

# A proba de dano e a transparencia administrativa. Elemento substancial da reserva da información en materia de seguridade pública

La prueba de daño y la transparencia administrativa. Elemento sustancial de la reserva de la información en materia de seguridad pública

The test of damage and the administrative transparency. Substantial element of the reserve of the information on the subject of public safety

48 Regap

Regap



ESTUDOS E NOTAS

DR. GUILLERMO A. TENORIO CUETO

Secretario académico do posgrao en Dereito da Universidade Panamericana (México)

Catedrático de Dereito á Información

Teoría Política na Escola de Comunicación e na Facultade de Dereito da Universidade Panamericana

Autor de diversos libros e artigos especializados en materia de liberdades informativas

gtenorio@up.edu.mx

Recibido: 24/10/2014 | Aceptado: 22/04/2015

**Resumo:** *A transparencia administrativa así como o dereito de acceso á información pública atopan como limitante de difusión da información aquela cuxo contido pode infrinxir un dano á seguridade pública, á seguridade nacional ou, de ser o caso, aos dereitos de terceiros. Este posible dano non significa unha ferramenta de uso discrecional para a autoridade administrativa, pola contra, debe supor un exercicio regrado que obrigue a unha axeitada fundamentación e motivación do acto negatorio da información. O presente traballo procura propoñer as claves mediante as cales podería perfeccionarse o sistema de transparencia, a partir dunha axeitada conceptualización da chamada “proba de dano”.*

**Palabras clave:** *transparencia, acceso á información, información pública, proba de dano.*

**Resumen:** *La transparencia administrativa así como el derecho de acceso a la información pública encuentran como limitante de difusión de la información aquella cuyo contenido puede vulnerar un daño a la seguridad pública, a la seguridad nacional o, en su caso, a derechos de terceros. Este posible daño no significa una herramienta de discrecionalidad para la autoridad administrativa, por el contrario, debe suponer un ejercicio reglado que obligue a una adecuada fundamentación y motivación del acto negatorio de la información. El presente trabajo busca proponer las claves mediante las cuales podría perfeccionarse el sistema de transparencia, a partir de una adecuada conceptualización de la llamada “prueba de daño”.*

**Palabras clave:** *transparencia, acceso a la información, información pública, prueba de daño*

**Abstract:** *Administrative transparency and the right of access to public information are as limiting dissemination of information whose content may violate harm to public safety, national security or if a third party rights. This may damage not mean a tool of discretion to the administrative authority, to the contrary must be a regulated exercise that requires proper foundation and motivation of the act negatory information. This paper seeks to propose the key by which the system could be improved transparency, from adequate conceptualization of the “damage test”.*

**Key words:** *transparency, access to information, public information, damage test, Accountability.*

**Índice:** *0. Introducción. 1. Seguridade nacional e seguridade pública. 2. Transparencia e procedementos de contratación pública en materia de seguridade. 2.1 Licitación pública. 2.2 Adjudicación directa 3. A proba de dano. 3.1 Marco conceptual sobre “dano” en materia de transparencia e acceso á información. 3.2 Dano presente. 3.3 Dano probable. 3.4 Dano específico. 4. Breve referencia ao modelo español. 5. Conclusións. 6. Bibliografía. 7. Outras fontes.*

## 0 A maneira de breve introdución

O presente traballo ten como finalidade percorrer os camiños da transparencia administrativa a partir da contratación pública e das excepcións a ese principio. Sabemos que a transparencia, dentro do marco das liberdades informativas, perfecciona o sistema democrático dotando de información ao cidadán dun axeitado exercicio no público.

Nese sentido propoño este tema asumindo de inicio que como sucede con outros dereitos e obrigas derivados dos estándares internacionais das liberdades informativas non debemos movernos por absolutos sendo que os devanditos dereitos admiten excepcións. Ese é o caso da seguridade pública e da seguridade nacional.

Estas excepcións non suponen a arbitrariedade ou a discrecionalidade da autoridade, senón que supoñen un exercicio axeitado da responsabilidade do Estado ao momento de contratar. Para efecto das negativas da información propoñemos un sistema fundamentado na chamada “proba de dano”, onde o Estado poida materializar unha axeitada fundamentación e motivación respecto ás negativas da información.

O estudo focalízase no ordenamento xurídico mexicano pero é exportable a calquera realidade xurídica que incorporase un sistema de transparencia administrativa ou un dereito de acceso á información. A chamada “proba de dano” non é privativa do caso de México e pode axudar moito na construción dun sistema non discrecional de acceso á información pública.

De igual maneira o estudo trata de situarse no marco xurídico internacional de protección aos dereitos humanos para a xustificación da chamada “proba de dano” co cal, desde o noso particular punto de vista, fai máis asequible a radicación da mesma en sedes nacionais. Tomouse o caso do sistema interamericano de dereitos humanos que participa activamente en materia de liberdades informativas co sistema europeo.

