

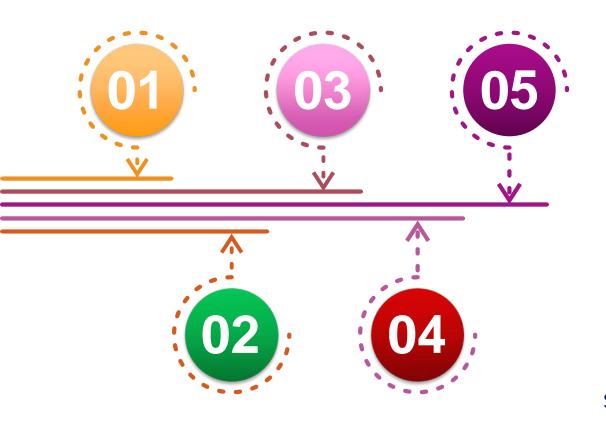
Reserva de la Información y prueba de daño

Mtro. José Guadalupe Luna Hernández

Comisionado

Metepec, Méx. 18 de septiembre de 2020

Estructura



Contexto

El contexto jurídico en el que nos encontramos

Clasificación Información

Condiciones para que la restricción al DAI sea convencionalmente aceptable

Procedimiento de reserva

es un pacto entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas

Fase iuspositivista

Primera parte de la prueba de daño

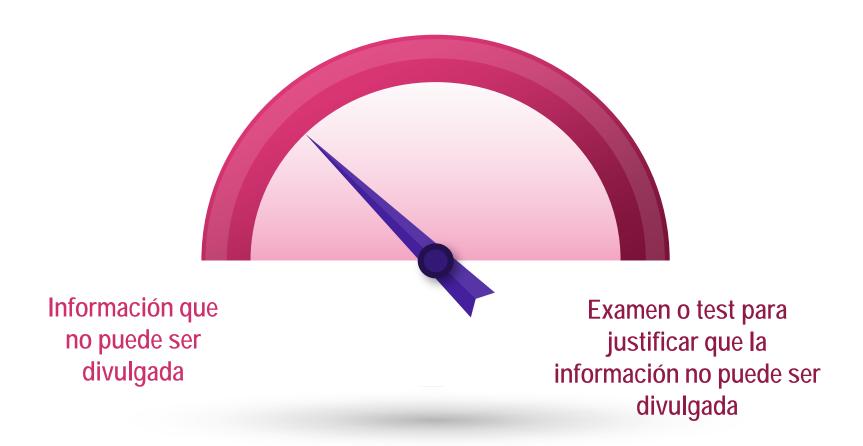
Fase neoconstitucionalista

Segunda parte de la prueba de daño



El contexto jurídico en el que nos encontramos

¿Qué pensamos cuando escuchamos información reservada y prueba de daño?





¿Cómo entendemos el ordenamiento jurídico?



