



SEMINARIO

Estudio de la dogmática del derecho de acceso a la información pública

Del 5 de marzo al 28 de mayo de 2021



Índice

	Pág.
Abreviaturas más usadas.....	4
Mod. Cinco Límites y restricciones del derecho de acceso a la información pública.....	6
5.1. El falso debate de los derechos absolutos.....	6
5.2. Los límites del derecho de acceso a la información pública.....	22
5.2.1. Límites internos del derecho.....	22
5.2.2. Límites externos del derecho.....	39
5.3. Las restricciones al derecho de acceso a la información pública.....	44
5.3.1. Requisitos para justificar restricciones a los derechos humanos.....	45
5.3.2. Condiciones de formalidad para determinar la restricción.....	60
5.3.3. Condiciones sustanciales para determinar la	



	restricción al derecho.....	66
5.4.	La suspensión del derecho de acceso a la información pública.....	71
5.4.1.	Las causas que lo justifican.....	72
5.4.2.	Los derechos afectados.....	73
5.4.3.	Los efectos de la suspensión de derechos.....	77
5.4.4.	El procedimiento para la suspensión.....	78
5.5.	El derecho de acceso a la información y su diseño iuspositivista y neoconstitucionalista.....	80



Abreviaturas más usadas

AR	Amparo en Revisión
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CF	Constitución Federal (Argentina)
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LA	Ley Reglamentaria de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LGTyAIP	Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Lineamientos	Lineamientos para la Organización y Conservación de Archivos del SNT
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
RENULOE	Relatoría de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión
SEGOB	Secretaría de Gobernación



MÓDULO CINCO

Del Seminario Estudio de la dogmática del derecho de acceso a la información pública

LÍMITES Y RESTRICCIONES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

MTRO. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

Módulo Cinco. Límites y restricciones del derecho de acceso a la información pública.

5.1. El falso debate de los derechos absolutos.

Las críticas neoconstitucionalistas al positivismo descansan en la idea de que la aplicación del orden jurídico no se agota con el empleo de reglas cerradas, sino que ha sido enriquecido con principios abiertos que saturan el derecho. Pretenden desplazar así al método de la subsunción, como forma de aplicación del derecho, por la ponderación que permita, caso por caso, determinar el grado de cumplimiento de los mandatos de optimización, figura que nos permite entender una realización dinámica del contenido de los principios (Alexy, 2014:68).

La propuesta neoconstitucionalista se entiende a partir de una especial forma de concebir al ordenamiento jurídico, que deriva de las constituciones mismas, como un orden plural, complejo, cada vez menos coherente, dúctil, lo que fomenta que los principios que informan el contenido de los derechos humanos no ocupen una coordenada específica en la cartografía jurídica sino que se encuentran vivos, en

constante evolución y transformación, con una existencia propia e, incluso, ajena a la realidad jurídico positiva; en tanto que su energía deriva directamente de los principios y valores morales que representan. Por eso es sumamente frecuente que, para los neoconstitucionalismos, los derechos se encuentren colisionando permanentemente, que se comporten como electrones en un átomo, cuyo comportamiento es impredecible de antemano. El criterio jurisdiccional y académico que señala que los derechos humanos no son absolutos o ilimitados, coincide con esa forma de entender el derecho, con total naturalidad y comodidad.

Y al amparo de esa idea, si los derechos humanos no son absolutos e ilimitados, parecería justificarse la capacidad del legislador para establecer límites o restricciones, tal como la del operador jurídico para ponderar los derechos cuando entran en conflicto; y, con ello, decidir en cada caso, si algo de la legislación debe restringirse ya sea mediante la interpretación de la norma o bien, incluso, mediante la labor del juzgador como legislador positivo, adoptando resoluciones contra legem. Claro, siempre tratando de justificar estas decisiones al amparo de una idea: que lo que se busca es la protección más amplia de los derechos, la materialmente posible, aunque no sea la requerida legalmente, prometiendo que esa protección más amplia posible incluirá, necesariamente, el núcleo de aquel que vaya a ser desplazado en el choque.

Pero la justificación no siempre coincide con los resultados obtenidos por este medio; y, lejos de lograr una efectiva protección de los derechos, a veces parece que sólo intenta justificar una nueva y sofisticada forma de derrotar las

dimensiones diseñadas para su protección. Para no caer en esta trampa, que cobra tanta fuerza en la actualidad, conviene analizar los temas de este módulo (límites y restricciones a los derechos) afianzando un sólido punto conceptual de partida. A partir de ahí, será posible situar el planteamiento en un terreno menos especulativo y más comedido con los contenidos de la ley.

Es necesario entonces comenzar una ruta sin grandilocuentes definiciones, más bien con conceptos básicos y totalmente aceptables. A lo largo de esta investigación me he referido a los derechos humanos como derechos subjetivos y, bajo esa idea, como “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 2010 :37). Tales expectativas del titular del derecho generan una relación jurídica frente a otro que adquiere la condición de titular de la obligación que propicia el derecho (Kelsen, 2008: 87); y, al contemplarse en una norma jurídica adquiere una existencia objetiva, concreta. Esto es, indudablemente forma parte del derecho positivo mediante enunciados lingüísticos definidos y aceptados, en el caso de nuestro país, por el Constituyente originario, el poder reformador de la constitución o por el legislador internacional.

Cuando esos agentes públicos, en ejercicio de las atribuciones originarias o delegadas, deciden reconocer un derecho e integrarlo al orden jurídico positivo, inician con la selección de una parte de la realidad social en la que se mueven las personas; ya que, si bien todos los derechos humanos tienen como titular a una persona, su existencia sólo puede predicarse en una relación frente a otro, y sólo

puede existir realmente si partimos por considerar que “ningún ser humano tiene en sí y por sí tales propiedades morales y que estas le pertenecen solo en la medida en que socialmente se le imputan y, simultáneamente, se le reconocen” (García Amado, 2019:30). Para lograr que se le imputen y se le reconozcan, entonces, primero tenemos una selección de una parte de la realidad, desde la perspectiva de un cuerpo colegiado que reconoce que cierta relación jurídica específica y concreta tiene la relevancia necesaria que muestra la necesidad de ser incorporada al marco normativo como un derecho subjetivo. Ahora bien, salvo que se imagine, con gran libertad y esfuerzo, que esa selección ocurre de manera unánime e instantánea en todo ese cuerpo legislativo, casi a la usanza de las antiguas designaciones papales por aclamación; lo cierto es que es uno o una parte de sus integrantes quienes identifican esa necesidad y adoptan la iniciativa de conseguir ese reconocimiento jurídico.

Esa es la primera fase del proceso: que uno de los integrantes o una parte de quienes conforman al órgano identifique, de toda la realidad, una parte que merece ese reconocimiento y protección jurídica. Esa selección sería la diferencia que hace la diferencia (Luhman, 1996: 106). La segunda parte consiste en definir, de manera objetiva, que se constate exteriormente, la forma de entender esa relación que se pretende proteger jurídicamente, para que sea comunicada a los demás integrantes y se logre su respaldo.

Independientemente de la forma como se haya desarrollado el proceso constituyente originario o de las formas pasadas de reforma, ya sea que el proceso

de concertación y convencimiento del cuerpo legislativo respondiera a intensidades democráticas y deliberativas débiles o acentuadas (pensemos para el caso de nuestro país en el Constituyente de 1917, formado por los representantes sólo de las fuerzas militares triunfantes, por cierto, no de todas; consideremos también en lo ocurrido en los años de la mayoría hegemónica dependiente del Presidente de la República, o en las condiciones experimentadas en la etapa de la alternancia política), sea cual fuere el caso, no eximía la necesidad de realizar cierto proceso deliberativo para la adopción de la norma jurídica.

Con esto tenemos entonces tres fases para el reconocimiento, constitucional o en los tratados internacionales, de los derechos humanos: Primera, la selección de una parte de la realidad que necesita ser jurídicamente protegida; segunda, la interpretación de esa parte de la realidad y su representación simbólica en un enunciado lingüístico; y, tercera, la comunicación y concertación de ese enunciado al resto de los componentes del órgano constituyente para que la idea se acepte, respalde y apruebe. En estas tres fases del proceso hay una constante carga de mediación cognitiva, interpretativa y creadora de la norma que hace que el texto jurídico sea un texto que no podría nunca pretender una representación absoluta de un derecho; sino, más bien, una selección objetiva, precisa, limitada, positiva, que se define en un texto que se procesa e incorpora al orden jurídico con el respaldo del órgano facultado para aprobar la norma jurídica y que consciente o inconscientemente al nombrar y regular lo que es, al mismo tiempo precisa, implícitamente, lo que no es o, en otras ocasiones de manera explícita, señala lo que no puede entenderse como parte de esta relación jurídicamente protegida.

Y debe advertirse, con toda claridad, que en la última fase del proceso para conseguir el reconocimiento de un derecho, dadas las condiciones de pluralidad que caracterizan a nuestras sociedades contemporáneas y a los órganos representativos facultados del proceso legislativo, el proceso de mediatización de la realidad para su incorporación al derecho positivo tiene un alto precio que pagar, el que se puede apreciar en los términos siguientes: “El precio del consenso suele ser la ambigüedad, la indeterminación, e incluso cierta incoherencia, de los valores y derechos constitucionalmente consagrados, que se ven abocados a colisionar entre sí cuando los conflictos de la vida social obligan a concretarlos” (Ramos, 2019:153).

Si apreciamos con esa claridad el procedimiento generador de la norma jurídica, podemos entender que, necesariamente, ningún derecho humano jurídicamente protegido, puede entenderse como un derecho absoluto, perfecta y completamente definido, ya que tal pretensión es utópica, irreal y fantasiosa. Idea que ni siquiera podría concebirse lealmente en el seno de una discusión metafísica, pues el filósofo tendría que agotar, por lo menos, las dos primeras fases del proceso y ninguna mente humana, por muy prodigiosa que sea, podría ambicionar representar la realidad social de manera perfecta y completa. Toda selección implica una decisión que escoge algo y descarta algo.

Entendiendo esa razonable y sistémica condición, que limita el proceso de definición de los derechos humanos, conviene hacer un apunte más. Con bastante frecuencia se emplea el lenguaje con descuido y confusión, y se pretender nombrar

una misma cosa de manera diversa o tratar de nombrar de manera diferente a una cosa en particular. El problema que genera esta práctica es la producción de frecuentes interpretaciones ambiguas, erróneas y confusas, que pueden provocar un ruido adicional al proceso comunicativo. Así que, además de entender que la regulación jurídica del comportamiento humano no puede ser perfecta, omnicomprendensiva de todas las situaciones posibles, debe considerarse que el uso descuidado del lenguaje para la explicación de la regulación existente puede contribuir a disminuir la comprensión que tengamos del fenómeno jurídico; pero, intentemos disminuir este segundo riesgo para el estudio que ahora se realiza.

Como se escribió antes, los derechos humanos, entendidos como derechos subjetivos, son expectativas de prestación o no lesión adscritas a un sujeto por una norma jurídica. La determinación de la norma jurídica no ocurre en un proceso de aclamación espontánea, sino como un resultado cognitivo, comunicativo y deliberativo, en el que intervienen varios sujetos, todo lo cual significa un proceso de mediatización que permite que adquiera existencia concreta y objetiva, mediante un texto normativo que tiene un significado y un significante.