## 1 Seguridade nacional e seguridade pública

É imperante sinalar que unha política de transparencia acompañada da necesaria creación do dereito de acceso á información pública non supón un exercicio absoluto, é dicir, que este tipo de políticas e de dereitos teñen algunhas limitacións as cales deben estar establecidas axeitadamente no marco constitucional así como na lexislación secundaria.

En materia de liberdades informativas falamos do test tripartito establecido polo estándar internacional de dereitos humanos onde se refire que estas limitacións deben estar claramente previstas pola lexislación e as mesmas deben ser claras e precisas para establecerse como un límite ao exercicio do dereito coidando preponderantemente as ambigüidades ou as inexactitudes.

Nese sentido o marco xurídico interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión que publica a relatoría especial para a liberdade de expresión da Comisión Interamericana de dereitos humanos, establece que:

“Segundo foi interpretado pola xurisprudencia interamericana, o artigo 13.2 da Convención Americana esixe o cumprimento das seguintes tres condicións básicas para que unha limitación ao dereito á liberdade de expresión sexa admisible: (1) a limitación debeu ser definida en forma precisa e clara a través dunha lei formal e material, (2) a limitación debe estar orientada ao logro de obxectivos imperiosos autorizados pola Convención Americana, e (3) a limitación debe ser necesaria nunha sociedade democrática para o logro dos fins imperiosos que se buscan; estritamente proporcionada á finalidade perseguida; e idónea para acadar o obxectivo imperioso que pretende lograr”<sup>1</sup>.

Cobra especial sentido sinalar que estas limitacións á liberdade de expresión engloban a todo o sistema das liberdades informativas incluído o dereito de acceso á información e por conseguinte a política de transparencia. Como sabemos, para o sistema interamericano o dereito de acceso á información forma parte integral da liberdade de expresión a través dunha das súas facultades que é a liberdade de investigar, pois a partir da mesma o particular potencia un dereito fundamental fortemente arraigado á consagrada liberdade.

As devanditas limitacións constituirán un marco xurídico claro, preciso e sobre todo orientado ao logro de obxectivos imperiosos e con finalidades claramente establecidas. Nese sentido entender estas limitacións como unha carta aberta para o lexislador ou para a administración sería un absurdo. Elas constitúen para a política de transparencia un papel protagonista sempre e cando se establezan baixo os estándares axeitados.

Unha das máis típicas limitacións da política de transparencia e do dereito de acceso á información ten que ver coa seguridade nacional e a seguridade pública. Nese sentido por exemplo a Lei de acceso á información pública gobernamental e de protección de datos persoais de México establece como información reservada o seguinte

Artigo 13. Como información reservada poderá clasificarse aquela cuxa difusión poida:

I. Comprometer a seguridade nacional, a seguridade pública ou a defensa nacional;

Como podemos observar aínda e cando o concepto se atopa referido na lei sería complexo que xa na práctica puideramos deixar ao arbitrio de calquera funcionario público a posibilidade de interpretar os conceptos de seguridade nacional e de seguridade pública pois ao mellor desde a súa perspectiva moita da información que el manexa puidera concibirse como información reservada por motivos de seguridade nacional ou seguridade pública.

1 Marco Xurídico Interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión, Relatoría especial para a liberdade de expresión, Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, OEA, 2010, p. 24.

Sabemos que o concepto de seguridade nacional e o de seguridade pública supoñen aspectos distintos, por tal motivo abordaremos nas liñas seguintes unha aproximación ao concepto de seguridade nacional e posteriormente distinguiremolo do de seguridade pública. Para cada un deles abordaremos como a política de transparencia impacta nos devanditos conceptos e como o dereito de acceso á información pode atopar resquicios para a súa acción.

Refire Ernesto Villanueva que a seguridade nacional é un destes conceptos dos que adoitan denominarse “conceptos xurídicos indeterminados”, é dicir, que teñen diversas significacións<sup>2</sup> e que por iso pode prestarse a confusións. Malia iso e en consecuencia do referido en liñas anteriores sobre a claridade e a precisión da lei en canto ás limitacións sobre as liberdades informativas, cómpre referir que o Estado debe darse á tarefa de xerar definicións que nos permitan establecer que debemos entender por seguridade nacional e como a mesma se pode ver ameazada pola revelación de determinada información.

No caso mexicano xa vimos que a lei de acceso á información nos refire que a información se pode clasificar como reservada cando comprometa a seguridade nacional. Nese sentido non define o concepto e moito menos pretende facelo. O certo é que o Estado Mexicano xera a través da Lei de Seguridade Nacional unha serie de ameazas que se ben é certo non inciden directamente na construción dun concepto si permiten aproximarnos a entender que tipo de actos poden constituir unha ameaza ao devandito concepto.

