privado o particular protegido es el de evitar una “desventaja comercial” producto de un “*daño sustancial a la posición competitiva*” de la persona que proporciona la información. Esto constituye la prueba de daño a la posición competitiva bajo la jurisprudencia de la FOIA.

La prueba se aplica únicamente al daño que resultaría del uso por parte de los competidores de la información propietaria o confidencial. No existe una regla general y los tribunales y autoridades aplican la regla caso por caso. Sin embargo, la jurisprudencia sí ha determinado que no es necesario probar daño actual, sino que lo que se debe probar es “*competencia actual y la posibilidad del daño competitivo sustancial*”. Simples alegatos de que se puede dañar o se está dañando la posición competitiva sin evidencia que los soporte no son aceptables.

Es importante mencionar que los tribunales estadounidenses han rechazado intentos de incorporar una prueba de interés público en materia de información confidencial comercial o financiera. En *Public Citizen Health Research Group vs. FDA*, la Corte de Circuito rechazó el argumento del solicitante de sopesar el interés público en la revelación de la información frente a los intereses gubernamentales y privados opuestos a la misma. En la opinión de ese tribunal, el balance adecuado se expresa “acertadamente en la prueba de confidencialidad”, en la que se analiza el posible daño competitivo sustancial, y por lo tanto quien solicita el acceso a la información comercial o financiera no puede “fortalecer su caso... sosteniendo un beneficio público adicional”.

En el segundo caso, es decir información comercial o financiera entregada voluntariamente, a diferencia de la anterior, goza de protección categórica bajo la FOIA siempre y

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

cuando no constituya información que regularmente es hecha pública por quien la genere o proporcione. En este caso, el interés gubernamental protegido es el procurar la disponibilidad continua y completa de información, lo cual se logra mediante una protección más amplia de información que se entrega voluntariamente. El interés particular consiste en la protección de información que, “sea cual fuere la razón, no es proporcionado al público en forma ordinaria por la persona que entregó a las autoridades esa información”.

E. Información personal y derecho de privacidad

En esta excepción sí se aplica una prueba de interés público que consiste en un *balancing test*, en el que se sopesa por un lado el interés de privacidad, y por el otro el interés público de la FOIA. El interés de protección de la privacidad es aquel definido como el control que un individuo tiene o debe tener sobre la información concerniente a su persona.²³ La excepción de la FOIA protege el interés de privacidad ante su amenaza, la cual no requiere ser patente u obvia, sino únicamente real y no simplemente especulativa.²⁴ La información que no goza de una expectativa de privacidad no está protegida de publicidad por la excepción.

Por ejemplo, recientemente la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que el derecho de privacidad de los miembros de la familia de Vincent Foster, Consejero de la Casa Blanca que cometió suicidio dentro de la misma, era susceptible de ser protegido en relación con las fotos de su muerte, ante la amenaza real de que los medios de comuni-

²³ Reporters Committee, 489 U. S. 749, 1989.

²⁴ Public Citizen Health Research Group vs. United States Department of Labor, 591 F.2d 808, D. C. Cir. 1978; Department of the Air Force vs. Rose, 425 U. S. 352, 1976.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

cación las utilizaran para sujetar a los miembros de la familia a escrutinio.²⁵

Por otro lado, el interés público que puede lograr inclinar la balanza hacia la publicidad de la información ha sido definido por la Suprema Corte de los Estados Unidos en forma restrictiva, como aquel propósito fundamental de la FOIA: el *transparentar la forma de actuar de las dependencias gubernamentales* en el ejercicio de sus facultades legales.²⁶ El interés público debe ser significativo y esto es así en la extensión en que la información cuya publicidad se busca permita que el interés público conozca la forma en que actúan sus autoridades. Por ejemplo, el interés público es sumamente significativo tratándose de información que le permita a la ciudadanía conocer de violaciones de la confianza pública por parte de sus autoridades, tal como sería un caso de corrupción gubernamental.

Es importante resaltar que la carga de la prueba para comprobar el interés público recae en quien solicita la información. Es el solicitante quien tiene que argumentar y probar que el interés público de conocer la actuación de las autoridades es preponderante por encima del interés de privacidad en relación con la información particular de que se trata.

3. La Freedom of Información Act de Irlanda

A. La Ley y su diseño

La Ley de Acceso a la Información irlandesa, *Freedom of Information Act*, fue aprobada en 1997 y entró en vigor el 21 de abril de 1998. Su última reforma fue en el año de 2003.

²⁵ Favish, 124 S. CT. 1577.

²⁶ Véase *e. g.*, O'Kane vs. United States Customs Services, 169 F.3d 1308, 11th. Cir. 1999.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

La ley ha tenido un gran impacto en el acceso por el público irlandés a los registros de información en posesión de las dependencias gubernamentales de ese país y en el conocimiento de la forma de actuar y operar de esas mismas dependencias. El objetivo de su promulgación fue el de promover la rendición de cuentas y la transparencia gubernamental y consolidar mediante la apertura gubernamental la confianza pública en los órganos constitucionales del Estado.²⁷

El objetivo expreso de la Ley es permitir que los miembros de la sociedad a) tengan acceso, en la mayor medida posible, a la información en posesión de dependencias públicas, en forma compatible con el interés público y el derecho de privacidad, b) puedan corregir su información personal en posesión de esas dependencias conforme las necesidades lo demanden, c) tengan derecho de acceso a esos registros en posesión de esas dependencias, sujeto es acceso a las excepciones necesarias.