Así que, como bien refiere Ferrajoli, antes de pensar en ese orden jurídico de principios conflictivos en abstracto, por lo tanto, de aplicación graduable mediante la ponderación que hará, necesariamente, que alguno reduzca su efectividad apartándose de la definición que la norma jurídica realiza y de los términos en los que se pretende proteger, debilitando e incluso contradiciendo la labor del legislador democrático, conviene conocer realmente el estricto diseño legalmente

establecido. Al aproximarnos al análisis de un derecho humano convendría estudiar, analizar y determinar si, en realidad, nos encontramos en un plano de “límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y, en todo caso, reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal. No se trata de límites dictados por opciones morales o ideológicas, aunque de ordinario reflejen la máxima kantiana según la cual el derecho debe consistir en la limitación de las libertades de cada uno para hacerlas compatibles con las libertades de los demás. Se trata de límites de carácter lógico y conceptual.” (Ferrajoli, 2014: 119) y no en el amplio margen de discrecionalidad jurisdiccional con la que se pretende derrotar a la norma. Y aún en el supuesto de que la solución al problema específico no se encuentre en una pacífica aplicación de la norma, es necesario precisar si nos encontramos ante un supuesto de antinomias o de lagunas jurídicas ya que frente a estos dos supuestos hay procedimientos argumentativos ampliamente aceptados que nos permitirían resistir con solvencia la tentación de que el operador jurídico adopte funciones de un legislador positivo sin legitimidad democrática y al margen de un proceso deliberativo igualitario.

Para tratar de aproximarnos al estudio de los límites del derecho de acceso a la información considero indispensable señalar que lo haré bajo las siguientes dos acepciones: los límites internos del derecho, resultado del significado del texto jurídico que lo reconoce, entendiendo que dicho texto es *la diferencia que hace la diferencia* al señalar “un objeto o contenido más o menos preciso” (Villaseñor,

2011:43); y que lo no contemplado en ese texto constituye el entorno que limita al derecho y que, al limitarlo, lo selecciona y le aporta su realidad y existencia. Esto es, cuando yo formulo el siguiente enunciado: la concurrencia de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno permiten obtener una molécula de agua, automáticamente digo que el agua es sólo la unión de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno y que, cualquier molécula con una fórmula distinta es otra cosa, pero no agua. Al seleccionar y definir algo, un ego, estoy generando un límite conceptual que coloca fuera de ese algo o ego, un no ego, un alter, un algo distinto.

Aunque para Villaseñor la definición de un derecho humano debe entenderse como delimitación y no como el establecimiento de límites a los derechos (Villaseñor, 2011:44), es necesario entender el concepto bajo dos polaridades y calificarlas, de algún modo como, como de carácter positivo y negativo, pero, en cualquier caso, se trata de la definición de un contorno que, al delimitar, limita el objeto del derecho.

Desde la perspectiva de la primera polaridad propuesta, la positiva, se podría considerar la idea de que la definición por si misma se convierte en la diferencia que hace la diferencia, aunque el texto normativo se haya formulado de manera neutra, proactiva, afirmativamente, sin ser restrictiva formalmente y a primera vista; aunque, precisamente, al escoger algo, al señalar algo irrumpe con un límite que define el contorno de lo que es de aquello que no es y que, en este momento, es un todo lo demás, indeterminado, genérico y no definido. Es un límite interno, en tanto que señala la existencia del yo, al definirlo lo distingue y lo constituye, posiblemente de manera imperceptible, pero, sin duda alguna, limitando.

Es el caso, por ejemplo y como se abunda más adelante, del derecho de acceso a la información pública, cuando en la constitución se refiere que toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública. Una primera aproximación o lectura de esta definición podría hacer pasar como imperceptible el límite que contiene. Una revisión exhaustiva y profunda nos permitirá apreciar que esta definición contiene implícitamente la referencia de lo que no es la información pública, el límite que proviene del derecho mismo, y que consiste en toda aquella información que no se encuentra en posesión de los sujetos obligados. Así, de una simple afirmación es posible deducir, sin mayor esfuerzo, la determinación que realiza la norma de dos tipos de información: la que es pública, por lo tanto, objeto del derecho; y, la que no es pública, ajena al derecho. Todo ello a partir de la simple afirmación que lo define.

Evidentemente que los límites más explícitos se ubican cuando, desde la propia norma jurídica que regula la relación, se explicita con claridad aquello que no forma parte del derecho, aunque ese tipo de límites, en mi opinión, es más probable que ocurra bajo la segunda modalidad de los límites y que ahora explico.

El segundo tipo de límite que conviene apreciar conceptualmente consiste en lo siguiente: la existencia, dentro de esa realidad indeterminada y genérica, de dos cosas distintas, perfectamente definidas, precisas, concurrentes y hasta limítrofes; de tal forma que cada una de ellas ha sido reconocida, integrada a la realidad, por ese proceso cognitivo de definición y, fuera de cada una, se encuentra un entorno

conformado por el otro ser definido y por el resto no determinado hasta ahora, esa realidad inicial indeterminada de la que se despeja y precisa un otro conceptualmente concebido.

En este caso, el ego inicial se encuentra delimitado por la descripción que, desde adentro, realiza la definición del contorno que lo afirma, constituye y distingue de su entorno, esta limitación posiblemente se aprecie formulada en un sentido afirmativo o positivo en el lenguaje jurídico. Del lado exterior, alguna parte de ese perímetro se hace inteligible por aquello que se constituye desde la definición, por dentro, de un otro ser perfectamente definido, mientras que el resto del entorno, del primero, podría seguir siendo el resto de la indeterminada realidad y su formulación podría presentarse en un sentido negativo o restrictivo.

Esto pasa cuando digo: he aquí un río de agua; he aquí un lecho arenoso. Con esa expresión estoy identificando, constituyendo, dos cosas: el lecho arenoso y el río de agua, cada cual cobra existencia como consecuencia de la definición que formulo de cada uno como entes distintos: a) un río de agua, como flujo natural y constante de agua en un espacio determinado y b) un lecho arenoso, como cuerpo sólido integrado por partículas de arena, estático. Ahora, en un segundo acercamiento a esa realidad, puedo complementar mi definición de dos formas distintas señalando, en un primer momento: He aquí un río de agua sobre un lecho arenoso, expresión con la que refiero que debajo del río del agua se encuentra el lecho arenoso con lo que el segundo constituye el límite inferior del río de agua o, también, que el río de agua es el límite superior del lecho arenoso. Acabo de

realizar, con eso, una descripción del lugar que ocupa el uno frente al otro, descripción que me permite tener una concepción más amplia de la realidad frente a la descripción aislada y separada de cualquiera de ellos; pero, esa descripción aún no logra agotar el pleno conocimiento de toda esa parte de la realidad, del resto de los límites de los entes descritos.

La segunda forma posible es la siguiente: He aquí un río de agua, lo que se encuentra abajo, en el fondo, no es el río, es un lecho arenoso. Bajo esa modalidad la definición del objeto incluye una descripción explícita de un algo que se excluye. Así entonces, al definir una cosa, seleccionándola de la realidad, tengo necesariamente que determinar eso que ahora es, diferenciándola de su entorno, estableciendo el límite de lo que puede entenderse como lo que es, a eso me referiré como el límite interno de los derechos considerando que “(e)stos límites internos imponen la exclusión de determinadas expectativas de conducta que en ningún caso gozarán de la protección constitucional dispensada por el derecho fundamental correspondiente” (Bastida, 2004:107), y cuando señalo, además de esa definición del ser, que junto a él hay otro ser preciso, determinado, que lo delimita, me referiré a un límite exterior, estos límites exteriores corresponden a lo que otros autores han identificado al señalar que los derechos juegan una relación de restricciones indirectas entre sí (Schauer, 2019: 174).

Trasladando esto a nuestro estudio debe considerarse entonces que esa condición de definir un límite interno y externo es un ejercicio consustancial del proceso de reconocimiento jurídico de los derechos que, lejos de lo que se pretende, es algo

que pueda ser inteligible, cierto, preciso. Esas condiciones serán tanto más efectivas en tanto más adecuada y correcta haya sido la forma de su enunciación. El legislador puede lograr una definición clara, precisa y afortunada, tanto como puede establecer una definición ambigua, obtusa, oscura, compleja, fragmentada y que requiera un mayor esfuerzo de integración e, incluso, desafortunada y errónea; lo que no es consecuencia de la naturaleza metafísica del derecho, sino simplemente, del comportamiento y pericia del legislador al emplear la técnica jurídica. Pero esto mismo le puede pasar al juez con el uso de la técnica de la ponderación, su razonamiento puede ser claro, preciso, razonable, afortunado, tanto como ambiguo, confuso, oscuro, incierto y debatible. No es que la materia predisponga que ocurra una cosa u otra, en realidad son las capacidades en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a uno u otro agente gubernamental. Lo que debemos identificar es que el diseño constitucional del Estado otorga al legislador democrático la facultad de aprobar, definir, crear el derecho; mientras que el operador jurídico carece de la legitimidad democrática para desempeñar esa función por lo que, debería de sujetarse a su función de control y no de creación.

Es por eso que considero que, antes de esperar el natural proceso de colisión entre los principios morales, que informan el contenido de los derechos humanos, es necesario que el operador jurídico se acerque a la norma, busque el conocimiento más preciso de las disposiciones jurídicas que asignaron esas expectativas de prestación, o de no lesión al titular del derecho; ya que apreciar, identificar y entender los límites internos y externos del derecho puede ser la guía más segura

para la toma de decisiones y para resolver las antinomias en abstracto, casos en los que dos normas o consecuencias jurídicas son incompatibles (Cabra, 2019:52) o las antinomias en concreto que resultan de la aplicación del derecho a los casos en concreto (Cabra, 2019: 55), sin necesidad de acudir a la tentación de crear derecho, generalmente adoptando decisiones contra legem en casos en los que, perfectamente, la norma jurídica existente permite resolver los conflictos. Eso es lo que trataré, ahora, de aportar en el caso del derecho de acceso a la información. Analizar los supuestos en los que la definición del derecho de acceso a la información y la definición de otros derechos limitan el cumplimiento de las obligaciones de prestación o no lesión. De paso, aprovecharé para expresar mi punto de vista y valorar si, al definirse jurídicamente estos límites, se ha cumplido con los parámetros de convencionalidad que someten a control estas decisiones porque, hay que decirlo, ni siquiera este poder fundante de la constitución, se encuentra ajeno a los mecanismos de control establecidos en el derecho positivo y no en el foro de la moral universal, o no, al menos, para nuestro propósito.

Una vez analizado lo anterior es necesario proceder al análisis de otro concepto, igualmente importante pero que contribuye también a la generación de confusiones. Distintos a los límites que definen lo que es el derecho, lo que son otros derechos o lo que es el resto de la realidad, existe otro concepto al que vamos a acudir, pero para analizar una parte de la realidad distinta a los límites, me refiero al concepto de restricciones de los derechos.

No vamos a entender a las restricciones de los derechos como esos choques entre derechos (Medina et al, 2015:62), sino a situaciones específicas en las que la relación jurídica, que establece el derecho, no puede realizarse; lo que implica analizar no fuera sino al interior del contorno del derecho en sí mismo. Esto es, la norma jurídica que reconoce a una persona como titular de una expectativa de prestación o de no lesión define lo que es el derecho; la restricción es un supuesto en el que esa expectativa no puede ser satisfecha por una razón legalmente establecida, justificada en tanto pretenda proteger a otros derechos u bienes relevantes para una sociedad democrática, estrictamente proporcional a dicha protección. Reitero, la restricción no es el choque indeterminado, incierto, irrepetible del derecho con otros derechos, sino el caso preciso, concreto, justificado que disciplina una restricción, en el que la expectativa que protege el derecho no puede observarse. Por eso es que para justificar la restricción del derecho debe acudirse a la lógica del deber y no del bien, ya que en el primer caso se trata de adoptar un “tipo de decisión deontológica. Se procura una solución que pueda considerarse ‘correcta’ a la luz de las normas presuntamente aplicables, el razonamiento obedece en este caso a la lógica ‘del deber ser’” (Velasco, 2019: 264).

Estas restricciones pueden ser de dos tipos: ordinarias o extraordinarias. Por ordinarias consideraré aquellas que generalmente fueron configuradas mediante el procedimiento legal secundario, y que resultan aplicables en cualquier momento, especialmente cuando el orden jurídico es plenamente efectivo. Por extraordinarias me refiero a las que resultan de supuestos en los que la efectividad del orden jurídico se encuentra afectada; este tipo de restricción también puede ser

identificada, como lo hace nuestra Constitución en su artículo 29, mediante el procedimiento denominado suspensión de derechos, que implica que se suspende la expectativa jurídicamente protegida en una zona determinada, por un tiempo determinado, por causas gravemente perturbadoras de la eficacia del régimen jurídico, sin que dicha suspensión se encuentre exenta de procedimientos básicos de control. En el supuesto de las restricciones extraordinarias el derecho no puede garantizarse porque el conjunto del orden jurídico ve menguada su efectividad por condiciones extraordinarias, necesariamente ajenas al propio mundo de lo jurídico.