Nese sentido a referida Lei de seguridade nacional refire no seu artigo 5 as ameazas á mesma, entendendo por elas:

- I. Actos tendentes a consumir espionaxe, sabotaxe, terrorismo, rebelión, traición á patria, xenocidio, en contra dos Estados Unidos Mexicanos dentro do territorio nacional;
- II. Actos de interferencia estranxeira nos asuntos nacionais que poidan implicar unha afectación ao Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan ás autoridades actuar contra a delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar a unidade das partes integrantes da Federación, sinaladas no artigo 43 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos;
- V. Actos tendentes a obstaculizar ou bloquear operacións militares ou navais contra a delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra da seguridade da aviación;
- VII. Actos que atenten en contra do persoal diplomático;
- VIII. Todo acto tendente a consumir o tráfico ilegal de materiais nucleares, de armas químicas, biolóxicas e convencionais de destrución masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra da navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamento de accións e organizacións terroristas;

---

2 VILLANUEVA, “Dereito de acceso...” *op. cit.* p. LXXI.

- XI. Actos tendentes a obstaculizar ou bloquear actividades de intelixencia ou contraintelixencia, e
- XII. Actos tendentes a destruír ou inhabilitar a infraestrutura de carácter estratéxico ou indispensable para a provisión de bens ou servizos públicos.

De igual maneira, a referida Lei de seguridade nacional no seu artigo 51 permítenos aproximarnos a ela a partir do dereito de acceso á información e refire que, ademais das ameazaxa descritas con anterioridade, se considerará información reservada a seguinte:

- I. Aquela cuxa aplicación implique a revelación de normas, procedementos, métodos, fontes, especificacións técnicas, tecnoloxía ou equipos útiles, á xeración de intelixencia para a seguridade nacional, sen importar a natureza ou a orixe dos documentos que a consignent, ou;
- II. Aquela cuxa revelación poida ser empregada para actualizar ou potenciar unha ameaza.

Como referiamos con anterioridade, se ben é certo a lei non nos dota dunha definición sobre o concepto si nos aproxima a unha serie de actos (ameazaxa) e información, que constitúen unha ameaza á seguridade nacional. Nese sentido o Instituto Federal de Acceso á Información e Datos Personais elaborou os lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal, tratando de propoñer unha serie de variables nas cales o servidor **público puidese** establecer unha primeira aproximación á seguridade nacional.

Nese sentido os devanditos lineamentos refiren no artigo 18 que:

“A información clasificarase como reservada nos termos da fracción I do artigo 13 da Lei, cando se comprometa a seguridade nacional, isto é, cando a difusión da información poña en risco accións destinadas a protexer a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, a gobernabilidade democrática, a defensa exterior e a seguridade interior da Federación, orientadas ao benestar xeral da sociedade que permitan o cumprimento dos fins do Estado constitucional”<sup>3</sup>.

Baixo esta óptica observamos catro variables que alertan ao funcionario sobre a posible vulneración á seguridade nacional no revelado de información, que son a) a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, b) a gobernabilidade democrática, c) a defensa exterior e d) a seguridade interior da Federación;

Cada unha destas variables representa unha ameaza, dano ou vulneración á seguridade nacional en diversos aspectos. Nese sentido a primeira delas, que é a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, pode ser vulnerada a través de dúas accións, que son:

- a) Menoscabar ou lesionar a capacidade de defensa do territorio nacional, entendendo como tal o establecido no artigo 42 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, por outros estados ou suxeitos de dereito internacional, ou

<sup>3</sup> Lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal. Ao respecto, e xa de maneira sistemática, pódese consultar o Marco Teórico Metodolóxico do Instituto de Acceso á Información e Datos Personais do ano 2003.

- b) Quebrantar a unidade das partes integrantes da Federación sinaladas no artigo 43 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos<sup>4</sup>.

Sobre o particular o Marco teórico metodolóxico do IFAI refire como posibles exemplos de documentos que puidesen encadrarse nestes supostos os seguintes:

- a) Documentos con información sobre o despregamento táctico e operativo das forzas armadas no territorio nacional.
- b) Documentos con información sobre operacións militares e navais.
- c) Documentos con información que xere unha expectativa de dereito sobre o territorio nacional para un suxeito de dereito internacional<sup>5</sup>.