1

Sistema Coherente

Como un sistema coherente, acabado, perfecto

3

Realidad Compleja

A veces contradictoria, constituciones densas, ideológicamente plurales 2

Subsumiendo

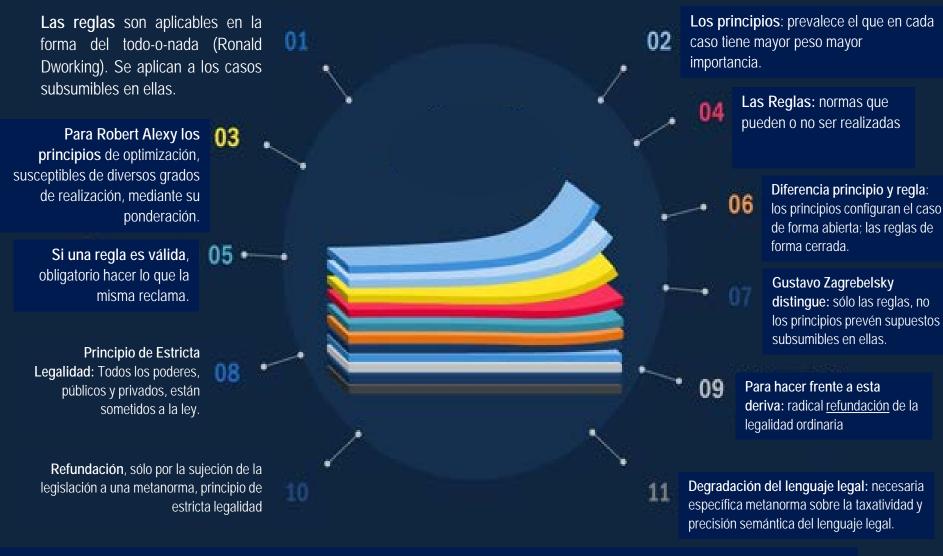
La norma se aplica subsumiendo

4

¿Cómo resolvemos los conflictos?

- Jerarquía
- Temporalidad
- Especialidad





Criterios propuestos por los Neoconstitucionalistas para interpretar las Constituciones



Criterios Iuspositivistas para la interpretación de las constituciones



NEOCONSTITUCIONALISTAS

CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

PONDERACIÓN





REGLAS
Los derechos Humanos dependen del respeto a las reglas

Primer caso para examinar el neoconstitucionalismo en transparencia



La Hemoglobina Glicosilada Hb A1c

Estudio de sangre, en laboratorios y consultorios

Permite determinar el valor de la fracción de hemoglobina (glóbulos rojos) que tiene glucosa adherida en un largo plazo.



Rangos

Una persona no diabética (de 4 a 6)

Una persona diabética se recomienda que sea menor a 7



?خ

10 personas diabéticas se realizan la prueba

¿los resultados de todas serán de 6 a 6.9?



La prueba de daño





La clasificación de la información, condiciones para que la restricción al DAI sea convencionalmente aceptable

Clasificación de la información

Para ser legítimo, todo límite o restricción debe:

humano de acceso a la información.





Derecho a la información. Su restricción está sujeta a diversas condiciones generales de validez



La restricción establecida por la ley

- Debe responder a un objeto permitido por la Convención Americana.
- Artículo 13.2 de la Convención permite se realicen restricciones necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás", o
- "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".



La Corte observa:

- Que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación,
- el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.



La Corte entiende

- Que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, con la
 práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales crea un campo fértil para la actuación
 discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y
- se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y facultades del Estado para restringirlo.



La normativa:

- Que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado deben cumplir con los parámetros convencionales y sólo puede realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención,
- lo cual el también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia.



Convención Americana sobre Derechos Humanos

Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, núm., 219, párrafo 229.

01

229

Con todo, el derecho de acceder a la información pública en poder del Estado no es un derecho absoluto, pudiendo estar sujeto a restricciones.

02

Sin embargo, estas deben, en primer término, estar previamente fijadas por ley -en sentido formal y material- como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público.

03

En segundo lugar, las restricciones establecidas por ley deben responder a un objetivo permitido por el artículo 13.2 de la Convención Americana...



...deben ser necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás"

...o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

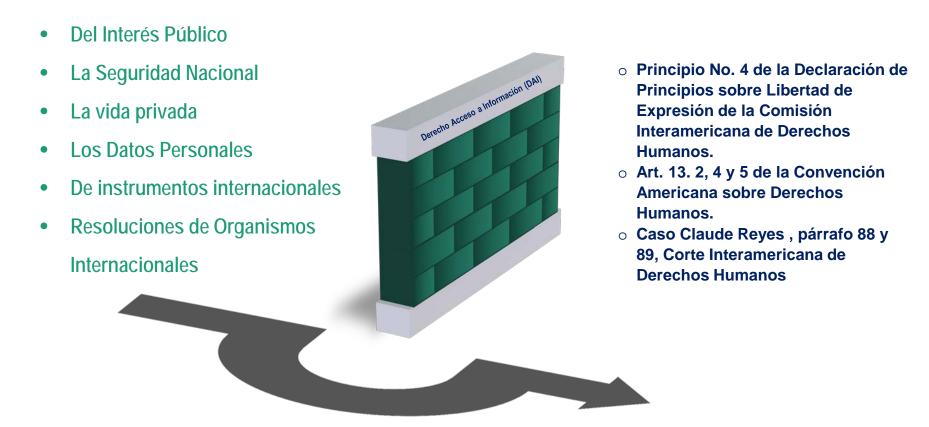
Las limitaciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática y orientadas a satisfacer un interés público imperativo.