Entonces, para analizar los supuestos aplicables al derecho de acceso a la información, debemos recapitular lo que hemos analizado hasta ahora y precisar los temas concretos de estudio, lo que hago a continuación. La definición del derecho, de su objeto y condiciones básicas, que hacen posible su existencia como norma jurídica que reconoce una relación jurídica relevante, entre un titular del derecho y el titular de la obligación, constituye un límite interno al derecho, en aquellos casos en los que se establezcan aspectos no comprendidos en el objeto de su protección, mediante disposiciones que usual y erróneamente se identifican como restricciones (Villaseñor, 2011:44). El reconocimiento de otros derechos, cercanos y adyacentes al derecho en estudio, constituyen sus límites externos y, en ciertos casos, mejoras indirectas (Schauer, 2019: 174). Dentro de la definición hay supuestos para exceptuar el cumplimiento de las obligaciones que genera la relación jurídica, algunas de esas condiciones de excepción pueden ocurrir de manera ordinaria, en cualquier momento, en cuyo caso nos encontramos, ahora sí, ante lo que debe de calificarse como restricciones del derecho. No está por demás

señalar que, aún cuando la pasada reforma constitucional de derechos humanos pretendió establecer en un plano de igualdad al derecho internacional con el derecho interno, los diversos criterios jurisprudenciales recientes han enfatizado que prevalecen las restricciones de los derechos establecidas en el ordenamiento constitucional (Cossío, 2015: 125).

Ahora bien, en casos extremadamente graves, en los que la eficacia del conjunto del orden jurídico se disminuye, esa condición fáctica podría calificarse con el supuesto que los ordenamientos constitucionales identifican bajo la modalidad de la suspensión temporal de derechos.

Luego de señalar lo anterior, procedo al análisis de los supuestos aplicables, en cada condición, al derecho de acceso a la información pública.

5.2. Los límites del derecho de acceso a la información pública.

Para apreciar los límites del derecho de acceso a la información pública acudiré a la definición del derecho propuesta a partir de su contenido convencional y constitucional, ya que es en el dispositivo jurídico donde se define lo que contempla la relación jurídica que propicia el derecho.

5.2.1. Límites internos del derecho.

Como se vio anteriormente, el derecho de acceso a la información pública consiste, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en la igualdad de oportunidades de buscar, recibir y difundir información.

Evidentemente que cualquier persona puede buscar, recibir y difundir cualquier tipo de información; en consecuencia, toda la información sobre la realidad podría ser objeto de búsqueda, generar una expectativa de obtenerla y de hacer con ella lo que mejor convenga. Pero, como se analizó antes, los derechos humanos generan una relación jurídica entre el titular del derecho que, como consecuencia de la protección que el derecho positivo genera, cuenta con una expectativa de no lesión o de prestación por parte de otro, el titular de la obligación que genera el derecho.

Para el caso en cuestión, el Estado será el titular de la obligación que la relación jurídica genera, por lo que tendríamos que preguntarnos: ¿puede el Estado tener a su disposición toda la información sobre las distintas realidades? Evidentemente no, sino únicamente acerca de las realidades en las que ejerce sus potestades. Por esa razón es que el derecho de acceso a la información pública no puede incluir a toda la información posible y disponible en una sociedad, solamente a una parte, la que se encuentra en su posesión.

Esas reflexiones nos ayudan a considerar que es posible que el Estado no tenga a su disposición toda la información disponible en una sociedad determinada; y, aunque acabamos de tener un acercamiento al objeto del derecho, aún no logramos

identificar con precisión qué tipo de información es la que se encuentra involucrada en esta determinada relación jurídica.

El apartado A del artículo sexto constitucional es el que nos permite identificar con precisión la información objeto del derecho. La información sobre la que cualquier persona puede buscar, recibir y difundir y que deberá proporcionar el Estado; así lo hace al señalar: Toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública.

Así entonces debemos entender que la norma jurídica tiene el siguiente diseño: El derecho de acceso a la información pública consiste en la igualdad de oportunidades de las personas, para buscar, recibir y difundir la información que se encuentra en posesión de los sujetos obligados. Como se aprecia, la definición es consecuencia de un diseño lógico elemental, el Estado debe garantizar el acceso a la información que se encuentra en su posesión. Evidentemente, un ser determinado únicamente puede ofrecerle a otro lo que se encuentra a su alcance; sería imposible ofrecerle entregar algo que no se encuentra bajo su posesión o dominio, se trata de un razonamiento estrictamente lógico. Tenemos así un segundo acercamiento para determinar el objeto del derecho; pero aún sigue siendo insuficiente, ya que el sujeto obligado podría, simplemente, alegar que la información que le es requerida no se encuentra en su posesión para pretender que se trata de información con comprendida en el objeto del derecho.

Para apreciar que esas manifestaciones serían inconsistentes con el derecho positivo debe considerarse la siguiente porción del citado artículo constitucional: Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. Intentemos entonces reconstruir el concepto de la siguiente manera: Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; y, las personas gozan de la igualdad de oportunidades para buscar, recibir y difundir esa información, ya que se encuentra en posesión de los sujetos obligados.

Ahora sí podemos identificar el objeto del derecho de acceso a la información: aquella información que se encuentra en posesión de los sujetos obligados porque se relaciona con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas.

Recordemos lo que antes se señaló: el derecho de acceso a la información es un instrumento de control social del Estado, de control sobre los actos de los agentes del Estado. Mediante el acceso a la información pública, esa que registra la forma cómo se ejercieron las facultades, competencias o funciones legalmente conferidas a los sujetos obligados, las personas pueden generarse una opinión informada sobre la actuación gubernamental y someterla a control. Precisamente por eso, el objeto del derecho es ese tipo particular de la información y ahora sí, podemos apreciar con toda nitidez el límite interno del derecho.

Veamos, las diversas realidades coexistentes generan información: la pulsión cósmica, las tormentas solares, el movimiento de los astros, las condiciones atmosféricas, los recursos naturales, la vida social en sus distintos subsistemas: político, económico, religioso, cultural, científico, familiar, psíquico etc. ¿El Estado tiene a su disposición toda esa información? Evidentemente no, sólo aquella información que necesita para el cumplimiento de los fines por los cuales fue creado y que es la que se relaciona, bajo el principio de reserva de ley, con la habilitación hecha a las instituciones públicas para desempeñar determinadas tareas cuya ejecución requiere de información y, al realizarse, genera más información, incluso al no realizarse, ya que el vacío y la ausencia generan un significado susceptible de ser informado.

Entonces, es la propia definición del derecho la que nos permite identificar la materia objeto de su protección: la información que el Estado posee y que posee en razón de que se relaciona con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones que legalmente le han sido conferidas. Esta definición que es, al mismo tiempo, el continente del derecho, nos permite describir sus límites, nos permite tener una certeza del objeto del derecho, una certeza identificable en los casos concretos como consecuencia del estudio de las normas jurídicas que determinan esas facultades, competencias y funciones y, de esa manera, apreciar si lo que se está requiriendo es o no es información pública, si forma parte o no del objeto del derecho, lo que puede ser resuelto con un cierto y denso grado de objetividad, sin abrir mucho margen al decisionismo del operador jurídico.

Pero el análisis puede enfocarse aún más si tratamos de apreciar la forma como el legislador ordinario, en la legislación general, amplió las dimensiones de esos límites internos.

Veamos. Se señaló ya que los sujetos obligados tienen el deber de documentar todo lo que realicen en el ejercicio de las facultades competencias o funciones; al documentar esos actos, los documentos se quedan en su posesión y, por lo tanto, son información pública; en consecuencia, cualquier persona puede buscar, recibir y difundir esa información.

Bien, en concordancia con esa disposición constitucional que, como se vio antes, constituye la primera garantía primaria del derecho, la condición sobre la que descansa la posibilidad de que el derecho se ejerza, el artículo 19 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su primer párrafo establece el concepto de presunción de existencia de la información al referir: “Se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados”.

Hasta ahí, ninguna sorpresa. Si es deber de los sujetos obligados documentar todo acto relacionado con el ejercicio de facultades, competencias o funciones legalmente establecidos; en consecuencia, cuando se solicita información que se refiere a ellas, se debe presumir que la información existe, debería de proceder la entrega de la información.

Pero es en el segundo párrafo donde encontramos que el legislador democrático movió el límite interno del derecho, considerando la posibilidad de excluir a cierta información, aun cuando pudiera relacionarse con las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para los sujetos obligados, al señalar: “En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia”.

Entonces, por definición, la información pública, objeto del derecho, es la que se encuentra en posesión de los sujetos obligados y se encuentra en posesión de ellos porque debieron generarla para registrar los actos mediante los cuales ejercen las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; pero en los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia.

Esa parte de la ley, estudiada de esta manera, parecería que exime a los sujetos obligados de ejercer ciertas facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y, en consecuencia, al no ejercerlas, cancela la obligación de documentarlas. Pero, el artículo siguiente nos obliga a matizar esta primera lectura al señalar que, en los casos de inexistencia, “el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley”.

Al analizar, sistemáticamente estos artículos, tendríamos que considerar que: Se presume la existencia de la información que se relaciona con las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; en aquellos casos en los que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se deberá motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia, las que deben responder a los supuestos de excepción contenidos en la ley. Debo, en primer lugar, llamar la atención sobre el uso del concepto excepción y no de restricción que, me parece, es una decisión sumamente afortunada del legislador. Ahora bien, conviene preguntarnos dónde encontramos esas condiciones de excepción.

Es una sola la condición de excepción que establece la ley y es la imposibilidad contemplada en su artículo 138 fracción III, disposición jurídica que regula precisamente la conducta a seguir cuando no se encuentra la información en los archivos del sujeto obligado. Consideremos este asunto de la siguiente manera: a un sujeto obligado, una persona requiere la información A, la Unidad de Transparencia recibe la solicitud, aprecia que A corresponde a la información que se genera en el ejercicio de una facultad, competencia o función legalmente conferida al sujeto obligado, por lo que gestiona la solicitud ante el área administrativa correspondiente que, después de realizar una adecuada búsqueda exhaustiva y razonable, aprecia que no se cuenta con esa información.

La Unidad de Transparencia convoca al Comité de Transparencia para analizar el caso en cuestión, se aprecia que, en efecto, se trata de información que se relaciona

con una facultad, competencia o función legalmente establecida, que debía ejercerse; también se aprecia que se realizó una correcta búsqueda y no se cuenta con la información, posiblemente porque no se ejercieron esas facultades. Acto seguido se determina expedir una resolución que confirme la inexistencia y, a partir de ahí se plantean tres alternativas a seguir: a) si es materialmente posible, generar la información, esto es, ejercer la atribución que no se ejerció y documentar el acto; b) reponer la información (este supuesto no corresponde al tema que analizamos, sino más bien a una deficiencia en la garantía, lo que ya se estudió en el módulo anterior); y, c) “que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia”.

Resulta aplicable, para el tema que ahora se analiza, los límites internos, la tercera de las alternativas señaladas en el párrafo anterior: es imposible generar la información. Tenemos que preguntarnos en qué casos es imposible generar la información y que eso pueda motivarse, justificarse y, en consecuencia, no ser una afectación al derecho, un incumplimiento en la relación jurídica, sino el supuesto de excepción; esto es, algo que no es posible que se encuentre en posesión de los sujetos obligados.