A este respecto paréceme oportuno agregar que a revelación de documentos deberá incluír as adquisicións, compras, alienacións ou contratacións que o Estado realice en materia de seguridade nacional, como por exemplo:

- a) Documentos con información sobre a contratación de equipo destinado a operacións militares ou de seguridade nacional con finalidade de defensa.
- b) Documentos con información dos provedores de equipo destinado a operacións militares ou de seguridade nacional con finalidade de defensa.
- c) Documentos con información sobre a construción de inmobles destinados á defensa da seguridade nacional.
- d) Documentos con información sobre provedores de insumos de inmobles destinados á defensa da seguridade nacional.

A segunda das variables que mencionan os lineamentos sobre seguridade nacional é a Estabilidade Institucional, que supón unha serie de accións que:

“poñen en risco as accións destinadas a protexer a estabilidade das institucións da Federación cando a difusión da información poida afectar a integridade física das máximas autoridades dos tres Poderes da Unión e dos órganos con autonomía constitucional, que no caso do Poder Executivo Federal son o Presidente dos Estados Unidos Mexicanos, os Secretarios de Estado e o Procurador Xeral da República”<sup>6</sup>.

Neste caso, o Marco teórico metodolóxico do IFAI refire como exemplos os seguintes casos:

- a) A revelación de datos persoais ou detalles sobre as actividades privadas das máximas autoridades dos poderes da Unión e os seus familiares.
- b) Información sobre determinadas rutas de transportación das autoridades; información persoal sobre aqueles que integran a súa escolta ou equipo de seguridade<sup>7</sup>.

---

4 *Idem.*

5 *Idem.*

6 *Idem.*

7 *Idem.*

A terceira das variables que contemplan os Lineamentos aos que vimos facendo referencia é a que ten que ver coa gobernabilidade democrática. Nese sentido establécese que se vulnera a seguridade nacional a través desta variable cando a información poida:

- a) Impedir o dereito a votar e a ser votado, ou
- b) Obstaculizar a celebración de eleccións federais<sup>8</sup>.

É claro que para esta variable, o obxecto de protección está cinguido aos asuntos electorais pois para efectos da consolidación democrática e a estabilidade das mesmas institucións democráticas é fundamental que non se vulneren os principios reitores desta. Nese sentido refírense como exemplos de vulneración á seguridade nacional os seguintes:

- a) A revelación de información que poida impedir a expedición de credenciais de elector ou que permita falsificalas
- b) A información que permita acceder ao sistema informático de contabilización de votos co propósito de alterar os resultados electorais<sup>9</sup>.

As dúas últimas variables propostas polos lineamentos teñen que ver coa defensa exterior e interior da Federación. Nese sentido entendemos que se pon en risco a defensa exterior cando:

“a difusión da información poida obstaculizar ou bloquear as accións de prevención ou defensa que leva a cabo o Estado Mexicano fronte a outros estados ou suxeitos de dereito internacional”.

A este respecto, considérase como un bo exemplo de información a protexer a seguinte:

- a) Información táctica ou estratéxica sobre as instalacións, proxectos e accións militares ou navais relacionadas co Plan DN-1 de Defensa e a Armada<sup>10</sup>.

Como xa referíamos, a última das variables é a relativa á defensa interior que se porá en risco cando, derivado da difusión da información, se poida:

- a) Obstaculizar ou bloquear operacións militares ou navais contra a delincuencia organizada;
- b) Obstaculizar ou bloquear actividades de intelixencia ou contraintelixencia;
- c) Menoscabar ou dificultar as estratexias ou accións contra a delincuencia organizada;
- d) Menoscabar ou dificultar as estratexias para combater a comisión dos delitos contra a seguridade da Nación, previstos no Código Penal Federal;
- e) Destruir ou inhabilitar a infraestrutura de carácter estratéxico a que se refiren os parágrafos cuarto e sétimo do artigo 28 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos;

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 *Idem.*

- f) Destruír ou inhabilitar a infraestrutura de carácter indispensable para a provisión de bens ou servizos públicos de auga potable, vías xerais de comunicación ou servizos de emerxencia, ou
- g) Obstaculizar ou bloquear accións tendentes a previr ou combater epidemias ou enfermidades exóticas no país segundo o disposto polo artigo 73 fracción XVI.2.a) da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos.

Sobre este particular refírense como exemplos os seguintes:

- a) Información sobre instalacións de dependencias con atribucións de seguridade interior.
- b) Información sobre testemuñas e informantes de actividades do crime organizado que estean ao servizo do Estado Mexicano.
- c) Información sobre as rutas de transportación de narcóticos e os operativos nelas.
- d) Plans para desarticular grupos dedicados ao narcotráfico, ao roubo de vehículos, lavado de diñeiro, contrabando de bens ou ao tráfico de persoas.
- e) Información sobre a operación de infraestrutura de telecomunicacións, a enerxía, os transportes, os sistemas de auga potable e os servizos de emerxencia, excluindo a relacionada cos custos e gastos de operación correntes, de adquisición ou de mantemento.
- f) Información detallada sobre operativos encubertos ou sorpresivos de erradicación e de intercepción (terrestre, aérea e anfibia) antinarcóticos e/ou o combate ao crime organizado.