Las solicitudes de información se realizan ante la autoridad en posesión de la información. En caso de que la autoridad niegue el acceso a la información existe un procedimiento de revisión ante la misma autoridad. En caso de que la negativa se confirme, el particular que realizó la solicitud puede acudir al Comisionado de Información, para que revise la negativa. Particulares distintos a los solicitantes de información, pero que puedan ser afectados en sus derechos de privacidad, de protección de información comercial o secretos industriales de su propiedad u otros, podrán también acudir en apelación al Comisionado para oponerse a la apertura de tal información ante la solicitud de otro particular.

La ley también contempla una apelación judicial contra las decisiones del Comisionado de Información. Este recur-

²⁷ Véase *e. g.*, Mr. John Deely vs. The Information Commissioner, High Court 2000 núm. 95 MCA, 11 de mayo de 2001.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

so puede ser ejercitado por los solicitantes a los que se les niegue información o por la autoridad que negó información y cuya decisión fue revocada por el Comisionado. La Corte Superior, *High Court*, únicamente revisa la decisión del Comisionado en apelación en cuanto a errores de derecho y no de hecho, en la aplicación de la ley y su reglamento.

La ley establece una serie de excepciones al libre acceso. Un primer tipo de excepciones lo constituyen las negativas de carácter administrativo, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- La información solicitada no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley;
- El volumen de información solicitado es excesivo o la solicitud es frívola o con afán de causar molestia;
- La solicitud forma parte de un patrón de solicitudes manifiestamente no razonables, realizadas ya sea por una persona o un grupo de personas que actúan aparentemente en forma concertada.

Adicionalmente, la Ley establece siete categorías de documentos que están completamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley. Estos documentos no son revelables en forma alguna. Entre estas categorías se encuentran, por ejemplo, los documentos de la oficina del presidente, o la información de carácter confidencial presentada en procedimientos penales.

Por último, la Ley contempla doce tipos de excepciones a la publicidad de documentos. Algunas de las excepciones son obligatorias y otras discrecionales. Todas son susceptibles de ser superadas mediante pruebas de daño o de interés público, aunque la revelación de algunas de ellas puede ser objeto de veto ministerial.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

En el caso de la prueba de daño, el estándar de revisión varía según el tipo de información. Sin embargo, una formulación general de la prueba consiste en afirmar que la información será revelada a no ser que cause daño a un interés definido en lo particular. El estándar más común es el de “*expectativa razonable*” de que la publicidad de la información pudiera causar daño.

En cuanto a la prueba de interés público, igualmente su efecto es limitar el alcance de algunas excepciones. La prueba de interés público tiende a utilizarse conforme el interés protegido es de carácter personal o privado. En cambio la prueba de daño tiende a utilizarse cuando el interés protegido es un interés público en sentido amplio. La forma en que se expresa generalmente la prueba de interés público es que la excepción dejará de ser un obstáculo para la publicidad de la información en la extensión que se demuestre, que bajo las circunstancias del caso, se sirve de mejor manera el interés público revelando la información, que manteniéndola reservada. Por ejemplo, en un caso en el que se solicitó la entrega de los comprobantes de gastos de miembros del Parlamento, aún cuando se aceptó que la información constituía información personal protegida por la excepción de privacidad, el interés público de conocer la forma en que actúan estos servidores públicos demandaba su revelación.

Las excepciones de publicidad contenidas en la Ley irlandesa se refieren a información concerniente a o producto de:

- Reuniones de gobierno;
- Deliberaciones de dependencias gubernamentales;
- Privilegio parlamentario, judicial y legal;
- Procuración de justicia y seguridad pública;
- Seguridad, defensa y relaciones exteriores;
- Información obtenida bajo secreto;

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

- Información comercial sensible;
- Información personal;
- Investigación y recursos naturales;
- Intereses económicos y financieros del Estado;
- Leyes restringiendo información pública.

En las siguientes secciones se hace un análisis más específico de las excepciones de seguridad, defensa y relaciones exteriores (bajo el rubro de seguridad nacional) e información comercial.

B. Seguridad nacional

La Ley irlandesa establece en su sección 24 la excepción al acceso en materia de registros sobre seguridad, defensa y relaciones internacionales. Esta sección contiene una subsección (2) con diversos numerales que especifican documentos que se consideran de seguridad nacional, defensa y relaciones internacionales a los cuales aplica la excepción a la obligación de acceso. Se revisarán algunos de ellos a la luz de los precedentes y jurisprudencia del Comisionado de Información y los tribunales irlandeses.

Es importante destacar que el primer paso en una solicitud de revisión de la excepción consiste en determinar si el documento o registro de documentos encuadra dentro de alguna de las hipótesis de la subsección (2). Una vez hecho esto, el Comisionado debe estar satisfecho de que la dependencia que niega el acceso demostró haber considerado *la expectativa razonable de daño* a la seguridad del Estado, su defensa, las relaciones internacionales o las cuestiones relacionadas con Irlanda del Norte. Este perjuicio implica la determinación del daño potencial, como primer paso, y la evaluación de la expectativa razonable de que se produzca tal daño.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

En materia de seguridad y defensa, por ejemplo, información recabada sobre incidentes ocurridos muchos años antes tendrán poca posibilidad de constituir expectativa de daño actual. En contraste, en materia de relaciones internacionales, se ha sostenido que los siguientes son ejemplos de hechos que constituirían sin duda potencial afectación a las relaciones de Irlanda con otros Estados u organizaciones internacionales:

- La publicidad de documentos e información sensible o vergonzosa para otro Estado o que otro Estado haya solicitado expresamente que se guarde como confidencial;
- Información cuya publicidad pueda perjudicar los intereses de otro Estado;
- Información cuya publicidad está explícitamente prohibida por alguna organización internacional de la cual Irlanda sea miembro.