Bien, para responder a esta interrogante debe valorarse que no todas las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para un sujeto obligado cuentan con la misma condición de exigibilidad en su realización. Esto es, el Estado y sus

instituciones han sido creados para atender determinados fines, legalmente establecidos; pero no todos esos fines cuentan con el mismo grado de exigibilidad en su realización y de reproche en su no ejercicio. Para explicar esto me parece que debemos de considerar, dentro del conjunto de las facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados, los siguientes tipos: aquellas cuya realización depende de un tercero, las de carácter netamente potestativo, los actos de realización futura y los indudablemente exigibles. Procedo al análisis de cada uno. Para analizar el caso de las facultades legales cuya realización depende de un tercero, consideremos que las instituciones públicas han sido conferidas de facultades, competencias o funciones para prestar determinados servicios y, a través de ellos, asegurar el cumplimiento de determinadas políticas públicas. Por ejemplo, pensemos en los gobiernos municipales, cuentan con la atribución de regular el desarrollo urbano y las construcciones en su demarcación territorial; una medida que permite asegurar esto consiste en que cualquier persona que desee edificar en un inmueble requiera el respectivo permiso o licencia de construcción. Por esa razón, dentro de las facultades de los municipios se encuentra expedir esas licencias de construcción.

Digamos que determinada persona, mediante una solicitud de acceso a la información, requiere acceder a la licencia de construcción que, según su dicho, el municipio debió expedir este año, en el inmueble ubicado en cierto lugar dentro de su ámbito territorial, sin que sea requisito de procedencia, en su solicitud refiere que la requiere porque aprecia que hace unas semanas han comenzado a construir en ese lugar.

La autoridad municipal recibe la solicitud, aprecia que se trata de información que se relaciona con una facultad legalmente establecida, por lo que inicia el procedimiento de búsqueda. Una vez que lo concluye, aprecia que no se cuenta con dicha licencia. El caso se analiza en el Comité de Transparencia que confirma que se trata de una información relacionada con una facultad legalmente establecida; que se realizó una búsqueda exhaustiva y razonable de la información, en los archivos administrativos actualizados de la Jefatura de Licencias de Construcción y, en efecto, no se cuenta con la información porque la licencia no fue expedida, la facultad no se ejerció. En este caso, decide que, aun cuando se trata de información relacionada con una facultad legalmente establecida, se encuentra imposibilitado materialmente para generar la licencia de construcción y explica las razones de esa imposibilidad que son, al mismo tiempo, razones que justifican y motivan la inexistencia, en el tenor siguiente: el particular que presuntamente se encuentra construyendo en ese lugar: a) nunca tramitó la licencia de construcción; o, b) aunque la tramitó, no le fue expedida porque no cumplió con los requisitos establecidos para ello. En cuyo caso, se podría estar ante el supuesto de una construcción no autorizada, sujeta al procedimiento administrativo correspondiente. Pero, para el caso de la solicitud de acceso a la información, el sujeto obligado se encuentra materialmente imposibilitado para generar esa licencia de construcción, porque no hay condiciones suficientes y adecuadas para ejerza la facultad.

En este caso apreciamos lo siguiente: la facultad legalmente establecida existe, pero el sujeto obligado no pudo ejercerla materialmente y se encuentra imposibilitado para generar la información solicitada, porque el ejercicio de su facultad depende de dos supuestos: a) que el dueño del inmueble acuda a tramitar la licencia y b) que cumpla con los requisitos para tramitarla.

En este caso es perfectamente posible que la información no exista, no se encuentre en posesión del sujeto obligado, aunque se relacione con una facultad legalmente establecida. En consecuencia, aunque se haya solicitado la búsqueda y entrega de la información, no se encuentra en su posesión; por lo tanto, no puede ser objeto del derecho, pero, como se presumía su existencia, el titular de la obligación debe acreditar este supuesto de excepción. No es que el derecho se esté restringiendo, que se impida su ejercicio; simplemente no es posible su ejercicio porque la licencia que se debía poseer pero que, justificadamente, no se cuenta con ella. Se suma ahora cualquier otra información que no se relaciona con las facultades, competencias o funciones; una y otras no se encuentran bajo su posesión. Hay que apreciar cómo en este caso, es perfectamente justificado que el límite traspase las dimensiones originalmente definidas, sin que nos hayamos movido nada de un nivel de análisis que comprende el derecho, su contenido, acudiendo al derecho positivo y al razonamiento lógico, evitando que nuestra decisión sea resultado de un ejercicio de alta discrecionalidad especulativa.

Segundo supuesto, actos claramente potestativos. El derecho administrativo se caracteriza, en buena medida, por este tipo de normas consideradas como

imperfectas (García Maynez, 2016:89), en las que la persona que actúa por el Estado cuenta con cierto margen de discrecionalidad para el ejercicio de esa habilitación legal, ya que no existe una consecuencia jurídica a su incumplimiento. Analicemos este ejemplo, cierto sujeto obligado cuenta, dentro de sus competencias, con la siguiente: “podrá establecer convenios con cierto tipo de personas para realizar determinadas acciones”. Ante esa competencia, legalmente establecida, una persona solicita los convenios que al respecto se hayan firmado. Una vez más, la Unidad de Transparencia recibe la solicitud, aprecia que se trata de una competencia legalmente establecida e inicia el proceso interno para atenderla, el área administrativa correspondiente busca la información y reporta: hasta este momento no se han firmado convenios de este tipo.

El caso llega al Comité de Transparencia que también aprecia que se trata de una competencia legalmente establecida, que se buscó adecuadamente la información y no existe porque no se ejerció la competencia, y que no es adecuado salir a buscar, urgentemente, a una posible contraparte y suscribir el convenio para que sea generado y se atienda la solicitud de acceso a la información; por lo que, en lugar de eso, procede a explicar la imposibilidad que existe, en ese momento, de generar la información, justificando y motivando las razones que provocan la inexistencia.

En este caso, como en el anterior, nos encontramos ante una información que se relaciona con una facultad o competencia legalmente establecida, pero que no se ejerció y que puede justificarse y motivarse su no ejercicio. Por lo tanto, la información no se encuentra en posesión del sujeto obligado; por ello, debería de

entenderse que no forma parte del objeto tutelado por el derecho: la información pública. En este caso, como en el anterior, no se restringe, no se vulnera, simplemente, no es, no forma parte de la información en posesión del sujeto obligado y, por lo tanto, el límite, se vuelve a rediseñar.

El tercer supuesto, actos de realización futura. Pensemos en cualquier atribución que debe ejercerse con cierta periodicidad e, incluso, en fechas legalmente establecidas; una de ellas sería la siguiente: Los poderes legislativos deberán de aprobar el presupuesto de egresos del estado, del año siguiente, a más tardar en determinada fecha del año actual. Ante este supuesto, una persona solicita el presupuesto de egresos de la entidad federativa X para el ejercicio fiscal correspondiente, dentro de cinco años del momento en el que se realiza la solicitud.

Evidentemente, en este caso, aunque lo que se solicita se relaciona con una facultad, incluso constitucionalmente establecida, es imposible de ser atendida porque en este momento no se ha realizado el ejercicio que deberá ocurrir dentro de algunos años. Se trata del ejercicio de una facultad, competencia o función legalmente establecida de realización futura. En este caso, como en los dos anteriores, la información no existe, no se ha generado, materialmente es imposible generarla, en este momento, para atender el ejercicio del derecho, porque no se encuentra en posesión del sujeto obligado. Pero en todos estos casos deberá motivarse y justificarse la inexistencia, explicando esa imposibilidad. Insisto, no estamos ante una restricción o afectación al derecho, sino, una vez más, ante su

límite interno, aunque se relaciona con una facultad, competencia o función legalmente establecida, lo que implicaba que se presumiera su existencia. No se encuentra en su posesión porque no se ejercieron; y es posible justificar y motivar el no ejercicio de la facultad, competencia o función con un simple razonamiento lógico.

Procedo entonces a analizar el último supuesto. Comienzo entonces con esta interrogante ¿puede justificarse y motivarse cualquier no ejercicio de facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados? La respuesta es no. Hay ciertas facultades, competencias o funciones cuyo no ejercicio no puede justificarse ni motivarse; en cuyos casos nos encontramos ya no ante el límite interno del derecho, modificado en términos de estas disposiciones de la ley general, sino ante el incumplimiento de un deber legal de carácter inexcusable, o ante el incumplimiento de la obligación de documentar, primera garantía del derecho de acceso a la información pública. Consideremos un ejemplo para cada caso de este último supuesto.

Facultades no ejercidas, en consecuencia, no documentadas. En la Declaratoria de Procedencia Respecto a la Solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres para el Estado de México, emitida por la Secretaría de Gobernación, a través de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, del 31 de julio de 2015, específicamente en su resolutivo segundo numeral 3, segundo párrafo, se determinó el deber de elaborar Protocolos de Actuación y Reacción Policial en Materia de Violencia de Género y Personas Desaparecidas y,

en el numeral 4, de esa misma disposición se señaló lo siguiente: “En tanto se elaboran los protocolos señalados, se solicita la emisión de un Decreto Administrativo por parte del Gobernador del Estado para que las autoridades competentes proporcionen atención inmediata a estos casos con base en los criterios internacionales en la materia y los establecidos en el Protocolo Alba” (SEGOB, 2015).

Meses después de que se emitiera la declaratoria, una persona solicitó, a diversos sujetos obligados del Ejecutivo del Estado, el referido decreto administrativo. Uno a uno comenzaron a responder: no se cuenta con la información, así fue el caso de la Consejería Jurídica (01525/INFOEM/IP/RR/2015), de la Comisión Estatal de Seguridad Ciudadana (01522/INFOEM/IP/RR/2015), incluso de la propia oficina del Gobernador (01574/INFOEM/IP/RR/2015) hasta que uno de ellos, la entonces Procuraduría General de Justicia del Estado de México, salió al paso señalando que el documento se había elaborado pero estaba pendiente de que se firmara por parte del gobernador (01523/INFOEM/IP/RR/2015), aunque debe insistirse que, al mismo tiempo, la oficina del gobernador declaró no tener el documento. Pero bueno, finalmente, también la Secretaría General de Gobierno confirmaría la versión de la Procuraduría (01524/INFOEM/IP/RR/2015).

En este caso nos encontramos ante un deber de carácter inexcusable, no se trata de un acto cuya realización dependía de un tercero, mucho menos de una atribución potestativa sin consecuencias jurídicas o un acto de realización futura. Para el caso de esta solicitud, no habría justificación que pudiera motivar el no ejercicio de la

atribución y, como consecuencia de ello el incumplimiento del deber de documentar el acto. Aquí nos encontramos en el ejemplo más perfecto y claro de cómo el derecho de acceso a la información permite ejercer el control social de la función pública, al solicitarse la información y apreciarse que no existe porque la atribución no fue ejercida, nos encontramos ante la omisión sobre la acción principal (el deber de emitir el decreto administrativo) que no puede ser justificada y que tendría que evidenciarse con la declaratoria de inexistencia de la información, activando la fase de responsabilidades administrativas correspondiente. En este caso, no nos encontramos antes un límite del derecho, sino ante la afectación de ambos derechos, los protegidos por el deber principal y el protegido por la obligación de documentar el cumplimiento de ese deber principal.

Un segundo ejemplo, en un sentido distinto ya que el acto posiblemente se realizó, pero no se documentó. Veamos, es atribución común, de cualquier sujeto obligado, administrar sus recursos materiales, acondicionar sus instalaciones, realizar ciertas remodelaciones que no se entiendan como construcciones nuevas sino como equipamiento. A un sujeto obligado se le solicitan los costos por la remodelación de una oficina. El sujeto obligado acepta que se hizo la remodelación, pero que como no contrató a nadie y los trabajos los realizó una de sus áreas, no hay costos que informar, en consecuencia, la información no se encuentra, ya sea porque se hicieron gastos y no se comprobaron, se extravió, se perdió o se eliminaron indebidamente (00673/INFOEM/IP/RR/2019). En este caso, no habría justificación que motive la inexistencia; en todo caso, tendríamos una explicación de las razones

por las que no se cuenta la información, se acreditaría un incumplimiento injustificable del deber de documentar o del deber de resguardar, lo que constituye, también aquí, una afectación al derecho y no un límite.