Estas catro variables que nos formulan os lineamentos non deben significar unha carta aberta para o gobernante onde pretenda eludir o principio de máxima publicidade, pola contra, e en consecuencia dos estándares internacionais, constitúense como auténticas situacións excepcionais pois propóñense como aspectos que permiten preservar a estabilidade e integridade tanto da nación como das institucións que a protexen.

En practicamente todas as potestades delegadas do Estado, atoparemos información que colinde con estas variables e por iso, desde a construción do sistema, establécense unha serie de mecanismos de transparencia que buscarán non colindar con elas. Nese sentido, as chamadas “obrigas de transparencia” constitúen o réxime principal e xeral de todas as institucións públicas delegadas que compoñen o Estado.

As variables que vimos referindo, constitúen o réxime excepcional en materia de seguridade nacional e deben adecuarse e corresponderse á regra xeral do principio de máxima publicidade en tanto sexa posible. Sabemos que iso pode inclusive manifestarse ao momento da clasificación da información cando só algunha parte, algunha páxina ou algún parágrafo é o que contén información reservada, sendo nese momento a parte que quedará clasificada como reservada mentres que, todo o resto do documento, deberá ser entregado na chamada “versión pública”.

Nas páxinas posteriores falaremos de como estas vulneracións á seguridade nacional deberán plasmarse a partir dun elemento conceptual moi importante que é a chamada proba de



dano, onde poderemos propoñer unha elaboración axeitada de como consolidar este réxime de excepción sen a vulneración ao principio de máxima publicidade.

O segundo dos conceptos que tomamos a partir do artigo 13 da Lei Federal de Transparencia e Acceso á información pública e protección de datos persoais, é o referido á seguridade pública.

Por seguridade pública, en termos do artigo 21 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, debemos entender aquela función do Estado que comprenda prevención dos delitos, a investigación e persecución para facela efectiva, así como a sanción das infraccións administrativas. Esta función a cargo da Federación, os Estados, o Distrito Federal e os Municipios, estará orientada por diversos principios que son: legalidade, obxectividade, eficiencia, profesionalismo, honradez e respecto aos dereitos humanos<sup>11</sup>.

Sabemos tamén que a seguridade pública se distingue da seguridade nacional a partir do seu obxecto. Nese sentido entendemos que aquela ten como centro de protección os bens xurídicos de toda persoa que vive dentro do Estado<sup>12</sup>. Nese sentido a distinción atópase xustamente aí, pois a seguridade nacional ten un obxecto de estudo máis ambicioso que é o Estado e as súas institucións.

Nese sentido Jorge Fernández Ruiz refírenos que o concepto de seguridade pública:

“...constitúe unha expresión polisémica e anfibalóxica, dados os seus diversos significados e variadas interpretacións pois é o mesmo un dereito dos integrantes da poboación do Estado que unha actividade obrigatoria do Estado, cuxa realización garantirá o devandito dereito; sentido este último no que existe confusión na orde xurídica mexicana porque malia que se trata dunha función pública, erroneamente considéraselle tamén un servizo público...”<sup>13</sup>.

Pola súa parte Augusto Sánchez Sandoval refire que:

“A seguridade pública cumpre a función conservadora da orde social, con base nunha orde xurídica que controle o poder e norme as súas relacións cos cidadáns e destes entre si. É dicir, a existencia e permanencia dunha orde públic e dunha orde privada como condición necesaria para a vida social. Así a seguridade pública constitúese na manifestación da acción governamental, exercida para salvagardar a integridade, intereses e bens das persoas, e das entidades públicas e privadas”<sup>14</sup>.

Como podemos apreciar a seguridade pública engloba en si mesma a seguridade cidadá e a orde pública, isto debido ao sistema mixto que o noso país asumiu. Nese sentido Ignacio Carrillo refire que esta idea mixta é debida a que o noso sistema “xunto coas instancias policiais públicas concorren as de seguridade privada, que son complementarias e auxiliares

11 Artigo 21 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos.

12 Nese sentido o Marco Metodolóxico do IFAI do ano 2003 refírese a que se considerará vulnerada a seguridade pública cando a información revelada poña en perigo a integridade das persoas así como a orde pública.

13 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, “*Seguridad pública municipal*”, FUNDAP, México, 2003.

14 Cfr. SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, “*Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*”, INACIPE, México, 2000, p. 83

das primeiras e que non poden en forma ningunha entenderse substitutivas, polo que prevalecerá en materia de seguridade privada respecto da seguridade pública”<sup>15</sup>.