El caso *Mr. Phelim Mc Aleer of the Sunday Times*²⁸ ilustra la aplicación concreta de la Ley. La cuestión jurídica que se planteó era si procedía la excepción de seguridad nacional ante la solicitud de documentos intercambiados con órganos de la Unión Europea, en relación con el proceso de firma de una convención internacional sobre cuestiones matrimoniales. La solicitud de información involucró diversos registros de documentos relacionados con la firma de la Convención Bruselas II en materia de reconocimiento de procedimientos matrimoniales de la Unión Europea. Los documentos en posesión del Departamento de Justicia de Irlanda habían sido recibidos de la Unión Europea, pero in-

²⁸ Case 98060, *Mr. Phelim Mc Aleer of the Sunday Times newspaper and the Department of Justice, Equality and Law Reform*, 22 de junio de 2000.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

volucraban documentos generados por servidores públicos irlandeses, un memorando del gobierno, correspondencia interna sobre el memorando y la decisión misma del gobierno en cuanto a la firma de la convención.

El gobierno invocó la sección 24 para negar el acceso a ciertos documentos bajo el alegato de que contenían discusiones llevadas a cabo dentro de un órgano de la Unión Europea. El gobierno sostuvo por un lado, que la regulación aplicable por la Unión Europea en materia de publicidad de documentos requería de la aprobación del Consejo.

Para la resolución del caso, el comisionado de información dividió los documentos de los cuales se solicitó el acceso en tres grupos: en el primero colocó aquellos documentos a los cuales se negó el acceso por razones de seguridad nacional bajo la sección 24 de la Ley; en el segundo aquellos a los que se negó el acceso bajo la sección 19 de la Ley, que establece la excepción sobre reuniones del gobierno; y en el tercer grupo colocó aquellos documentos a los que no se negó el acceso.

En respuesta al argumento del Departamento de Justicia de que era necesario contar con la autorización del Consejo de la Unión Europea para conceder el acceso a la información, el comisionado determinó en su decisión que no existía tal requisito y que el acceso a los documentos relacionados con la Unión Europea, en posesión de los Estados miembros, se regía única y exclusivamente por las legislaciones nacionales de acceso de cada Estado.

En cuanto a los méritos de la excepción de seguridad nacional invocada, el comisionado primero revisó si efectivamente los documentos caían en el supuesto de la sección 24(2). En otras palabras, si efectivamente constituían documentos intercambiados dentro de una negociación entre Irlanda y la Unión Europea o en relación con ésta. Si bien los documentos en su mayoría se relacionaban con trabajo de

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

expertos que no involucraban cuestiones de decisión política de alto nivel, el Comisionado aceptó que los documentos efectivamente eran parte de las negociaciones de la Convención Bruselas II.

Bajo la Ley irlandesa, sin embargo, esto no es suficiente para que proceda la excepción. Adicionalmente, el Departamento debe probar que existe una expectativa razonable de que de darse acceso a tales documentos se afecten adversamente las relaciones internacionales del Estado. Esta es la aplicación de la prueba del daño.

El estándar de revisión que se sigue se formula de la siguiente manera “un tomador de decisiones debe primero identificar el daño potencial... que protege la excepción... y una vez identificado tal daño, considerar la racionalidad de cualquier expectativa de que el daño ocurra”.

En la opinión del comisionado del Departamento no pudo establecer claramente cómo podrían ser afectadas negativamente las relaciones internacionales del Estado con la publicidad de la información solicitada. La única evidencia presentada por el Departamento de Justicia fue una nota que refleja una consulta informal telefónica entre un funcionario irlandés y un funcionario del Consejo. La nota señala que el funcionario del Consejo estuvo de acuerdo con la proposición de que de ser reveladas las posiciones de negociación de algunos Estados, éstos no estarían muy contentos con tal revelación. Sin embargo, el comisionado desechó esta evidencia tanto por su carácter informal, como por el hecho de que no refleja realmente un acuerdo entre los Estados negociadores para preservar la información solicitada como confidencial. Toda vez que el gobierno no pudo satisfacer la carga de la prueba el comisionado revocó la negativa de acceso.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

C. Secreto comercial

Las secciones 26, 27 y 28 de la Ley irlandesa establecen las excepciones al acceso público en materia de información obtenida en forma confidencial, información comercial sensitiva e información personal, respectivamente. En el caso de la sección 26 el objetivo de la disposición es proteger la capacidad del gobierno de obtener en el futuro información valiosa de esa misma fuente o de fuentes similares. En los otros casos el interés protegido es el comercial-económico o el de privacidad. Por su relevancia para este estudio se transcriben las disposiciones respectivas en estos dos últimos casos.