Ello implica que de todas las alternativas deben escogerse aquellas medidas que restrinjan o interfieran en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho de buscar y recibir la información.

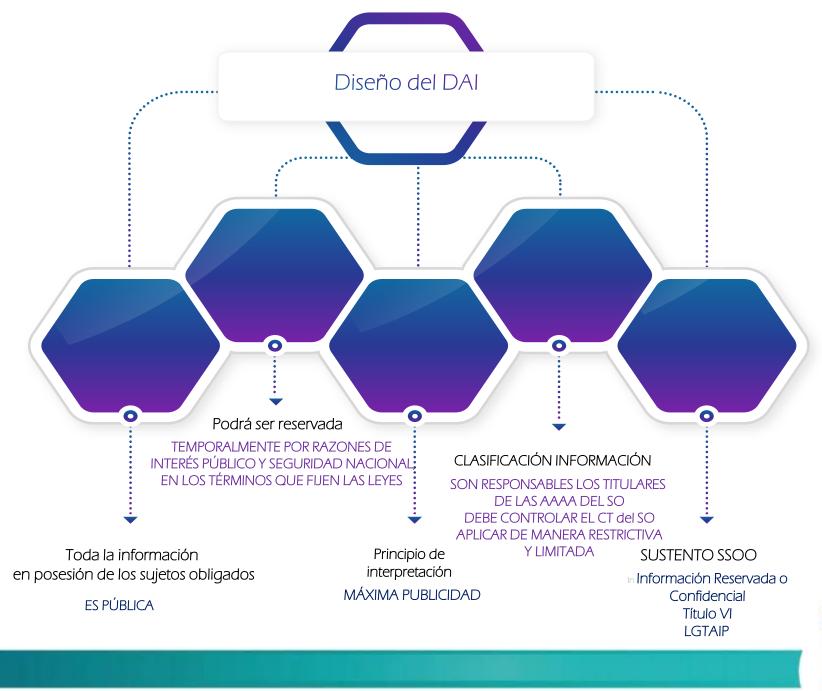


Derecho Acceso a Información (DAI), NO es Absoluto:

DAI puede limitarse en virtud:

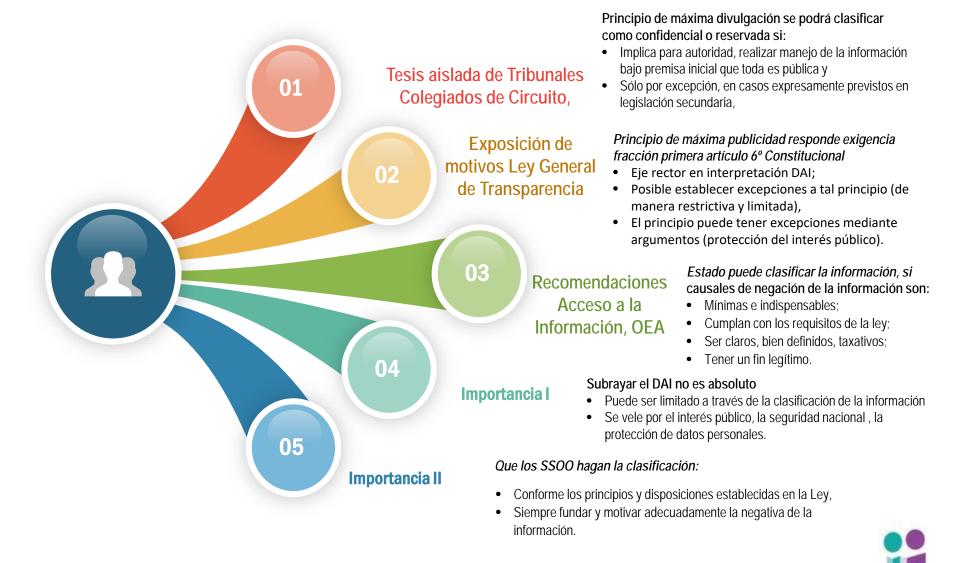








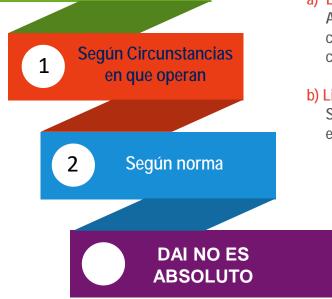
Otros:



Restricciones al DAI

Limitaciones o restricciones a derechos fundamentales, se clasifican según criterios

- Directamente constitucionales: Cláusula restrictiva consta en el ordenamiento sin delegación a autoridad o persona.
- b) Indirectamente constitucionales
 Restricciones no establecidas
 expresamente en ordenamiento
 supremo; ésta genera competencia
 en favor de la ley u otra norma; ellas
 impondrán limitaciones.



a) Limitaciones ordinarias:

Afectan ejercicio de un derecho en condiciones de normalidad o excepción constitucional.

b) Limitaciones extraordinarias

Se producen solo en circunstancias de emergencia social o institucional.

Los límites son restricciones establecidas al ejercicio de un derecho fundamental

"toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, por esencia es antijurídica y puede derivar para el infractor en las responsabilidades que prevea el ordenamiento jurídico".



Por importancia del DAI:

El riesgo o daño (real, demostrable e identificable) ocasionado por divulgar la información supera al interés público que pervive en favor de la transparencia. Debe determinar la clasificación de la • Se debe justificar el información plazo adoptado para señalando la causal Prueba de Daño reservar la de procedencia, información fundando mediante la invocación del Por qué es de supuesto del art. 113 aplicación excepcional y los LL y motivando su decisión (prueba Porla aplicación Plazo de Reserva de daño) de la Comité de prueba del daño Transparencia Necesidad de fundar y motivar por parte de la **EL TITULAR DEL AA** Debe confirmar, modificar o autoridad que limita el acceso a la información revocar la clasificación Caso Claude Reyes Sustentar que la decisión no Párrafos 121 y 122,258 ha sido tomada arbitrariamente y Principios de Lima, número ocho, "Excepciones • Legitimar la decisión de al acceso a la información". negar el DAI (verificar la prueba de daño).



La prueba de daño pretende que no en todos los casos en los que se actualizan los supuestos del artículo 113 se determinará automáticamente la clasificación de la información como reservada



El procedimiento de reserva es un pacto entre iuspositivistas y neoconstitucionalistas

Artículo 105

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

El sujeto obligado, al ser quien está restringiendo el derecho de acceso a la información:

Siempre tendrá la obligación de probar a través de su fundamentación y motivación, junto con el análisis del daño

Que es necesario, en ese caso concreto, limitarle el derecho de acceso a la información al solicitante de la misma.

Los sujetos obligados:

Deberán aplicar, de manera restrictiva y limitada,

Las excepciones al derecho de acceso a la información prevista en el presente Título y

Deberán

acreditar su procedencia.

Recomendaciones sobre

Acceso a la Información de la OEA e Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2001:

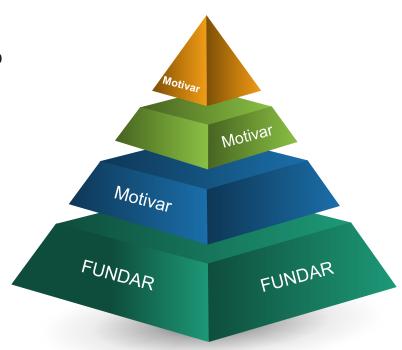
- La carga de la prueba sobre la legitimidad de la restricción corresponde al Estado y
- Por ningún motivo debe de invertirse esa carga al solicitante de la información.



Fundar y Motivar...

FUNDAR

Que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso



MOTIVAR

Deberán señalarse, claramente las circunstancias especiales, razones o causas inmediatas que se hayan tenido en cuenta para la emisión del acto...

...necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.



Principio de Máxima Publicidad

La primera es una interpretación necesariamente restrictiva de las excepciones al derecho de acceso a la información.

Consecuencias Prácticas

- Los legisladores no deben multiplicarlas
- Ni las autoridades administrativas y jurisdiccionales aplicarlas de manera general,
- Sino restrictiva y selectivamente.
- Además, la aplicación de las excepciones requiere desarrollar un estándar estricto.
- Similar al de proporcionalidad (prueba de daño).