Ao igual que sucede coa seguridade nacional, a seguridade pública é abordada polos lineamentos de clasificación xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da Administración Pública Federal a través de dúas variables.

Nese sentido os devanditos lineamentos no seu artigo 19 refiren que se comprometerá a seguridade pública “cando a difusión da información poña en perigo a integridade e os dereitos das persoas, así como a orde pública”<sup>16</sup>.

A primeira variable será a integridade e dereitos das persoas. A devandita variable actualizarase cando a información outorgada permita:

- a) Menoscabar a capacidade das autoridades de seguridade pública para preservar e resgardar a vida ou a saúde das persoas;
- b) Afectar o exercicio dos dereitos das persoas, ou
- c) Menoscabar ou dificultar as estratexias para combater as accións delituosas distintas da delincuencia organizada.

Nese sentido o xa citado Marco teórico metodolóxico do IFAI refírenos como posibles exemplos ao outorgar información sobre:

- a) Investigacións sobre bandas do crime organizado.
- b) Accións futuras para controlar a actividade delinencial nunha zona xeográfica determinada.
- c) Información sobre auxilio a persoas ameazadas por algún perigo ou que foran vítimas dalgún delito.

A segunda das variables que se consideran en materia de seguridade pública é a orde pública, que poderá poñerse en perigo cando:

- a) Entorpecer os sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridade pública;
- b) Menoscabar ou dificultar as estratexias contra a evasión de reos;
- c) Menoscabar ou limitar a capacidade das autoridades para evitar a comisión de delitos, ou
- d) Menoscabar ou limitar a capacidade das autoridades encamiñadas a disuadir ou previr disturbios sociais que puidesen desembocar en bloqueo de vías xerais de comunicación ou manifestacións violentas.

Ao respecto dos exemplos da información que puidese poñer en perigo a orde pública serían:

---

15 Cfr. CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Policía y estado democrático de derecho”, PORRUA, México, 2004, p. 13.

16 “Lineamentos...”, *op. cit.* p. 19.

- a) Información obtida por intercambio das diferentes dependencias dedicadas á seguridade pública do país e que estea por producir a captura de integrantes de grupos delituosos.
- b) Información sobre os códigos de encriptación da Rede Nacional de Telecomunicacións e as súas frecuencias exclusivas para a seguridade pública.
- c) Información sobre o Centro Nacional de Información e Telecomunicacións (CNIT) ou C\$-Nacional, que alberga o sistema nacional de información e o Centro de control, Comando, Comunicación e Cómputo da Rede IRIS, permitindo o intercambio de información das bases de datos de maneira segura<sup>17</sup>.

Como podemos apreciar, o marco referencial para establecer o tipo de información que se encontra susceptible de ser clasificada con motivo de seguridade pública ou seguridade nacional, queda claramente definida non só polos supostos previstos pola lexislación da materia senón tamén polas normas explicativas e documentos de traballo que o órgano garante estableceu para a materia.

Unha vez que establecemos un marco conceptual referencial da política de transparencia e acceso á información e logo de ter abordado dous dos supostos de clasificación da información que máis comunmente se presentan, xa sexa na discusión académica ou xa sexa no labor ordinario do servizo público, pasemos a un seguinte apartado onde veremos como estas causas de clasificación poden presentarse no día a día do fluxo informativo a través da celebración de contratos públicos.

## 2 Transparencia e procedementos de contratación pública en materia de seguridade

Para efectos deste apartado decidimos establecer unha primeira diferenciación entre os procedementos licitatorios e os procedementos de adxudicación directa referindo en cada un deles os efectos da transparencia de cara aos aspectos de revelación de información en materia de seguridade.

### 2.1 Licitación pública

O primeiro dos procedementos dos que falaremos será a licitación pública como instrumento da administración para contratar bens e servizos.

Sinala Manuel Lucero que a licitación:

- a) É un procedemento, dado que se compón dunha serie de actos regulados polas normas administrativas.
- b) Ten como finalidade seleccionar á persoa, física ou xurídica, coa cal haberá de celebrar un contrato determinado a administración pública.

<sup>17</sup> Marco teórico... *op. cit.* p. 56.

c) Selecciona quen ofreceu as condicións máis vantaxosas para a administración pública<sup>18</sup>.

Pola súa parte Carlos Delpiazzo, refire que é:

“...un procedemento relativo ao modo de celebrarse determinados contratos, cuxa finalidade é a determinación da persoa que ofrece á Administración condicións máis vantaxosas; consiste nunha invitación aos interesados para que, suxeitándose a unhas determinadas bases, chamadas pregos de condicións, formulen propostas das cales a Administración selecciona a máis vantaxosa, e todo o procedemento inspírase para acadar a finalidade buscada, nos principios de igualdade e cumprimento estrito ao prego”<sup>19</sup>.