La sección 27 obliga a la autoridad a negar la entrega de información si los registros involucrados contienen:

- a) secretos industriales propiedad de una persona distinta a la del que solicita la información,
- b) información comercial financiera, científica, tecnológica o de otro tipo cuya revelación podría razonablemente esperarse produjera pérdidas o ganancias financieras a la persona con la que se relaciona la información, o podría perjudicar la posición competitiva de esa persona en el curso de su negocio o profesión, o en general relacionado con su ocupación, o
- c) información cuya revelación perjudicaría el curso o resultado de negociaciones contractuales o de otro tipo para la persona con la que se relaciona la información.

La subsección (2) de la sección 27, sin embargo, obliga a la autoridad a entregar la información en casos en que la persona con la que se relaciona la información da su consentimiento, la información o parte de ella está disponible públicamente.

Aún en casos en donde no se presente lo anterior, la protección no es absoluta y puede ser desechada mediante prueba de interés público.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

El estándar de revisión de la excepción o prueba de interés público varía si se trata de información obtenida en forma confidencial e información comercial, por un lado, o de información personal por el otro. En el primer caso el criterio es menos estricto. La autoridad debe evaluar si “en el balance, la revelación servirá de mejor manera al interés público”. En el caso de información personal se contrasta el interés público involucrado en la solicitud de información contra el interés público representado por el derecho de privacidad contenido en la información. Ambos presentan ejemplos de *balancing tests* o criterios de revisión en el que se sopesan o contraponen intereses públicos. El contexto de la evaluación para inclinarlo a favor de la publicidad es siempre el cumplimiento de los objetivos de la ley. De esta manera donde no es claro el propósito que serviría al *público conocer la forma en que actúan sus órganos de gobierno*, se privilegia el interés público de privacidad, la protección comercial, o la capacidad futura de allegarse de información confidencial de fuentes similares.

Los terceros que puedan ser afectados por la decisión de revelar información comercial o personal tienen derecho de apelar la decisión de la autoridad ante el Comisionado de Información. Así, el tercero tiene forma de oponerse a la publicidad de la información. Esto implica un sistema que informa a los terceros de las decisiones y les da oportunidad de presentar alegatos y apelaciones a lo largo del procedimiento.

Algunos casos en los que se ha sopesado el interés público y otros intereses incluyen situaciones en que la información solicitada consistía en una evaluación por parte de las autoridades en materia de salud de propuestas de servicios a implementar en el futuro. El comisionado de Información aceptó que se servía mejor el interés público con su reserva, toda vez que su publicidad podía afectar la complejidad

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

inherente a la administración de los servicios de salud, en donde se requiere bajo todo criterio razonable que la administración consulte con diversos actores y evalúe diversas opciones antes de tomar una decisión definitiva, y durante ese periodo la evaluación de la mejor opción puede ser afectada por la publicidad de consideraciones que en su momento son únicamente posibilidades.²⁹

En otro caso el comisionado aplicó la prueba de interés público a la solicitud de acceso al precio de ciertos vehículos ofrecidos por empresas de armamento en una licitación pública. Los involucrados en la licitación alegaron que el precio constituía un secreto comercial e información sensible y que de revelarse afectaría el negocio y posición competitiva de sus empresas. La prueba de interés público consistió en realizar el balance de intereses. En este caso, por un lado el interés público legítimo de asegurar el adecuado curso de las transacciones comerciales entre particulares y el gobierno, sin el temor de que los particulares sufran perjuicio comercial a consecuencia. Por otro lado, el interés público principal de la ley de mantener un gobierno transparente y sujeto a rendición de cuentas.³⁰

El Comisionado sostuvo que el hecho de que existan otros mecanismos de rendición de cuentas, tales como la Oficina de la Contraloría, no era un argumento dejar de aplicar otro tipo de controles al ejercicio del gasto público. La falta de transparencia y el secreto por sí mismos pueden provocar abuso por lo que el interés público en la apertura y transparencia de los gastos públicos es de gran importancia.³¹ Por otra parte, consideró que la factibilidad de perjuicio

²⁹ Case 98078, Mr. Martin Wall, The Sunday Tribune newspaper and the Department of Health and Children, 31 de marzo de 1999.

³⁰ Case 98049, 98056, 98057, Henry Ford and Sons Ltd, Nissan Ireland and Motor Distributors Ltd and the Office of Public Works, 31 de marzo de 1999.

³¹ *Idem*.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

a la posición competitiva implicaba evaluar factores específicos a la transacción tales como si la información solicitada era histórica o si se refería a una sola transacción. Un paso es considerar que el daño puede ocurrir, y otro evaluar la evidencia de que este ocurra. En este proceso, el evaluar el interés público como una simple posibilidad tiene menor peso que un perjuicio inminente y muy probable.

4. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI) de México

A. La Ley y su diseño

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante LAI) entró en vigor en el año de 2002, y las solicitudes de acceso pudieron presentarse un año después. La Ley establece el principio general de publicidad de la información en posesión de todos los órganos del gobierno federal, y entre sus objetivos están transparentar la gestión pública, garantizar la protección de los datos personales en posesión de los órganos estatales, favorecer la rendición de cuentas y contribuir a la democratización de la sociedad mexicana. La aprobación de la LAI mexicana significó un punto de ruptura con una tradición secular de secreto administrativo y discrecionalidad absoluta en el manejo de la información que caracterizó al sistema político mexicano, y tuvo algunas novedades importantes, como el de extender su ámbito de aplicación a todos los órganos federales, incluso los poderes legislativo, judicial y los organismos con autonomía constitucional.³²

³² Véase entre otros Concha, Hugo A. *et al.* (eds.), *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, USAID, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004 y López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acce-*

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

Las solicitudes de acceso se presentan ante la autoridad que tiene la información. En caso de negativa, procede un recurso de revisión que, en el caso de la Administración Pública Federal, se desahoga ante un órgano colegiado e independiente denominado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (en adelante IFAI), el cual tiene autonomía plena para emitir sus decisiones, mismas que tiene efectos vinculatorios y definitivos para los órganos administrativos. Una negativa de acceso del IFAI puede ser recurrida por el particular ante los Tribunales Federales a través de un juicio de amparo.