Tras analizar estos supuestos, tendríamos entonces que el derecho de acceso a la información consiste en la igualdad de oportunidades de buscar, recibir y difundir información pública, que es aquella que se encuentra en posesión de los sujetos obligados, como consecuencia del deber de documentar la forma como se ejercen las facultades, competencias o funciones que legalmente le han sido conferidas; y no es información pública aquella que no se encuentra en su posesión por: a) no relacionarse con esas facultades, competencias o funciones; y, b) además de aquella que, aun cuando si se relaciona con esas habilitaciones legales, se encuentra imposibilitado, de manera legal, justificada y motivada, para poseerla.

Como se aprecia, solamente se han definido los contornos del derecho, a la luz de las propias consideraciones jurídicas positivas y de las derivadas de la recta razón sin pensar que, para resolver estos casos, tengamos que acudir a un escenario de colisión de derechos y a su herramienta predilecta, la ponderación.

5.2.2. Límites externos del derecho.

Cuando tratamos de identificar los límites externos del derecho, a diferencia de los límites internos, la definición del derecho ya no nos alcanza, es insuficiente. Ahora nos aproximamos a otros derechos reconocidos también en el derecho positivo. Parece que nos aproximamos, dirían los neoconstitucionalismos, a los escenarios

de colisión. Veamos si eso es necesariamente así. Regresemos al mismo artículo sexto constitucional, apartado A, en su fracción II, inmediata a las definiciones que se analizaron en la sección anterior, y que señala: *“La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”*. Aquí nos encontramos con un límite impuesto al derecho de acceso a la información pública desde lo que será la definición de otros derechos: el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de los datos personales.

Consideremos esto con mayor cuidado, las personas generan información personalísima, privada y pública. Personalísima en tanto se encuentra dentro de su sistema psicológico y se encuentra sólo a disposición de cada cual; es información que, en principio, no se comunica, no se difunde, no se comparte; luego, generan también información en la parte de su vida social más íntima, con su entorno más familiar y más próximo, ello da pie a lo que podríamos denominar como su vida privada; por último, producen información sobre la forma como se relacionan con la sociedad y con el Estado, mucha de la cual se encuentra mediada por la intervención de los agentes públicos. Pues bien, la información que generan en esta forma abierta de vivir, mediada generalmente por la intervención del Estado, que interviene como consecuencia del principio de reserva de ley; esto es, en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones, legalmente conferidas, es la que puede estar en su posesión y es aquella que podría formar parte del objeto del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, la información que registra la vida privada de las personas puede estar en posesión sólo de las personas, pero, incluso, en posesión de los sujetos obligados. Pensemos en un acta del registro civil, sea de nacimiento, adopción, matrimonio, divorcio o defunción, registra información relacionada con la vida privada de las personas, pero sobre las que el Estado debe realizar determinados registros legales. Esa información, aun cuando llegara a estar en posesión de los sujetos obligados, será protegida, en principio, en los términos que señale la ley; lo mismo que los datos personales que consisten en información que puede identificar a una persona o hacerla identificable y a los que tienen acceso los sujetos obligados en el ejercicio de sus facultades legalmente conferidas. En estos casos, esa información no cuenta, en principio, con la condición de publicidad, no es objeto del derecho de acceso a la información pública, en tanto consiste en el objeto de dos derechos distintos: el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales.

Ahí tenemos entonces los límites al derecho de acceso a la información pública, que no incluye a la información sobre la vida privada, y sobre los datos personales que se encuentre en posesión de las personas o que, incluso, pudiera estar en posesión de los sujetos obligados. Esa información no forma parte del primer derecho porque es el contenido de los dos derechos restantes.

Planteado así el asunto hemos eludido el escenario de colisión, único, irrepetible, ajustable a cada caso, que el neoconstitucionalismo nos propone; al contrario, nos encontramos ante una regularidad jurídica positivamente establecida: El derecho

de acceso a la información es la igualdad de oportunidades, de las personas, de buscar, recibir y difundir información pública. La información pública es la que se encuentra en posesión de los sujetos obligados debido a que se relaciona con el ejercicio de facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. No es información pública: a) la que no se encuentre en su posesión porque no se relaciona con facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; b) la que, aun cuando se relaciona con facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, no se encuentra en su posesión porque es posible justificar y motivar legalmente que no se ejercieron (límites internos); y, c) la información que, aun cuando se encuentra en su posesión, se relaciona con la vida privada y con los datos personales (límite externo del derecho).

Pero si nos conformamos con esta aproximación estaríamos involucionando décadas y regresando a los diseños jurídicos pasados del derecho de acceso a la información ya que, en la actualidad, es perfectamente posible acceder a una importante cantidad de datos personales relacionados con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones, legalmente establecidas, de los sujetos obligados. Parece que ahora sí, ineludiblemente, hemos llegado al terreno de la colisión de derechos.

Pero veamos que aún podemos eludir esa trampa cognitiva. Así como el derecho de acceso a la información tiene límites y restricciones, estas últimas que se analizarán más adelante, los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales también tienen límites y, además, pueden ser restringidos en los

términos que establezcan las leyes. Cuando eso ocurre, determinada información que, en principio, debía protegerse por causa de su confidencialidad, es susceptible de ser incorporada como parte del objeto del derecho de acceso a la información. Una vez más, no es que los derechos choquen, colisionen y tengamos soluciones para cada caso, sino que nos encontramos ante casos que debieron de ser disciplinados y previstos en la legislación respectiva.

Entender estos límites internos y externos nos debería de conducir a considerar que, en lugar de un escenario altamente conflictivo, etéreo, indeterminado, subjetivo, que debe ser apreciado según cada caso, lo que encontramos es una construcción más o menos clara y certera que nos plantea lo siguiente: el derecho de acceso a la información es A y no es B; esto que es A puede no garantizarse en los supuestos 1, 2 y 3; esto que es B puede no garantizarse en los supuestos, 4, 5 y 6, en cuyo caso, será considerado como A.

Precisamente por eso, la información relacionada con la vida privada de las personas o los datos personales gozan permanentemente de protección frente al derecho de acceso a la información pública, en tanto que son límites externos al derecho, y no de manera temporal como corresponde con las restricciones. Quizá la confusión que se genera sea porque el procedimiento para su protección consiste en la clasificación de la información, aunque en este caso se distingue al responder a la causal de confidencialidad, acto específico que sustrae, en principio, permanentemente a esa información de la que forma parte del objeto del derecho de acceso a la información, con lo que se establece un límite infranqueable desde el

punto de vista del acceso. Se trata de un límite al derecho de acceso a la información, no una restricción temporal. Aunque, ocasionalmente, no procede la protección, atendiendo los supuestos que restringen, desde adentro, ahora a los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales, luego de hacer la respectiva prueba de interés público, de los que no me ocuparé por tratarse de una materia distinta a la que se estudia.

Desgraciadamente, hay un aspecto en la fórmula jurídica que contribuye a generar la confusión entre este límite exterior del derecho de acceso a la información (los derechos a la vida privada y a la protección de los datos personales) y la restricción al derecho (la reserva de la información), algo que podría identificarse como una deficiencia de técnica jurídica, consecuencia de la falta de claridad de estos aspectos: en ambos casos se utiliza un mismo tipo de procedimiento, la clasificación de la información. Pero lo que refuerza la idea de que son dos conceptos diferentes es lo siguiente: la clasificación por confidencialidad, con lo que se protege la vida privada y los datos personales es de carácter permanente y es resultado de identificar y aplicar los límites externos del derecho; mientras que la clasificación de la información por reserva es sólo de carácter temporal y, ese efecto en particular, es uno de los diversos elementos que permiten considerar a este supuesto como una restricción al derecho.

5.3. Las restricciones al derecho de acceso a la información pública.

Analizados los límites internos y externos del derecho de acceso a la información, procede ahora considerar los supuestos legalmente establecidos para que el derecho pueda restringirse de manera ordinaria. Si el derecho consiste en la relación jurídica que se establece entre su titular, quien busca, pretende acceder y difundir cierta información y el titular de la obligación que debe buscar y entregar la información. Por restricción al derecho de acceso a la información se entenderá la interrupción que puede ocurrir, en cualquier momento durante el proceso de gestión de una solicitud de acceso, en el flujo que plantea la relación jurídica y sólo tendrá efectos sobre una de las tres acciones verbalizadas: el recibir la información.

Esto significa que cualquier persona, de manera ordinaria, en cualquier momento puede ejercer su prerrogativa de buscar cierta información y que, una vez obtenida, puede difundirla sin restricción alguna; pero en el proceso de búsqueda, ocasional y excepcionalmente, el sujeto obligado puede determinar que no se entregue la información, que la persona no reciba cierta información, para lo que deberá de emitir un acuerdo que clasifique a la información solicitada por la causal de reserva. La clasificación puede ser total o parcial de la información requerida. Procederé ahora al análisis de su justificación, a las formalidades y substanciales que deben observarse para su determinación.

5.3.1. Requisitos para justificar restricciones a los derechos humanos.

Para que cualquier restricción a un derecho humanos sea estimada correcta, debe cumplir tres condiciones: que la restricción se encuentre establecida en un

ordenamiento legal, antes de su aplicación; debe de corresponder a un fin legítimo; y, ser estrictamente proporcional con el principio o valor que se pretende preservar (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010: Párr. 67), para otros autores, las condiciones que deben observarse son cuatro: el principio de legalidad; el objeto legítimo que se pretende alcanzar con la restricción; la necesidad de la restricción que determina que sus dimensiones sean adecuadas; así como el principio de proporcionalidad (Medina et al, 2018: 63 y 64).

En nuestro caso, la clasificación total o parcial de la información es un supuesto que establece la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su artículo 100, al contemplar los dos supuestos que justifican esta acción, el de confidencialidad y el de reserva. Por su parte, el artículo 113 define los supuestos en los que procede la clasificación de la información como reservada, que son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

VII. *Obstruya la prevención o persecución de los delitos;*

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

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

X. *Afecte los derechos del debido proceso;*

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

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

XIII. *Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos*

en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

Adicionalmente, los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas contiene, en sus numerales del Décimo séptimo al Trigésimo segundo, lo que podríamos identificar como la tipología que debe reunir el supuesto legalmente establecido de clasificación. Vale la pena destacar que, en algunos casos, los elementos que integran el tipo pueden responder a alguno de los distintos que lo integran, lo que se explica por el uso de una conjunción disyuntiva en su penúltima fracción, mientras que el resto requiere de la concurrencia coincidente de todos sus elementos, lo que se aprecia por el uso de una conjunción copulativa en su penúltima fracción. De esta manera, puede decirse que la posibilidad de la clasificación de la información, como reservada, cumple con el criterio de legalidad, que se exige para tales casos, y que existen 13 supuestos legalmente establecidos, en los términos siguientes.

Primer supuesto, que la entrega de la información *comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable* (Ley General). Si es el caso que pueda considerarse se compromete la seguridad nacional cuando se presenta cualquiera de los siguientes supuestos: a) *se quebrante la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;* b) *se atente en contra del personal diplomático;* c) *se amenace o ponga en riesgo la gobernabilidad democrática porque*

se impida el derecho a votar o a ser votado, o cuando se obstaculice la celebración de elecciones; d) se obstaculicen o bloqueen las actividades de inteligencia o contrainteligencia y cuando se revelen normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo que sean útiles para la generación de inteligencia para la seguridad nacional; e) se vulneren las acciones para evitar la interferencia extranjera en los asuntos nacionales; f) se ponga en peligro la coordinación interinstitucional en materia de seguridad nacional; g) se puedan menoscabar, obstaculizar o dificultar las estrategias o acciones para combatir la delincuencia organizada, la comisión de los delitos contra la seguridad de la nación, entendiéndose estos últimos como traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje, conspiración, el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva; h) se posibilite la destrucción, inhabilitación o sabotaje de cualquier infraestructura de carácter estratégico o prioritario, así como la indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, de emergencia, vías generales de comunicación o de cualquier tipo de infraestructura que represente tal importancia para el Estado que su destrucción o incapacidad tenga un impacto debilitador en la seguridad nacional; i) se obstaculicen o bloqueen acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país; j) se difundan las actas o documentos generados en las sesiones del Consejo de Seguridad Nacional y actualice alguna de las amenazas previstas en la Ley de Seguridad Nacional; o que, k) se entreguen los datos que se obtengan de las actividades autorizadas mediante resolución judicial, así como la información producto de una intervención de comunicaciones privadas autorizadas, conforme a las disposiciones previstas en el Capítulo II del Título III de la Ley de Seguridad Nacional, y constituyan alguna de las amenazas previstas en dicha Ley. También aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados

para conocer la capacidad de reacción de las instituciones encargadas de la seguridad nacional; sus normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo útiles a la generación de inteligencia para la Seguridad Nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent (Lineamientos).