Nese sentido, refire Luis José Béjar, existen diversos principios que irradian a este procedemento como son a publicidade, a concorrencia, a igualdade, a transparencia e a oposición<sup>20</sup>, todos eles destinados ao pertinente desenvolvemento do procedemento que non só ten como finalidade a contratación do ben ou servizo determinado senón tamén que a Administración e, en último caso o Estado, demostre a optimización de recursos na contratación dos referidos insumos.

Para o caso que nos ocupa centrarémonos en dous dos principios referidos, por un lado no principio de publicidade e por outro no principio de transparencia.

O principio de publicidade deste tipo de procedementos atopa o seu asento conceptual vinculado á tarefa primixenia do estado democrático. Queda claro que un dos elementos matrices deste tipo de Estados é a publicidade dos seus actos, entendida esta como a capacidade comunicativa que ten o Estado de nutrir o espazo público<sup>21</sup>, é dicir, que mediante o principio de publicidade dos actos os Estados son susceptibles non só de coñecemento senón de crítica racional que permite unha axeitada valoración da toma de decisións<sup>22</sup>.

O proceso licitatorio encóntrase impregnado da devandita publicidade pois o obxecto do mesmo será que sexa coñecido para a posible participación de quen desexe participar, así como que as propostas recibidas pola Administración Pública sexan coñecidas por todos para avaliar que a elección que se fixo para unha determinada adquisición dun ben ou servizo obedece á lóxica de optimización de recursos e mellora na calidade do ben ou servizo de que se trate.

Este principio de publicidade abeira á administración pública a iso: a elixir axeitadamente na maior vantaxe para ela. Esta publicidade deberá ser concretada a través da difusión da convocatoria, bases, procedemento e, en xeral, toda a información que a mesma lei indique e enche o carácter publicitario que a rodea. Non perdamos de vista que o principio de publicidade orienta esta difusión tendo dúas finalidades claramente definidas que son, por un lado, a capacidade de coñecemento do cidadán respecto á elección que levará a cabo a

18 Cfr. LUCERO, Manuel, “*La licitación pública*”, 2ª ed. México, Porrúa, 2002, p. 9.

19 Cfr. DELPIAZZO, Carlos, “*Contratación administrativa*”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, p. 119.

20 Cfr. BEJAR, Luis José, “*Curso de Derecho Administrativo*”, NOVUM, México, 2012, pp. 294 e ss.

21 Cfr. TENORIO CUETO, Guillermo, “*Derecho a la información*”, Porrúa, México, 2009, p. 26.

22 *Idem*.

administración pública e, polo outro, a lexitimidade mesma do procedemento de cara aos concursantes.

Hai autores como Juan Carlos Cassagne que fusionan este principio de publicidade co de transparencia<sup>23</sup>, aínda que para efectos deste traballo seguiremos a distinción, a efectos de amosar un carácter diferenciador entre un e outro.

A licitación pública tamén está impregnada do principio de transparencia, é dicir, que non só se atega dunha publicidade que permite aos concursantes participar nela e observar que o procedemento se encha axeitadamente senón que permite ao cidadán entender a lóxica do Estado en canto á canalización e optimización dos recursos que se empregan para a substanciación do procedemento así como a contratación de bens e servizos.

O proceso licitatorio vólvese transparente e susceptible de acceso á información a partir da natureza propia do mesmo procedemento. É importante salientar que, como xa dixemos, tampouco o principio de transparencia se manifestará como un absoluto nestes procedementos, pola contra atopará limitacións á difusión da información que emane del. Estas limitacións correrán a sorte da política de transparencia prevista na lei. Nese sentido poderase clasificar información derivada dun proceso licitatorio cando a devandita información vulnere os supostos da lei que falan de información reservada ou ben cando existan datos que poidan ser considerados como confidenciais. Nun e outro caso a administración pública deberá ou ben clasificar a información como reservada, ou xerar unha versión pública suprimindo os datos comprometedores.

O relevante do principio de transparencia nos procedementos licitatorios é non perder de vista que o que existe como fundamento deste principio é que a información aí contida é un asunto de interese público<sup>24</sup> polo que é medular facer vivir o principio de máxima publicidade iso sen detrimento da axeitada vivencia das excepcións formuladas.

A transparencia manifestarase neste tipo de procedementos a través da divulgación dos contidos esenciais do procedemento, do monto do asignado, dos participantes, da substanciación do procedemento, das irregularidades do mesmo, da asignación do contrato así de como os termos do mesmo en tanto non se vulneren as excepcións referidas.

Como podemos apreciar o procedemento licitatorio debe permitir, pola súa natureza propia, a publicidade e a transparencia permitindo levar ao límite o principio de máxima publicidade pero sobre todo destacando o interese público da asignación de recursos da administración pública podendo con iso ter un mellor control no destino dos recursos públicos.