La autoridad debe privilegiar la divulgación de la información

En caso de Duda Razonable

Dictamen de reforma Cámara de Diputados:

"... la interpretación del principio establecido en la Fracc. I de la iniciativa que se dictamina (el de máxima publicidad) implicará que los sujetos obligados, en el caso de duda entre la publicidad o reserva de la información, deberán favorecer inequívocamente la publicidad de la misma".

Análisis basado en elementos objetivos o verificables a partir de los cuales pueda inferirse una alta probabilidad de daño al interés publico protegido

Prueba de Daño

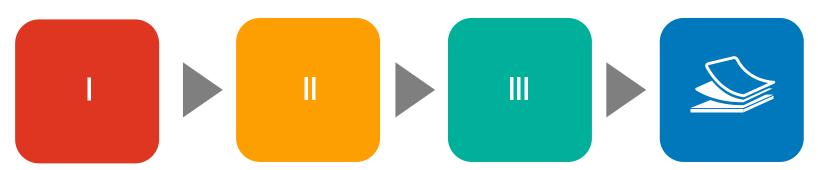
Los tribunales federales han reconocido este estándar al establecer que " el derecho al acceso a la información deberá estar suieto a un sistema restringido de excepciones, las que solo se aplicaran cuando existe el riesgo de daño a los intereses protegidos y cuando este daño sea mayor que el interés publico en general de tener acceso a la información ..." (Semanario de la Federación y su Gaceta. Novena época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis 18o. A 131A, TOMO XXVI, octubre de 2007, P. Derivada de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las reformas a la LEY DE RADIO Y TELEVISION.

Tesis SCJ

"no obstante la imposibilidad de acceder a dicha información, no puede considerarse como una regla absoluta, porque en aquellos supuestos en los cuales su difusión producirá mayores beneficios para la sociedad que los daños que pudiera provocar con su divulgación debe hacerse una excepción a la regla general, privilegiando la transparencia y su difusión de la información respectiva". (Semanario de la Federación y su Gaceta. Novena época. Pleno.. Tesis P/j.45/2007, TOMO XXVI, diciembre de 2007, P 991).

3345).

Artículo 104. En la aplicación de la prueba de daño, el SO deberá justificar que:



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

El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

Complemento del 103

luspositivismo

- El daño que se puede generar, si no se reserva, debe ser real, demostrable e identificable.
- No será justificación de un daño hipotético.

Neoconstitucionalismo

- El daño generado debe confrontarse y superar al interés público general que se difunda la información.
- La medida debe cumplir con el principio de proporcionalidad, debe ser la menos restrictiva

Señala que:

Si falta alguno de estos elementos, la prueba es fallida. Si la prueba es fallida, la restricción al derecho es improcedente

Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, OEA, párrafo 152:

 Necesario que autoridad demuestre que la divulgación de la información es susceptible de generar un daño que sea mayor al que se causará al interés general por no divulgar la información.

Recomendaciones sobre Acceso a la Información, OEA, inciso E:

- "En los casos donde el interés público de divulgación es mayor,
- El Estado deberá hacer entrega de la información a pesar de la excepción obtenida".

Caso Claude Reyes:

- La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica, y
- Ajustarse estrechamente al objetivo legítimo buscado.



Principio número ocho de los Principios de Lima:

 Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto".

Importancia de esta prueba del daño:

- Si ésta no arroja resultados contundentes sobre un posible peligro,
- Deberá de publicarse la información.