Mientras que las condiciones que comprometen la seguridad pública serían, según los mismos Lineamientos, cualquiera de las siguientes: a) *aquella que comprometa la seguridad pública, al poner en peligro las funciones a cargo de la Federación, la Ciudad de México, los Estados y los Municipios, tendientes a preservar y resguardar la vida, la salud, la integridad y el ejercicio de los derechos de las personas, así como para el mantenimiento del orden público; b) cuando la difusión de la información pueda entorpecer los sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridad pública, menoscabar o dificultar las estrategias contra la evasión de reos; o menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades encaminadas a disuadir o prevenir disturbios sociales, o también, aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados para conocer la capacidad de reacción de las instituciones encargadas de la seguridad pública, sus planes, estrategias, tecnología, información, sistemas de comunicaciones.*

En tanto que se puede comprometer la defensa nacional, cualquiera de las siguientes: a) *aquella que difunda, actualice o potencialice un riesgo o amenaza que ponga en peligro las misiones generales del Ejército, Fuerza Aérea Mexicana o Armada de México, relacionadas con la defensa del Estado mexicano, para salvaguardar la soberanía y defender la integridad, y permanencia del territorio nacional; b) aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados para conocer la capacidad de reacción del Estado, sus planes, o*

uso de tecnología, información y producción de los sistemas de armamento y otros sistemas militares incluidos los sistemas de comunicaciones (Lineamientos).

Segundo supuesto, que al entregarse la información se pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales, lo que ocurriría cuando se acredite la totalidad de los siguientes elementos: *a) La existencia de una negociación en curso; b) identificar el inicio de la negociación; c) la etapa en la que se encuentra; y, d) el tema sobre el que versa.* En otra opción de este supuesto, se deberán señalar los aspectos generales de la relación con ese Estado o Estados u otro sujeto de las relaciones que salgan del Estado mexicano y la incidencia de la información sobre los aspectos particulares de esa relación (Lineamientos).

Tercer supuesto, deberá considerarse como reservada, aquella información que se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional. En este caso, los Lineamientos señalan que se acredita el carácter de reservado o confidencial cuando se acredite alguno de los siguientes requisitos: *a) Que existan datos ciertos y verificables que demuestren la voluntad expresa e inequívoca de que la información proporcionada al Estado mexicano sea considerada como confidencial. En ningún caso se tendrá la confidencialidad por implícita o tacita, ni tampoco servirá para estos efectos analogía o mayoría de razón alguna; o, b) Que la confidencialidad de la información surja de una norma del derecho internacional vigente y aplicable al caso concreto; o del documento constitutivo o las reglas de operación del organismo*

internacional de que se trate. En ambos casos se deberá precisar la fuente, validez y condiciones de aplicación de la norma en cuestión; su compatibilidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Cuarto supuesto, procederá la clasificación como reservada cuando pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal. Para que pueda aplicarse este supuesto se requiere, según los Lineamientos, acreditar un vínculo entre la difusión y alguno de los siguientes supuestos: a) se menoscabe la efectividad de las medidas implementadas en los sistemas financiero, económico, cambiario o monetario del país, poniendo en riesgo el funcionamiento de esos sistemas o, en su caso, de la economía nacional en su conjunto; b) se comprometan las acciones encaminadas a proveer a la economía del país de moneda nacional, dañando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda, el sano desarrollo del sistema financiero o el buen funcionamiento de los sistemas de pagos; c) se otorgue una ventaja indebida, generando distorsiones en la estabilidad de los mercados, incluyendo los sistemas de pagos; o, d) se genere incumplimiento de las obligaciones de un participante en un sistema de pagos que dé lugar a que otros participantes incumplan, a su vez, con sus respectivas obligaciones que pueda afectar seriamente al sistema financiero.

El quinto supuesto consiste en que se pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física y, según los Lineamientos, será necesario acreditar un vínculo, entre la persona física y la información que pueda poner en riesgo su vida, seguridad o salud.

El sexto supuesto consiste en que su entrega pueda obstruir las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones; mientras que los Lineamientos refieren que, para que esto ocurra deben presentarse, concurrentemente, los siguientes elementos: a) La existencia de un procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes; b) que el procedimiento se encuentre en trámite; c) la vinculación directa con las actividades que realiza la autoridad en el procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes; y, d) que la difusión de la información impida u obstaculice las actividades de inspección, supervisión o vigilancia que realicen las autoridades en el procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes.

Otra modalidad de este supuesto, según el mismo Lineamiento, consiste en que la difusión pueda obstruir o impedir el ejercicio de las facultades que llevan a cabo las autoridades competentes para recaudar, fiscalizar y comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales en términos de las disposiciones normativas aplicables.

El séptimo supuesto consiste en que se obstruya la prevención o persecución de los delitos; los Lineamientos requieren, para que sea procedente la causal de reserva, que concurren todos los siguientes elementos: a) la existencia de un proceso penal en sustanciación o una carpeta de investigación en trámite; b) 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, c) 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.

El octavo supuesto de procedencia consiste en que la información requerida contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada; pero los Lineamientos precisan que esto ocurre sólo cuando se acrediten, de manera concurrente, los siguientes aspectos: a) *la existencia de un proceso deliberativo en curso, precisando la fecha de inicio;* b) *que la información consista en opiniones, recomendaciones o puntos de vista de los servidores públicos que participan en el proceso deliberativo;* c) *que la información se encuentre relacionada, de manera directa, con el proceso deliberativo;* y, d) *que con su difusión se pueda llegar a interrumpir, menoscabar o inhibir el diseño, negociación, determinación o implementación de los asuntos sometidos a deliberación.*

Noveno supuesto, que se obstruya(n) los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa; siendo que los Lineamientos requieren, para tales efectos, que en la información concurren los siguientes elementos: a) *la existencia de un procedimiento de responsabilidad administrativa en trámite;* y, b) *que la información se refiera a actuaciones, diligencias y constancias propias del procedimiento de responsabilidad.*

El décimo supuesto consiste en que su entrega afecte *los derechos del debido proceso*; señalando, los Lineamientos, que para que ello ocurra deben actualizarse, concurrentemente, los tres supuestos siguientes: a) *la existencia de un procedimiento judicial, administrativo o arbitral en trámite*; b) *que el sujeto obligado sea parte en ese procedimiento; que la información no sea conocida por la contraparte antes de la presentación de la misma en el proceso; y, c) que con su divulgación se afecte la oportunidad de llevar a cabo alguna de las garantías del debido proceso.*

El undécimo supuesto consiste en que se *vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado*; los Lineamientos precisan que, para tal efecto, deben acreditarse, concurrentemente, los siguientes elementos: a) *la existencia de un juicio o procedimiento administrativo materialmente jurisdiccional, que se encuentre en trámite*; y, b) *que la información solicitada se refiera a actuaciones, diligencias o constancias propias del procedimiento.*

El duodécimo supuesto consiste en que la información *se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, señalando los Lineamientos que se trata, en este caso, de aquella que forme parte de las averiguaciones previas o carpetas de investigación que resulte de la etapa de investigación, durante la cual, de conformidad con la normativa en materia penal, el Ministerio Público o su equivalente reúne indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio o no de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.* En este caso, más que señalar los

elementos que debe reunir la información, como en los casos anteriores, se limita a precisar los supuestos de integración de la información en los procesos de investigación.

Y, el último supuesto, que consiste en una habilitación abierta en esta norma, pero cerrada en tanto que la manifestación precisa se deberá de contener en otro ordenamiento jurídico, consiste en aquella información *que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales*. Según los Lineamientos, *para que se actualice este supuesto de reserva, los sujetos obligados deberán fundar y motivar la clasificación de la información, señalando de manera específica el supuesto normativo que expresamente le otorga ese carácter*.

De esta manera tenemos entonces trece supuestos en los que la clasificación de la información como reservada es procedente; supuestos señalados en el artículo 113 de la Ley General de Transparencia y descritos en los Lineamientos respectivos, con lo que se cumple, como se señaló antes, el primer requisito de legalidad y, de la descripción de cada uno de ellos, pueden apreciarse bienes jurídicos relevantes, fines valiosos en el seno de una sociedad democrática y que, por lo tanto, merecen ser protegidos, con lo que se cumple el segundo requisito requerido para que una restricción a un derecho humano sea compatible con la regulación interamericana.

El último de los requisitos consiste en que la restricción sea estrictamente proporcional. Puede determinarse que se cumple con ello si consideramos los siguientes cuatro aspectos:

Primero, lo que establece el artículo 105 de la Ley General al señalar que la aplicación de estos supuestos debe de realizarse de manera restrictiva y limitada, por lo que debe acreditarse que se cumple con esta condición y no se pueden ampliar las excepciones o supuestos de clasificación aduciendo analogía o mayoría de razón. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje (García Amado, 2016:6) para acreditar que el supuesto de hecho corresponde estrictamente con la hipótesis jurídica.

Segundo, la clasificación no es procedente solamente porque se actualice el supuesto legal de clasificación y el cumplimiento de los elementos señalados en los Lineamientos; sino que, además, debe practicarse la prueba de daño referida en los artículos 102 y 103 de la Ley General, sobre la que regresaremos más adelante, de cuyo resultado se puede determinar que aun cuando concurren los elementos del supuesto de clasificación, sea procedente la entrega.

Tercero, la clasificación de la información como reservada tiene la condición de ser de carácter temporal; es decir, no debe perpetuarse o petrificarse su clasificación y que esto traiga como consecuencia el no acceso permanente de la misma, ya que eso, más que una restricción constituiría la pérdida de su calidad como pública lo

que, insisto, constituye una diferencia clara entre la reserva, como condición de excepción del derecho y la confidencialidad, como un límite permanente del derecho. La temporalidad de la clasificación de la información se encuentra señalada en el artículo 101 de la Ley General, que contempla que dicha información podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción, dejen de existir los motivos de su reserva.

Ahora bien, los titulares de las áreas tienen la alta responsabilidad de determinar que el plazo de reserva sea el estrictamente necesario para proteger la información mientras subsistan las causas que dieron origen a la clasificación, salvaguardando el interés público protegido y tomarán en cuenta las razones que justifican el periodo de reserva establecido.

De manera excepcional los sujetos obligados, con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales y por una sola vez, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.

Cuando expiren los plazos de clasificación o se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la

información, el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.

Y, último aspecto, que aun cuando se actualice el supuesto y sus elementos; aun cuando la entrega de la información pueda generar un riesgo al bien que se pretende proteger, es procedente correr ese riesgo y se determina la entrega de la información porque, en todos aquellos casos en los que se pretende adoptar una clasificación de la información como reservada, al amparo de lo que establecen los artículos 5, 113 fracción III y 115 de la Ley General, se determinan tres excepciones a la clasificación por la causal de información reservada: cuando corresponda a violaciones graves a derechos humanos, a delitos de lesa humanidad y a actos de corrupción, entendiendo en el último aspecto que el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal Federal establece los Delitos por Hechos de Corrupción, entre los cuales se encuentran los de ejercicio ilícito de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso ilícito de atribuciones y facultades, pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico e influencia, cohecho, cohecho de servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito. De ser el caso, la información que se pretende reservar corresponda a cualquiera de estos supuestos, no es posible clasificarla como reservada.