La LAI establece una serie de excepciones que se agrupan en dos grandes tipos: la información reservada y la información confidencial. Analizaremos a continuación esta cuestión.

B. La información reservada

Los artículos 13 y 14 de la Ley agrupan las causales que permiten clasificar cierta información como reservada por un periodo de hasta 12 años, renovables previa autorización del IFAI. El artículo 13 agrupa un primer conjunto de causales que se refieren a la seguridad pública; la seguridad nacional; las relaciones internacionales; la estabilidad financiera y económica; la protección de la vida, la seguridad y salud de las personas; y diversas actividades relacionadas con la aplicación de la Ley. Por su parte, el artículo 14 contiene un segundo conjunto de causales de reserva relacionadas con la información que otras leyes consideren confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otros equivalentes; las averigua-

so a la información, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

ciones previas; los expedientes judiciales o procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos en tanto no se haya dictado resolución administrativa o jurisdiccional definitiva; y la relacionada con el proceso deliberativo de los funcionarios públicos.

Llama poderosamente la atención las razones que justifican la agrupación en dos artículos distintos. Una lectura directa del lenguaje de la ley permite establecer que aquellas causales incluidas en el artículo 13 no se aplican de manera directa, sino que requieren de una condición adicional: la reserva procede sólo si se “compromete” la seguridad nacional, se “menoscaba” la conducción de las negociaciones internacionales o se “daña” la estabilidad económica. En otras palabras, aunque la Ley no establece explícitamente una “prueba de daño”, esta se deriva implícitamente del lenguaje del artículo 13. Esta lectura se confirma si atendemos a la exposición de motivos de la LAI, que en la parte relativa estableció que:

debe hacerse notar que, en el caso de los supuestos de reserva que se establecen en la iniciativa, no basta con que se actualice el contenido de la información por referirse a una de las materias reservadas, por ejemplo seguridad nacional o seguridad pública, sino que es necesario además que exista un elemento de daño que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente la conducta de una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona.³³

³³ Exposición de motivos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicado en la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* del 4 de diciembre de 2001. Véase <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

La pregunta, obvia, es si la prueba de daño debe también aplicarse a las causales del artículo 14. Nos parece que la respuesta es negativa pues el lenguaje de ese artículo no contiene elementos que permitan hacer esta interpretación. Por ello, la reserva de información conforme a este artículo sería directa y no requeriría prueba de daño.

Un análisis más detallado de las hipótesis de reserva del artículo 14 permite sostener que en él se mezclaron causales que responden a diferentes racionalidades y que podemos agrupar tres grandes grupos:

El primer grupo se refiere a las hipótesis relacionadas claramente con la protección de la vida privada y el patrimonio como son el secreto comercial, industrial, fiscal, bancario o fiduciario (fracción II) y la información comercial reservada (fracción I).

Un segundo grupo se refiere a causales que responden prima facie a la protección del interés público, tales como información que otras leyes declaren expresamente como confidencial o reservada, la información gubernamental confidencial (fracción I); y el proceso deliberativo de los servidores públicos (fracción VI).

Finalmente, un tercer grupo se sitúa en una zona gris en la que puede coexistir razones de interés público relacionadas con la impartición de la justicia, pero también razones que responden a la protección de la vida privada, entre las que se incluye la presunción de inocencia o la protección de la identidad de las personas en los procedimientos judiciales de carácter familiar o penal. Tal es el caso de las fracciones relacionadas con las averiguaciones previas (fracción III), los expedientes judiciales o administrativos antes de que se causen estado (fracción IV) o los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos antes de que se dicte resolución definitiva (fracción V).

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

La combinación de estas diversas racionalidades en un mismo artículo genera un resultado por lo menos curioso y asimétrico, pues respecto de las causales del primer grupo, similares a las del artículo 13, cabría razonablemente aplicar la prueba de daño. Sin embargo, si atendemos al lenguaje de la LAI, ésta no resulta aplicable. Por otro lado, la información contenida en el segundo grupo debería considerarse como confidencial en el sentido del artículo 18 (véase *infra*) y estar sujeta a un régimen indefinido de acceso restringido. No obstante, por estar ubicada en el artículo 14, esta información tiene un régimen de reserva temporal. Cabe entonces preguntarse si al concluir el plazo de reserva información relacionada, por ejemplo, con un secreto industrial podría ser divulgada, o si sería necesario establecer prorrogas del plazo de reserva para darle un trato equivalente a la información del artículo 18.

C. La información confidencial

La LAI establece un segundo tipo de información que admite un trato excepcional y que denomina “información confidencial”. Esta se integra, según el artículo 18, por los datos personales³⁴ que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, y por la información que los particulares entreguen a las autoridades siempre que tengan el derecho de reservarse dicha información de conformidad con una disposición legal (artículo 19).