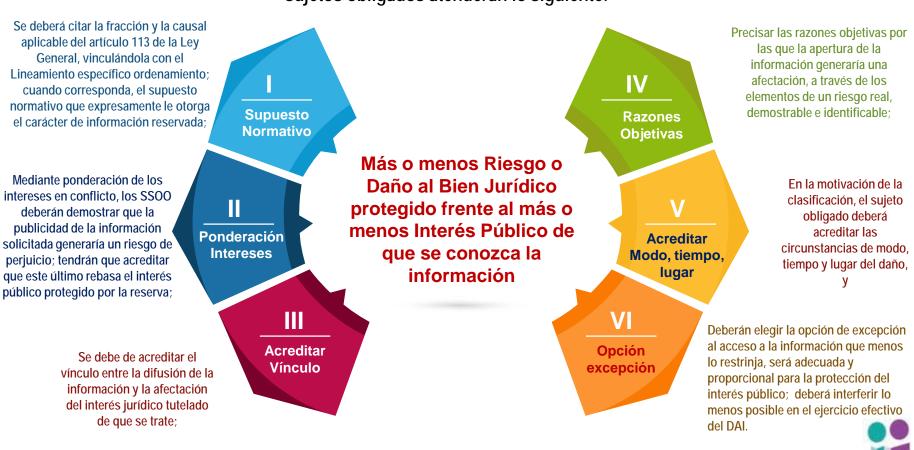


REGLAS DE LA INFORMACIÓN RESERVADA

Lineamientos Generales materia de clasificación y desclasificación de la información (DOF 15042016)

Cap. V De la Información reservada Trigésimo Tercero

Para la aplicación de la prueba de daño a la que hace referencia el artículo 104 de la Ley General, los sujetos obligados atenderán lo siguiente:

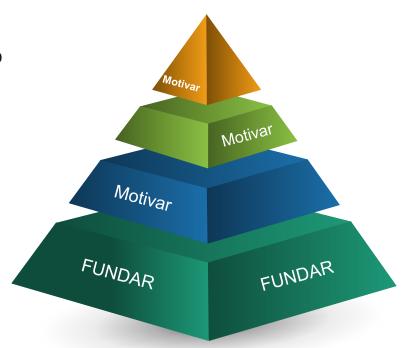


Primera parte de la prueba de daño, la fase iuspositivista

Fundar y Motivar...

FUNDAR

Que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso



MOTIVAR

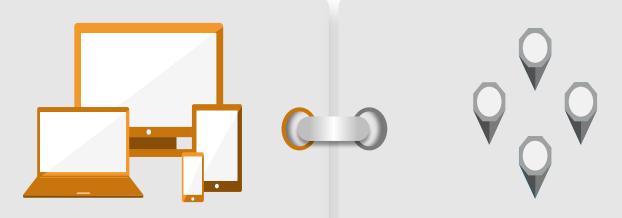
Deberán señalarse, claramente las circunstancias especiales, razones o causas inmediatas que se hayan tenido en cuenta para la emisión del acto...

...necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.



REGLAS DE LA INFORMACIÓN RESERVADA

Lineamientos Generales materia de clasificación y desclasificación de la información (DOF 15042016)



Capítulo V De la Información reservada Vigésimo Octavo Procedimientos de Responsabilidades Administrativas

- I. La existencia de un procedimiento de responsabilidad administrativa en trámite, y
- II. Que la información se refiera a actuaciones, diligencias y constancias propias del procedimiento de responsabilidad.

Capítulo V

De la Información reservada Vigésimo Noveno Debido Proceso

- I. La existencia de un procedimiento judicial, administrativo o arbitral en trámite;
- II. Que el sujeto obligado sea parte en ese procedimiento;
- III. Que la información no sea conocida por la contraparte antes de la presentación de la misma en el proceso, y
- IV. Que con su divulgación se afecte la oportunidad de llevar a cabo alguna de las garantías del debido proceso



Daño



Lat. Damnum, daño, <u>deterioro</u>, menoscabo, <u>destrucción</u>, ofensa, o dolor que se provocan en la persona, cosas, o valores morales o sociales de alguien

DERECHO CIVIL



 Concepto de daño, en legislaciones modernas: perjuicio.



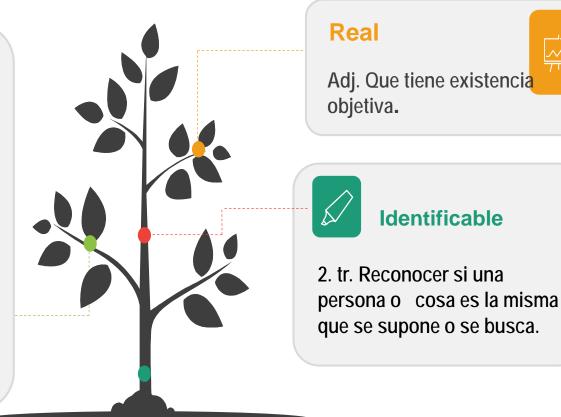
 Daño, el deterioro causado dolosamente a un tercero





Demostrable

- 1. adj. Que se puede demostrar.
- 1. tr. Manifestar, declarar.
- 2. tr. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración.
- 3. tr. <u>enseñar</u> (Il mostrar o exponer algo).
- 4. tr. Fil. Mostrar, hacer ver que una verdad particular está comprendida en otra universal de la que se tiene entera certeza.