Por lo tanto, la restricción al derecho de acceso a la información pública jurídicamente establecida cumple con el parámetro de control convencional en tanto: los supuestos se encuentran establecidos en la ley general y descritos en los lineamientos, dichos supuestos pretenden proteger fines relevantes y valiosos para una sociedad democrática, sujetos a un régimen de estricta proporcionalidad al tratar de que se actualice temporalmente, de manera excepcional y no como regla general.

5.3.2. Condiciones de formalidad para determinar la restricción.

Ya que la clasificación de la información como reservada es una restricción al derecho humano, es indispensable que cumpla con un conjunto de requisitos formales que permitan apreciar que se trata de un acto formalmente emitido; esto es, adoptado por la autoridad facultada para ello y siga un procedimiento administrativo señalado en la norma.

El procedimiento formal que debe seguirse es el siguiente: la Ley General prohíbe que la clasificación de la información se determine cuando aún no se genere (art. 108 segundo párrafo); y sólo lo permite en tres momentos específicos, que establece el artículo 106 de la Ley General, a saber: cuando se atiende una solicitud de acceso a la información, porque lo determina una autoridad competente, o porque se va a generar una versión pública para cumplir con sus obligaciones de transparencia.

En lo que corresponde a la autoridad facultada para determinar la clasificación de la información debe considerarse que el artículo 100 de la Ley General señala que los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los supuestos de clasificación y que son los titulares de las áreas administrativas los encargados de clasificar la información. En consecuencia, son los titulares de las áreas que administran la información los que aprueban su clasificación y no el Comité de Transparencia. Al adoptar esta decisión tienen que precisar qué información debe clasificarse, si se trata de una clasificación parcial, algún dato que forme parte de algún documento; o total, cuando se determina no permitir el acceso del documento o expediente completo, señalando el supuesto de clasificación. Para efectos de este estudio, debe considerarse solamente el supuesto de reserva como una restricción al derecho.

Ahora bien, al emitir este acto que pretende restringir al derecho, se deben de cumplir dos requisitos básicos: fundamentación y motivación, los que necesariamente deben justificar la decisión, ya que son esenciales para el desahogo de las siguientes fases del procedimiento, revisemos un momento lo que esto implica.

En el artículo 105 segundo párrafo de la Ley General y el lineamiento sexagésimo segundo de los Lineamientos Generales se señala que la carga de la prueba, para justificar las restricciones, corresponde a los sujetos obligados, por lo que deberán fundar y motivar debidamente la clasificación.

De lo anterior se desprende que, para una correcta clasificación total o parcial, esto es, para determinar la información que no será entregada al solicitante totalmente o la que se suprimirá en una versión pública, es necesario fundar y motivar, de manera correcta, la clasificación; considerando que todo acto que la autoridad pronuncie en el ejercicio de sus atribuciones, debe expresar los fundamentos legales que le dieron origen y las razones por las que se deben aplicar al caso concreto.

Son abundantes los estudios doctrinarios relativos a estos derechos fundamentales y al principio de legalidad en ellos contenidos. Por poner un ejemplo, el procesalista José Ovalle Fabela, en su obra “Garantías Constitucionales del Proceso”, refiere que “...la garantía de fundamentación impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate y que sustenten su competencia, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una argumentación o juicio de derecho. Pero de igual manera, la garantía de motivación exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que esos hechos son ciertos, normalmente a partir del análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una argumentación o juicio de hecho (Ovalle, 2002: 474)”.

Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. *La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, marzo de 1996. Pág. 769.

Así, en un acto de autoridad se cumple con la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto, al hacer el juicio de subsunción o encaje entre el supuesto de hecho y la hipótesis jurídica mediante el cual se acredita la estricta correspondencia entre un elemento y otro; mientras que la debida motivación se acredita cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

En consecuencia, la fundamentación y motivación implican que, en el acto de autoridad, además de contener los supuestos jurídicos aplicables, se explique claramente por qué a través de la utilización de la norma se genera el acto. De este modo, se podrá revisar la decisión en la siguiente fase interna del sujeto obligado y, al final, la persona que se sienta afectada puede entender las razones para aceptar o impugnar la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

En ese mismo sentido, el lineamiento trigésimo tercero fracción V de los Lineamientos Generales precisa que, para motivar la clasificación, se deben acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Además de fundar y motivar su decisión, la determinación por la que se clasifica la información como reservada debe observar otro de los requisitos formales, que consiste en la prohibición de emitir acuerdos “de carácter general ni particular”, según lo dispone el artículo 108 de la Ley General. Esto es, no se puede hacer un

acuerdo para clasificar de manera general todos los documentos de un expediente o área, sin individualizar su análisis; y, tampoco se puede hacer un acuerdo por cada dato que se vaya a clasificar dentro de un documento con diez datos, por ejemplo, susceptibles de ser clasificados.

Siguiendo con el procedimiento, una vez que el titular de la unidad administrativa que posee la información determina su clasificación, se lo deberá informar al titular de la Unidad de Transparencia, éste deberá convocar al Comité de Transparencia, según lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley General y la fracción III del numeral Segundo de los Lineamientos, instancia que cuenta con las facultades necesarias para confirmar, modificar o revocar la clasificación de la información que ha hecho el titular del área que administra la información.

A la luz de estas consideraciones tenemos que, en sede del propio sujeto obligado, titular de la obligación que genera el derecho, autoridad obligada a prestar las garantías primarias del derecho, uno de sus integrantes, el titular de la unidad administrativa que gestiona la información, adopta la decisión que restringe el derecho; pero esa decisión aún no es firme, se encuentra sujeta a un primer mecanismo de control que será la revisión que, para tal efecto realice el Comité de Transparencia.

Ya que la decisión de clasificar implica una restricción a un derecho humano, por lo tanto, puede generar un agravio al particular. Es necesario que el acto reúna los requisitos elementales; entre ellos, que la autoridad que va a emitir el acto de

autoridad sea la legalmente facultada al respecto. Es decir, que cumpla con el principio de reserva de ley, y que dicha autoridad observe el procedimiento establecido para ello, lo que otorga validez formal a la decisión (Ferrajoli, 2014: 51). Cualquier decisión que determine impedir el acceso a la información, sin cumplir estas formalidades, deberá de estimarse como un acto informalmente adoptado y, por lo tanto, viciado, susceptible de ser anulado.

5.3.3. Condiciones substanciales para determinar la restricción al derecho.

Desde el inicio de esta investigación, me adscribí a la idea de considerar a los derechos humanos como un factor de deslegitimación de los actos gubernamentales (Ferrajoli, 2010:24), por lo que las autoridades se ven obligadas a justificar sus decisiones cumpliendo con los requisitos formales de que las decisiones sean adoptadas por los servidores públicos legalmente facultados para tal efecto, siguiendo el procedimiento formalmente establecido así como los requisitos substanciales que el contenido de la decisión corresponda con el contenido de los derechos, de tal forma que la decisión sea formal y substancialmente válida (Ferrajoli, 2014:51).

Para que la clasificación de la información como reservada, restricción ordinaria del derecho de acceso a la información, pueda cumplir con ese requisito substancial, es necesario atender lo que dispone el artículo 103 segundo párrafo de la Ley General, al señalar que se deben de especificar las razones, motivos o

circunstancias especiales que llevan al sujeto obligado a concluir que el caso fáctico se corresponde con la norma. Por esta razón, la motivación del acto, el juicio de subsunción, para acreditar la estricta correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, deberá señalar las razones, motivos o circunstancias que lo justifiquen. Por lo que no es lo mismo que repetir el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, sino que se debe generar un juicio demostrativo, no uno autorreferencial, en el que primero se dice algo, después se dice lo mismo y al final exactamente lo mismo, cambiando únicamente el orden de las palabras.

La misma disposición jurídica, referida en el párrafo anterior, precisa que, además de señalar las razones, motivos o circunstancias, se deberá de aplicar la prueba de daño. Adicionalmente, los artículos 104 y 108 último párrafo de la Ley General, determinan que se debe realizar un análisis, caso por caso, aplicando la prueba de daño, lo que implica que la motivación debe acreditar la correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, señalando las razones, motivos o circunstancias; es sólo una parte de la decisión que justifica la restricción y, otra parte, distinta, es la que corresponde a la formulación de la prueba de daño, que debe aplicarse caso por caso. Esto es, no se puede hacer una prueba de daño de un expediente completo, de manera genérica, sin individualizar la forma como se relaciona cada documento con el bien jurídico protegido con el supuesto de clasificación, sino de cada uno de los documentos que lo integran.

Para aplicar la prueba de daño, según el artículo 104 de la norma ya referida, deberán precisarse las razones objetivas por las que la apertura genera una afectación, acreditando que:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;*
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y*
- III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.*

Sobre el primer supuesto consideremos que, según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender “la contingencia o proximidad de un daño”, en tanto que el daño es considerado como un “perjuicio o lesión”; para el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo “que tiene existencia objetiva”, entre tanto que lo demostrable es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar; es decir, “manifestar, declarar, probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo”. Mientras tanto que lo identificable es lo que puede ser identificado; esto es, “dar los datos necesarios para ser reconocido”.

Por lo que, entonces, el primer supuesto de la prueba de daño consiste en acreditar que la entrega de la información provoca tres aspectos concurrentes: primero, la

contingencia o proximidad de un daño, un perjuicio o lesión del bien jurídico que pretende proteger el supuesto de reserva, que dicho daño tiene existencia objetiva, que se puede manifestar, declarar o probar mediante cualquier género de demostración a partir de proporcionar datos necesarios para reconocer el daño, perjuicio o lesión que provocaría a un interés público o a la seguridad pública.

Esta primera parte es, a mi juicio, la fase que puede realizarse con mayor objetividad, ya que su determinación requiere el estudio de la normatividad que sustenta y caracteriza al bien jurídico relevante, que obtiene la protección que genera el supuesto de clasificación y el análisis de la información concreta que se pretende clasificar, para identificar si la entrega de la información realmente puede generar un perjuicio o lesión en el bien jurídico; todo lo cual puede hacer perfectamente justificable la decisión que se adopte.

La segunda parte es, ahora sí y como consecuencia del diseño de la norma en cuestión, una fase en la que prevalece una mayor subjetividad e incertidumbre, ya que es necesario que, una vez que se identifica ese riesgo en sus dimensiones objetivas de ocurrencia, demostrar que supera el interés público general porque se difunda dicha información. Digo que esta parte es ya, por sí misma, especulativa, en virtud de que, como se señaló antes, para que se ejerza el derecho de acceso a la información no es necesario justificar el interés por acceder a la información; en consecuencia, no existen referencias objetivas que nos permitan identificar un interés público, sino lo que la información, en sí misma, pudiera aportar.

Y, por último, que la limitación al derecho de acceso a la información sea acorde con el principio de proporcionalidad; para ello, se podrían emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana (Corte Constitucional Colombiana, C-093/2001, C-671/2001 y T-376/2013)¹, siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia BVerfGE 93, 266 de 1995, ideado por Robert Alexy, (Alexy, 2014:525) y que se integra por la realización del juicio de idoneidad; esto es, que la medida adoptada sea la idónea para la protección del derecho; o el bien jurídico relevante que protege el supuesto de reserva; de necesidad, que sea necesaria para que se consiga esa protección; y, el de estricta proporcionalidad, esto es, que se proteja el bien jurídico relevante con la intensidad necesaria para conservar los mínimos términos que tutela el derecho de acceso a la información cuya eficacia retrocede en lo estrictamente necesario, sin traspasar nunca su núcleo básico. Y aquí, sin duda, la

¹ “En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: “[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada”. El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013.” Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Párr. 256.

misma norma jurídica positiva, ahora sí, se rinde ante una discrecionalidad amplia en favor del operador jurídico para realizar este proceso de ponderación.