Esta información es distinta de la reservada pues tiene un tratamiento diferente. Así no está sujeta a un plazo de reserva y debe permanecer indefinidamente fuera del dominio público, salvo que el titular de dicha información otorgue el

³⁴ La Ley de Acceso a la Información define como datos personales la información concerniente a una persona física, identificada o identificable, y añade una lista ejemplificativa que incluye, entre otros, el origen étnico o racial, el domicilio, el patrimonio, el número telefónico, la ideología o las preferencias sexuales.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

consentimiento expreso para divulgarla. Además su acceso se encuentra restringido, no admite prueba de daño y sólo tiene derecho de acceder a ella el titular de la información. Por otro lado, ni del lenguaje de la LAI ni de su interpretación puede desprenderse que la LAI estableció la posibilidad de realizar una prueba de interés público en caso de la información confidencial.

Resulta necesario distinguir entre la información “confidencial” a que se refiere la fracción I del artículo 14 de la información “confidencial” que contempla la fracción I del artículo 18, pues aunque reciben la misma denominación se refieren a dos conjuntos distintos. La primera se refiere a información en posesión del Estado que otras leyes declaren como “confidencial”, y que para efectos de la LAI deberá considerarse como reservada. La segunda se refiere a información que los particulares entreguen a los órganos del Estado y que una disposición de una ley le otorgue el carácter de confidencial.

Independientemente de la confusión que genera el lenguaje legislativo, la LAI tiene respecto de este último conjunto de información dos problemas graves. El primero es que no hace diferencia alguna entre la información que los particulares entregan voluntariamente a las autoridades, de aquella que éstos tienen obligación de entregar. Como demuestra la experiencia americana e irlandesa esta es una diferencia significativa que tiene implicaciones en el régimen de protección. El segundo problema es que sujeta la clasificación a que una Ley establezca la confidencialidad de la información, en lugar de presumir que en esta hipótesis existen razones para establecer la confidencialidad per se, sujeta en casos excepcionales a una eventual prueba de interés público, que como hemos dicho no contempla la legislación mexicana.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

D. La prueba de daño

Como señalamos previamente, la prueba de daño sería aplicable en principio únicamente a las causales de reserva contempladas en el artículo 13 de la LAI. El reglamento de la Ley,³⁵ lejos de aclarar su alcance, introdujo mayor confusión. Así el artículo 27 de éste instrumento estableció que al clasificar expedientes y documentos las autoridades deberían “tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley”. En otras palabras, desde nuestra perspectiva sin fundamento en la LAI, el reglamento extendió la aplicación de la prueba de daño a todas las causales de reserva y confidencialidad, pero omitió establecer criterio o estándar alguno para determinarlo.

Fue necesario esperar hasta la publicación de los “Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”³⁶ en que el Pleno del IFAI realizó un esfuerzo importante por aclarar el alcance de las causales de reserva y la prueba de daño. En estos lineamientos, además de precisar el contenido de cada una de las fracciones de los artículos 13 y 14, en especial y con amplio detalle aquellas relacionadas con la seguridad nacional,³⁷ se estableció con toda claridad que sólo al clasificar información con fundamento en algunas de las fracciones del artículo 13 resultaba necesario considerar “la existencia de elementos objetivos que permitieran determinar si la difusión de la información causaría un *daño presente, probable y específico*

³⁵ Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003. Puede consultarse en la página del IFAI www.ifai.org.mx.

³⁶ Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de agosto de 2003. Puede consultarse en la página del IFAI www.ifai.org.mx.

³⁷ Véase al respecto el artículo décimo octavo de los Lineamientos de clasificación.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto” (artículo octavo).

De este modo, la prueba de daño aplicable contiene dos elementos. El primero es la existencia de “elementos objetivo” que permiten determinar el daño. El segundo, que éste debe cumplir tres condiciones: la de ser “*presente*”, “*probable*” y “*específico*”. La carga de la prueba recae en la autoridad que clasifica.

En la práctica, la aplicación de los criterios de daño “presente probable y específico” ha resultado ser extremadamente problemática, tanto para las autoridades como para el propio IFAI. Un análisis detallado de los primeros casos presentados ante la institución permite extraer varias conclusiones.

La primera es que las dependencias y entidades normalmente no realizan la prueba de daño, y cuando la hacen tienen serias dificultades en aplicarla y argumentarla. La segunda es que el propio IFAI ha tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios específicos de “presente”, “probable” y “específico”. La mayor parte de las resoluciones del IFAI en esta materia se limitan a reiterar lo ya establecido en la ley y en los lineamientos. Ejemplos típicos de este tipo de razonamiento son los siguientes:

...la dependencia no aportó elementos objetivos, presentes y probables que muestren que la divulgación de los nombres de los negociadores mexicanos pone en riesgo la conducción de las negociaciones internacionales...³⁸

del análisis del expediente... se concluye que la Secretaría de la Defensa nacional motiva la reserva de la información requerida, señalando los elementos objetivos que permiten determinar la manera en que se comprometería la seguridad nacional y la defensa nacional con la divulgación de la información;

³⁸ Expediente IFAI 350/03.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

es decir, proporcionaría bases que permiten concluir la existencia de una daño presente, probable y específico, toda vez que la información solicitada versa sobre la nomenclatura en clave de los vehículos terrestres militares...³⁹

Una tercera conclusión es que no existe claridad respecto de los efectos de la prueba de daño. Las resoluciones del IFAI vacilan en esta materia pues en ocasiones la falta de la prueba de daño tiene como efecto la revocación inmediata de la clasificación. En otros casos el IFAI suple y realiza en la resolución la prueba de daño. Finalmente en otra serie de casos el IFAI reclasifica la información, pero omite aplicar la falta de daño. Creemos que este comportamiento un tanto errático se explica tanto por la falta de precisión legislativa y reglamentaria como por la enorme presión que tiene el IFAI de resolver en los tiempos establecidos por la ley un número muy significativo de casos en ausencia completa de precedentes que le permitan orientar su interpretación.