¿Qué nos estan pidiendo las definiciones de los conceptos real, demostrable e identificable?



Que probemos cosas y las cosas solamente pueden probarse si las conocemos con precisión y las analizamos bajo los principios de la sana crítica y las reglas de la lógica.





Casos:

- 1. En la carpeta de investigación XXXXX existe el documento que acredita que el cuerpo del occiso fue retirado del semefo por sus familiares.
- 2. En el homicidio de X, por el cual se detuvo, instantes después de que ocurrió, al menor Y, quien fue puesto en libertad por el agente del Ministerio Público. Solicito el documento que emitió dicho funcionario para tomar esa decisión.
- 3. Deseo acceder a los expedientes integrados por quejas en contra de servidores públicos por posibles responsabilidades administrativas.





Casos:

En la carpeta de investigación XXXXX existe el documento que acredita que el cuerpo del occiso fue retirado del semefo por sus familiares.

No se permite el acceso y debe clasificarse como reservado porque forma parte de una investigación no concluida...

En el homicidio de X, por el cual se detuvo, instantes después de que ocurrió, al menor Y, quien fue puesto en libertad por el agente del Ministerio Público. Solicito el documento que emitió dicho funcionario para tomar esa decisión.

No se permite el acceso y debe clasificarse como reservado porque forma parte de una investigación no concluida

Deseo acceder a los expedientes integrados por quejas en contra de servidores públicos por posibles responsabilidades administrativas.

Los expedientes de las investigaciones no concluidas se reservarán porque aún no se han concluido...

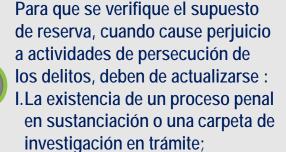
REGLAS DE LA INFORMACIÓN RESERVADA

Lineamientos Generales materia de clasificación y desclasificación de la información (DOF 15042016)



Capítulo

De la Información reservada Vigésimo Sexto Comisión de Delitos y Capacidades Institucionales



II. Que se acredite el vínculo que existe entre la información solicitada y la carpeta de investigación, o el proceso penal, según sea el caso, y

III. Que la difusión de la información pueda impedir u obstruir las funciones que ejerce el Ministerio Público o su equivalente durante la etapa de investigación o ante los tribunales judiciales con motivo del ejercicio de la acción penal.





 ¿Que elemento aporta a una investigación de homicidio el documento que registra el retiro del cuerpo del semefo por parte de los familiares?

¿La entrega de esta información qué riesgo real, demostrable e identificable genera a la investigación?

¿Qué elemento aporta a una investigación de homicidio el documento que registra la decisión del ministerio público de dejar en libertad a un "indiciado" por la comisión de un hecho delictivo?

 ¿La entrega de esta información qué riesgo real, demostrable e identificable genera a la investigación?



¿Para qué sirve la Prueba de daño?

DETERMINAR DE UN DOCUMENTO O DE UN EXPEDIENTE

- Qué información puede clasificarse como reservada
- Qué información mantiene su carácter de pública sin ninguna restricción.



SUPERA INTERÉS PÚBLICO

Además de determinar el tamaño del riesgo o daño ocasionado por divulgar tal información debe explicar si supera el interés público que pervive en favor de la transparencia.

PERMITE "GRADAR" EL TAMAÑO DEL DAÑO

El Sujeto Obligado:

- conoce la información,
- conoce la relación de esa información con el bien jurídico relevante que justifica la restricción del daño,
- puede evaluar, describir, argumentar el daño que se puede generar:



Algunas justificaciones para el tercer caso

PRESUNCIÓN SE DAN A CONOCER DARSE A LA FUGA INOCENCIA Si se da a conocer, los La opinión pública puede servidores públicos investigados van a ser alertados, en influir en el curso de la Los investigados consecuencia, pueden alterar, pueden darse a la fuga. investigación y afectar el ocultar, destruir información principio de presunción de clave para la investigación.

inocencia

Prueba de Daño

+/- Riesgo

¿Cómo determinamos objetivamente el riesgo?