Así entonces, es posible concluir que esta condición de restricción al derecho, en el sentido que ya se ha expuesto, consiste en la suspensión del natural desahogo de la relación jurídica que genera el derecho, lo que es susceptible de ocurrir en cualquier momento, sin que existan causas extraordinarias que la justifiquen y, más bien, encuentra amparo en supuestos ordinariamente establecidos en la norma, susceptibles de presentarse en cualquier momento. La restricción no impide que el titular del derecho busque la información sino, incluso, es consecuencia de esa búsqueda en cuyo proceso se conduce a la adopción de la restricción; si bien interrumpe el desarrollo de la relación jurídica, eso ocurre exclusivamente en la acción de recibir la información solicitada, a cambio de lo cual el sujeto obligado deberá de adoptar un acto formal y válido mediante el cual justifica su decisión para que sea comunicada al titular del derecho que, ahora, podría aceptar la decisión o someter a control esa decisión mediante la garantía secundaria o procesal establecida y que se desahoga en sede del organismo garante del derecho.

5.4. La suspensión del derecho de acceso a la información pública.

Aunque el supuesto que ahora se analiza podría considerarse como una especie del género de restricción, se propone una categorización diferente por lo siguiente: si bien también se trata de una suspensión de la relación jurídica que genera el

derecho su trascendencia, es mayor, ya que afecta las tres acciones que definen al derecho: buscar, recibir y difundir la información. A diferencia de la restricción ordinaria, ésta sólo puede ocurrir excepcionalmente y siguiendo un procedimiento constitucionalmente definido, como la suspensión de derechos, de la cual, incluso, se adopta su denominación, la excepcionalidad y la temporalidad son los elementos claves que nos permiten diferenciar la suspensión de derechos de la restricción (Medina et al, 2015:61).

Se trata de un procedimiento que no es exclusivo del derecho de acceso a la información, como la restricción estudiada en la sección anterior, sino establecido, para la generalidad de los derechos humanos y contenido en el artículo 29 de la Constitución. Este procedimiento de suspensión debe analizarse en función de los siguientes elementos: Las causas que lo justifican; los derechos afectados; los efectos de la suspensión; el procedimiento para su adopción.

5.4.1. Las causas que lo justifican.

El primer párrafo del artículo 29 constitucional, establece como causas que justifican esta decisión las siguientes: los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Como se aprecia, se trata de condiciones que no se relacionan directamente con el ordenamiento jurídico y con la regulación normal de los derechos humanos en sí mismos, son condiciones que se desprenden de aspectos externos al Estado mismo y que ponen en riesgo su viabilidad, como el estado de emergencia, el estado de sitio y de excepción (Giles y Cruz, 2019:11), razón por la

cual, se estima más relevante la existencia e integridad misma del Estado y de la sociedad, e incluso puede optarse por afectar el funcionamiento ordinario del régimen jurídico establecido.

5.4.2. Los derechos afectados.

En este tema hay otra clara diferencia entre la forma de plantear la restricción ordinaria y la suspensión extraordinaria; mientras que en el primer caso hay un catálogo objetivamente definido en la norma jurídica en los que resulta procedente la restricción. En la suspensión hay, a contrario sensu, un catálogo mínimo de los derechos que no pueden suspenderse y, por exclusión, todos aquellos que no se encuentren contemplados en dicho catálogo, son sujetos a los efectos de la suspensión.

Ese catálogo se integra por los señalados en el párrafo segundo del artículo en cuestión y que enuncia a los siguientes: “los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

El decreto del 10 de junio de 2011, mediante el cual se reformó la Constitución, en materia de derechos humanos estableció, en su disposición transitoria cuarta, el deber del Congreso de la Unión de expedir la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías; lo que debería de realizarse en un plazo máximo de un año, a partir del inicio de la vigencia de la reforma. Hasta ahora, esa ley no se ha expuesto por lo que carecemos de mayores elementos en el orden nacional para analizar este tema y, dadas las condiciones graves de excepcionalidad que define el texto constitucional, a partir de la etapa post revolucionaria, en nuestro país no se han emitido, formalmente, declaratorias de suspensión de derechos, ni para enfrentar revueltas como la Guerra Cristera, la protagonizada por la guerrilla rural o urbana, los terremotos de 1958, 1985 y 2017, huracanes u otras tragedias; razón por la cual, tampoco hay criterios interpretativos que nos permitan tener referencias mínimas indispensables para su estudio.

Y señalo esto porque el artículo 29 constitucional contiene la formulación del catálogo de derechos no susceptibles de ser suspendidos pero presenta una disonancia conceptual ya que mientras se integra la lista individualizando a los derechos, hay un concepto genérico y, por lo tanto, sujeto a interpretación: los derechos políticos. En el catálogo de derechos no existe una referencia según la conceptualización propia del derecho público internacional, ya que no se señalan los derechos civiles, los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales,

sino que individualiza qué derechos civiles no pueden suspenderse y, en medio de ellos, se incluye en bloque a los derechos políticos.

Definir si por derecho políticos debemos entender a todos los derechos considerados, de esa forma, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a los catalogados así doctrinal o solamente a los derechos políticos del ciudadano, es de cardinal importancia para determinar si el derecho de acceso a la información, no mencionado expresamente en el catálogo, puede ser objeto o no de la suspensión.

Evidentemente que una interpretación expansiva del concepto derechos políticos incluirá al derecho de acceso a la información, con lo que formaría parte del bloque de derechos que no pueden suspenderse nunca, sirve de apoyo a esa idea el que dentro del catálogo se encuentra la libertad de pensamiento, reconocida en el primer párrafo del artículo sexto constitucional y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición en la que expresamente se reconoce que la libertad de pensamiento y de expresión incluyen el derecho a buscar, recibir y difundir información.

Insisto, si esto fuera de esa manera, el derecho de acceso a la información formaría parte de aquellos derechos que no pueden suspenderse; ni siquiera en los casos más graves de alteración del orden público o de debilidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debo decir que, ante la falta de declaratorias de suspensión de derechos en la etapa post revolucionaria de nuestro país, resulta necesario acudir a dos fuentes cercanas de estudio.

La primera de esas fuentes consiste en el Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 2020, por el Consejo de Salubridad General, con fundamento en los artículos 4o., párrafo cuarto, 73, fracción XVI, bases 1a. y 3a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., fracción XV, 4o., fracción II, 17, fracción IX, 134, fracción II y XIV, 140 y 141 de la Ley General de Salud; y, 1 y 9, fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.

Acto seguido, el 31 de marzo de 2020, la Secretaría de Salud del Gobierno Federal publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, ordenando en su artículo Primero, fracción I, la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad, decisión que fue prorrogada hasta el mes de agosto.

Al amparo de esa decisión, tanto el INAI como los organismos garantes del derecho emitieron una serie de acuerdos para suspender los plazos para la substanciación de los procedimientos de acceso e inconformidad de los recursos de revisión. De esta forma, si bien no se hizo referencia a una suspensión formal de derechos y tampoco se siguió estrictamente el procedimiento formalmente

establecido, sí ocurrió lo siguiente: se interrumpió la relación jurídica que genera el derecho, en lo que corresponde a la búsqueda de la información mediante el procedimiento de acceso a la información y en lo que corresponde a la actualización de las obligaciones de transparencia, así como los plazos para el ejercicio de la garantía secundaria del derecho; y, si bien fueron los organismos garantes los que adoptaron esta decisión, lo hicieron en atención a las determinaciones adoptadas por el Consejo Nacional de Salubridad que preside el Secretario de Salud del Gobierno Federal.

En los antecedentes históricos, especialmente en el convulso siglo XIX, encontramos experiencias de suspensión de las garantías individuales. Me refiero especialmente al decreto de 05 de noviembre de 1857, mediante el cual "Para proveer al restablecimiento del orden público, a la defensa de la independencia y de las instituciones se suspenden, desde la publicación de la presente ley, hasta el 30 de abril próximo venidero, las garantías consignadas en los arts. 7, 9, 10, 11, 1ª parte del 13, 16, 1ª y 2ª parte del 19, 21 y 26 de la Constitución. El Ejecutivo dictará los reglamentos y órdenes relativas a dicha suspensión en todos los casos en que deba tener efecto", entre las "garantías" aludidas se encontraba tanto la libertad de pensamiento y expresión, como la de asociación y de tránsito.

Estos dos elementos históricos y actuales, me conducen a suponer que, posiblemente, el derecho de acceso a la información podría ser sujeto de dicha suspensión de derechos, así que supongamos, para efectos del presente estudio, que ello fuera posible

5.4.3. Los efectos de la suspensión de derechos.

El primer párrafo del artículo en cuestión refiere que el acto de suspensión puede tener efectos territoriales en: a) todo el país; o, b) en un lugar determinado; que dicha suspensión será por un tiempo limitado y sin que se contraiga a determinada persona.

De esta manera, suponiendo que pudiera suspenderse la relación jurídica que genera el derecho, esto tendría que ocurrir en el espacio territorial que se determine y por el plazo que se defina, teniendo efectos en todos los titulares del derecho que, como en el caso de la pandemia de COVID-19, no podrían formular solicitudes de acceso a la información (INAI, 2020), ni recibir respuesta de las que hubieran formulado antes de la suspensión; de igual forma, los sujetos obligados estarían exentos de cumplir con sus obligaciones de actualización de la información pública de oficio.

5.4.4. El procedimiento para la suspensión.

A falta de la ley reglamentaria contamos sólo con los aspectos constitucionalmente definidos, esto es: que “solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido” podrá tomar esta decisión. Aquí

se encuentra la definición de las autoridades constitucionalmente facultadas para adoptar la decisión.

Ahora bien, “si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde”.

La decisión, por tratarse de una restricción excepcional de derechos debe cumplir con las formalidades básicas. Esto es “debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Y se establece el proceso de recuperación de la normal vigencia del orden jurídico, por lo que “cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”.

Esto es así porque como refirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva seis, del 9 de mayo de 1986, los Estados de Emergencia no pueden traducirse en la suspensión temporal del Estado de Derecho, debe negarse la idea de que el gobierno esté investido de poderes absolutos, al contrario, según las recomendaciones internacionales (CoIDH, OC-8/87) los estados de excepción deben declararse cumpliendo las formalidades legalmente establecidas, deben ser proclamadas públicamente, notificarse a la comunidad internacional, ser temporales y con el objeto de enfrentar amenazas excepcionales, estrictamente proporcionales, no discriminatorias y compatibles, concordantes y complementarias con el derecho internacional, como bien lo resumen, determinados autores (Giles y Cruz, 2019:6).

5.5. El derecho de acceso a la información y su diseño iuspositivista y neoconstitucionalista.

Los aspectos analizados en el presente módulo nos muestran que, lejos de esa tentación por disminuir la efectividad de los derechos humanos al sujetar su protección a las condiciones específicas de cada caso, el diseño jurídico vigente de protección del derecho de acceso a la información define con claridad aceptable su contenido y, con ello, sus límites internos, así como los límites externos que define su contacto con otros derechos como el de protección a la vida privada y a los datos personales. Ese ordenamiento es suficiente para analizar y resolver los casos fáciles y aquellos que, incluso, pudieran encontrarse en una zona de penumbra.

Por lo que corresponde a la regulación que disciplina la restricción del derecho, mediante la clasificación de la información como reservada, las disposiciones jurídicas podrían ser casi suficientes para disciplinar y solucionar los casos mediante la primera fase de la prueba de daño, consistente, precisamente en la determinación del daño que pudiera o no provocar la difusión de la información en los bienes jurídicamente protegidos junto con las causales de exclusión de la restricción; pero, por decisión del legislador ordinario, se incorporó dentro del parámetro de control, la prueba de daños, dos fases altamente especulativas y con un amplio margen de discrecionalidad para el operador jurídico: la comparación del peso del daño frente al peso del interés público y la ponderación a la que nos conduce la estricta proporcionalidad. En mi opinión, la definición de las condiciones de excepción de la clasificación, justificadas por el interés público que permite su determinación, serían suficientes para que el proceso de control pudiera cerrar el paso a la subjetividad y al decisionismo de los operadores jurídicos. Aun así, estoy convencido de que las primeras herramientas de la prueba serían suficientes para solucionar la mayor parte de los casos incluso, los más difíciles.

Y por lo que corresponde a la suspensión, nos encontramos en el terreno de mayor incertidumbre precisamente por su nula ocurrencia.