Antes de concluir se impone un comentario final. El esfuerzo inacabado pero definido del IFAI de avanzar en esta materia no ha sido seguido por ninguno de los otros sujetos obligados, quienes en sus respectivos reglamentos mantienen el más completo silencio respecto de la aplicación y criterios propios de la prueba de daño.

5. Conclusiones y propuesta

Un primer aspecto que puede señalarse del estudio es que las pruebas de daño e interés público se construyen como los estándares o criterios de revisión para la aplicación de las excepciones al principio de publicidad de la información contenido en las leyes de acceso a la información. Por ello, los países que han optado por el sistema en que ciertas

³⁹ Expediente FAI 0521/05.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

excepciones no son revisables lo han establecido de manera expresa en sus legislaciones.

Por otro lado, podemos concluir también que la aplicación de las pruebas de daño e interés público, como criterio para la aplicación de las excepciones al principio de publicidad se deriva del lenguaje de la Ley. Este es por ejemplo el caso de Irlanda, como en otros países de la tradición del derecho común (por ejemplo Canadá o Nueva Zelanda). Por su parte en los Estados Unidos el criterio de revisión, el nivel probatorio y la definición de la prueba se han precisado mediante el desarrollo jurisprudencial.

¿Cuándo se utiliza la prueba de daño y cuándo la de interés público? Si bien no existe una definición *a priori*, de la experiencia comparada se puede desprender que la prueba de daño tiende a aplicarse a aquellas excepciones de carácter general en las que se protege un bien de interés público. Por su parte, la prueba de interés público suele aplicarse a aquellas excepciones que protegen derechos o intereses privados o particulares. Esta conclusión es útil para la recomendación que se hace adelante de reformar la ley mexicana toda vez que ordena apropiadamente tanto las excepciones, como su revisión.

En México la prueba de daño está incorporada implícitamente en el lenguaje de la LAI, pero resulta aplicable sólo para las causales establecidas en el artículo 13 de la Ley. El estándar o criterio de esta prueba fue precisado reglamentariamente a través de los lineamientos de clasificación, pero el criterio utilizado (daño presente, probable y específico) ha probado ser de muy difícil aplicación y su desarrollo en las decisiones del IFAI muestra que es demasiado abstracto y no sirve de guía efectiva en la resolución de los casos concretos. Por ello conviene considerar modificar este criterio por uno de aplicación más sencilla y que permita además

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

realizar pruebas de daños diferenciadas en función de la importancia relativa de los intereses jurídicos tutelados.

La legislación mexicana no prevé la prueba de interés público. Adicionalmente, la LAI tiene un grave defecto en la organización de las causales de reserva y confidencialidad, particularmente en el artículo 14, y resulta menester una urgente reforma legislativa. Esta reforma deberá tener por objeto reagrupar las causales y establecer con claridad en qué casos aplica la prueba de daño y en cuáles la de interés público siguiendo el criterio que ya indicamos.

Una reforma legislativa en este sentido deberá considerar otros elementos, tales como los relativos a la carga de la prueba y la participación de terceros interesados en los procesos de revisión. Especialmente tratándose de las excepciones que involucran la posible publicidad de derechos particulares, tales como derechos a la protección de secretos industriales, información comercial privilegiada o derecho a la privacidad, es importante considerar explícitamente algún procedimiento para permitirles participar en el proceso de revisión, presentar alegatos o apelaciones. En el derecho estadounidense el derecho está implícito y se ejercita a través de los tribunales federales. En el derecho irlandés, la Ley de Acceso y el mismo procedimiento ante el Comisionado de Información contemplan las reglas para dar oportunidad a los terceros involucrados o posiblemente afectados para presentar alegatos. Estos también gozan de la posibilidad de apelación ante los tribunales competentes de una decisión del Comisionado de permitir la publicidad de cierta información que había sido reservada bajo una excepción.

En el mismo sentido es importante destacar que la carga de la prueba en una prueba de interés público debe corresponder al solicitante de información y no a la autoridad que revisa el caso. En ese caso, toda vez que se parte de que en principio la información tiene el carácter que el supuesto le

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

atribuye, y es el solicitante de la información quien afirma implícitamente bajo el procedimiento que el interés preponderante en el caso en particular debe ser el de transparencia y rendición de cuentas, es éste quien debe probarlo a satisfacción de la instancia revisora. Por supuesto, en la jurisprudencia revisada existen casos en los que es claro que el interés público se sirve de mejor manera con la publicidad por razones distintas a las presentadas por el solicitante y que sin embargo las autoridades resuelven a favor de la publicidad aún cuando el solicitante no haya hecho el mejor caso posible. Esta especie de suplencia de la prueba no necesariamente es contraria al principio de carga de la prueba. En otras palabras, el principio es que sean tanto quien solicita la información, como las autoridades que la niegan, quienes lleven la responsabilidad principal de la argumentación, y no la autoridad revisora.