Reglas señaladas en los lineamientos de Clasificación y Desclasificación

¿El acceso de la información provoca un riesgo?

Muchas veces el acto de clasificación ni siquiera cumple con la definición de:

- Riesgo real
- Riesgo demostrable
- Riesgo Identificable

Lo que hay en las resoluciones es un Riesgo especulativo



U U

Desde mi punto de vista esta es la parte más importante y la que nos permite con mayor certeza y objetividad determinar si es procedente la clasificación de la información como reservada, también sería la suficiente para que la restricción sea excepcional y no una regla, como hasta ahora parece que ocurre con mayor frecuencia.



Segunda parte de la prueba de daño, la fase neoconstitucionalista

Se debe de ponderar el daño que puede generar la entrega de la información frente al interés público de que la información se divulgue













Titulo Primero – Capítulo I IUS: 2003632 Libertad de Expresión Carpetas de Investigación

Si se parte de la premisa de que los hechos delictivos repercuten de manera negativa en la sociedad, es innegable que las investigaciones periodísticas encaminadas a su esclarecimiento y difusión están dotadas de un amplio interés público.

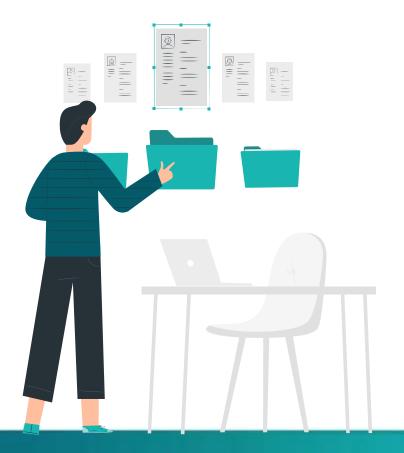
La comisión de los delitos, así como su investigación y los procedimientos judiciales correspondientes, son eventos de la incumbencia del público y, consecuentemente, la prensa está legitimada para realizar una cobertura noticiosa de esos acontecimientos.

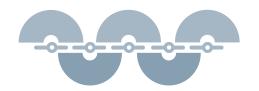
Dicha cobertura no sólo tiene el valor de una denuncia pública o de una contribución al escrutinio de la actuación de las autoridades encargadas de investigar y sancionar esos delitos, sino que ayuda a comprender las razones por las cuales las personas los cometen, además de que esa información también sirve para conocer las circunstancias que concurren para que tenga lugar el fenómeno delictivo.



¿Cuántas veces, en el recurso de revisión, el recurrente incluye en los motivos de inconformidad que la clasificación de la información como reservada impide su labor periodística o su investigación académica que tiene como finalidad contribuir al esclarecimiento de los hechos?

Al contrario, a veces los periodistas tratan de no ser detectados porque cuando los sujetos obligados saben que es un periodista quien requiere la información, los obstáculos se incrementan.





Cómo determinar el interés público cuando en los recursos de revisión se impugna así:

Acto impugnado: que me negaron la información.

Motivo de inconformidad: la documentación que solicito es pública, por lo menos denme una versión pública, no necesito los datos personales.



¿Cómo puedo determinar la medida menos restrictiva para el derecho o para el bien a proteger?

La aplicación de los tres juicios del Tribunal Constitución Alemán, Colombiano y de la prueba de interés público: el juicio de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

¿Estos juicios no son altamente especulativos y abren el espacio al decisionismo judicial?







Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

www.infoem.org.mx

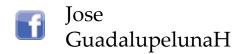
Teléfono: (722) 226 19 80

jose.luna@itaipem.org.mx

jose.luna@infoem.org.mx

@Jose_LunaH

Pino Suárez S/N, actualmente Carretera Toluca-Ixtapan No. 111, Col. La Michoacana, Metepec, Estado de México, C.P. 52166





@Infoem