Finalmente puede señalarse que existen varios proyectos de reforma a la LAI, sin embargo la mayor parte de ellos se basa en consideraciones de carácter político, y pocos han querido realizar un esfuerzo por entender la complejidad inherente a la aplicación de la Ley y la necesidad de revisarla con criterios técnicos que mejoren las condiciones de su eficacia.

Con base en los elementos antes señalados proponemos las siguientes reformas a la LAI.

1. Modificar la fracción III del artículo 4o. (objetivos de la Ley) para introducir de manera explícita una excepción a la protección de la vida privada. Esta fracción establecería III. Garantizar la protección de la información confidencial en posesión de los sujetos obligados, salvo en los casos donde existan razones de interés público, objetivas y debidamente acreditadas, de conformidad con lo establecido en esta Ley.

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

2. Modificar los artículos 13 a 19 de la Ley para reagrupar las causales de reserva e introducir de manera explícita las pruebas de daño y de interés público de la manera siguiente:

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

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- II. Menoscar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano;
- III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país;
- IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o
- V. Causar un serio perjuicio a:
 - a) Las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes;
 - b) La prevención o persecución de los delitos;
 - c) La impartición de la justicia;
 - d) La recaudación de las contribuciones;
 - e) Las operaciones de control migratorio;
 - f) Las estrategias procesales de los sujetos obligados en procesos judiciales, administrativos o arbitrales, mientras las resoluciones no causen estado.
- VI. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada como confidencial o reservada.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

VII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto pueda afectar el proceso de toma de decisiones y hasta que no sea adoptada la decisión definitiva. En todos los casos, se deberá documentar tanto el proceso deliberativo como la decisión definitiva.

En todos los casos a que se refiere este artículo, la información se podrá clasificar como reservada, siempre que en la resolución de la autoridad responsable, debidamente fundada y motivada, se demuestre la existencia de elementos objetivos que permitan determinar la expectativa razonable de un daño al interés público protegido, de conformidad con los lineamientos que para tal efecto expedirá el Instituto o los órganos establecidos conforme al artículo 61.

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

Artículo 14. También se considerará como información reservada:

- I. Las averiguaciones previas;
- II. Los expedientes judiciales, arbitrales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;
- III. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva.

Artículo 15. Se considerará como información confidencial:

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

- I. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;
- II. La entregada con tal carácter por las personas físicas o morales a los sujetos obligados;
- III. Los datos personales.

En el caso de que exista una solicitud de acceso que incluya información confidencial, los sujetos obligados la comunicarán siempre y cuando medie el consentimiento expreso del titular de la información confidencial.

No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.

Artículo 16. La información a que se refieren los artículos 14 y 15 podrá divulgarse cuando se compruebe, a juicio a del Instituto o de los órganos a que se refiere el artículo 61, que existen razones de interés público relacionadas con los objetivos de esta Ley debidamente acreditados. Para este efecto, deberá mediar petición del recurrente quien deberá aportar los elementos de prueba necesarios. Además, durante el procedimiento de sustanciación del recurso, deberá respetarse la garantía de audiencia de los titulares de la información confidencial y realizarse una valoración objetiva, cuantitativa y cualitativa, de los intereses en conflicto que permita razonablemente asegurar que los beneficios sociales de divulgar la información serán mayores a los costos. En la valoración que se haga respecto de la fracción II de este artículo se considerará si la información fue entregada de manera voluntaria u obligatoria por los particulares.

Artículo 17. Contenido del actual artículo 15.

LÓPEZ-AYLLÓN / POSADAS

Artículo 18. Contenido del artículo 16.

Artículo 19. Contenido del actual artículo 17.

3. Introducir un nuevo artículo 55 bis que establezca el procedimiento para el trámite de las pruebas de interés público con la debida garantía de audiencia.

Artículo 55 bis: En los recursos interpuestos contra una negativa de acceso a información con fundamento en el artículo 14 y 15, el recurrente podrá solicitar que el Instituto valore si razones de interés público que justifiquen la divulgación de información confidencial. En estos casos, el recurrente deberá aportar los elementos de prueba necesarios para que el pleno del Instituto haga una determinación preliminar si procede esa solicitud. Si así lo determina, se deberá ampliar el plazo previsto en la fracción V del artículo 55 hasta por 50 días y se procederá a:

- I. Notificar a la dependencia o entidad, al titular de la información y a cualquier otro interesado cuyos datos obren en el expediente su determinación de examinar la existencia razones de interés público para divulgar la información, así como los elementos de prueba aportados por el particular que motivaron su decisión;
- II. Abrir un periodo de 15 días hábiles para que estos manifiesten lo que a su derecho convenga y aporten los elementos de prueba que consideren pertinentes;
- III. Transcurrido el plazo a que se refiere la fracción anterior, celebrar una audiencia con las partes;
- IV. Hacer una valoración de los intereses en conflicto en relación con los objetivos de esta Ley y cualquier otra aplicable al caso, así como realizar una ponderación

LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO

específica, cuantitativa y cualitativa, de los costos y beneficios de divulgar la información;

- V. En caso de que se determine ordenar la divulgación de la información, deberá notificar al titular de ésta y cualquier otro tercero interesado que tiene el derecho de interponer el juicio de garantías en el plazo legal correspondiente. En ningún caso la información podría ser divulgada antes de que venza este plazo o de que, en su caso, el juez determine si procede la suspensión del acto.