## 2.2 Adjudicación directa

O segundo dos procedementos que imos tratar é o da adjudicación directa como un segundo mecanismo onde a Administración pode adquirir bens ou servizos.

Refire Jorge Fernández Ruiz que:

23 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", 3ª ed. ABELEDO PERROT, Argentina 2009.

24 Cfr. LUNA PLA, Issa, "Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática", TEPIF, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.

“Enténdese por contratación directa ou adxudicación directa dun contrato administrativo, a designación dun cocontratante por parte da administración pública sen mediar unha licitación pública ou privada da que se deduza de maneira directa o cocontratante específico”<sup>25</sup>.

Pola súa parte Carlos Delpiazzo ao referirse a este tipo de contratacións refírenos que elas tamén son:

“unha manifestación do sistema de restrición, porque está regulada e prefigurada como un mecanismo excepcional; só pode verificarse en determinadas hipóteses, que son as que prevé expresamente a lei”<sup>26</sup>.

Como podemos apreciar a contratación ou adxudicación directa dun contrato para a adquisición de bens ou servizos constitúe en principio un réxime excepcional do sistema de contratación pública, sendo este sistema un dos máis controlados por parte do mesmo Estado<sup>27</sup>.

É evidente que este tipo de contratación xera certo conflito e tensión entre as diversas posturas respecto ao mesmo. É claro que hai os que apoian este tipo de contratos aducindo que se poden “celebrar con oportunidade, obviarse trámites burocráticos pesados que impiden a adopción de decisións rápidas, oportunas e eficaces”<sup>28</sup>.

Pola contra, existen detractores a este tipo de contratacións pois se argumenta “non só a corrupción propiciada pola ampla marxe de discrecionalidade do servidor público facultado para adxudicalo senón o encarecemento do prezo derivado da ausencia de concorrencia e por ende de competencia entre potenciais oferentes”<sup>29</sup>.

O anterior serve para evidenciar que o tema da adxudicación directa resulta polémico incluso dentro dos mesmos especialistas da contratación administrativa e resulta aínda máis complexo cando se analiza desde a óptica dunha política de transparencia e acceso á información.

Viñemos sinalando que o dereito de acceso á información e a política de transparencia non constitúen dereitos absolutos para o cidadán, nin obrigas absolutas para o Estado e referenciamos que ao menos os estándares internacionais en materia de liberdades informativas nos refiren un claro “test tripartito”<sup>30</sup> para establecer estas limitacións.

Este chamado “*Test Tripartito*” recoñece que en materia de liberdades informativas existen limitacións e as mesmas deben:

- a) Establecerse mediante leis redactadas de maneira clara e precisa.
- b) Estar orientadas ao logro de obxectivos lexítimos

---

25 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, *op. cit.* p. 209.

26 Cfr. DELPIAZZO, *op. cit.* p. 84.

27 Cfr. RUÍZ GARCÍA, Laura, “*Contratos Administrativos*”, FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2010, p. 186.

28 Cfr. FERNÁNDEZ RUÍZ, *op. cit.* p. 209.

29 *Idem*.

30 Marco Xurídico Interamericano... *op. cit.* p. 24.

- c) Ser necesarias nunha sociedade democrática para o logro dos fins imperiosos que perseguen, estritamente proporcionadas á finalidade que buscan e idóneas para acadar o obxectivo imperioso que pretenden<sup>31</sup>.

Para o caso que nos ocupa viñemos entendendo que estas limitacións ao dereito de acceso á información e á política de transparencia segue a mesma sorte deste chamado *test* non só en función do estándar internacional senón da adopción do mesmo a través da Suprema Corte de Xustiza da Nación<sup>32</sup> a través da resolución dalgúns casos na materia.

Todo o anterior é relevante para o punto de partida da nosa análise sobre o tema da adxudicación directa. É claro que en materia de transparencia e acceso á información as limitacións aos mesmos conceptos deberán estar claramente establecidos na lei, orientadas ao logro de obxectivos lexítimos e ser necesarias para o logro de obxectivos imperiosos que se buscan.

Cando impregnamos do principio de transparencia á adxudicación directa, esta non supón un exercicio arbitrario da administración pois en principio deberá incluír todos e cada un dos principios da contratación pública e só por excepción deberá suprimir o principio de transparencia e acceso á información en virtude da natureza da mesma.

Nese sentido a Lei de Adquisicións, Arrendamentos e Servizos do Sector Público prevé na súa normativa as causas nas cales a administración pública debe xerar a contratación a través da adxudicación directa e en materia de seguridade fai fincapé en que a devandita adxudicación nin sequera debe ser susceptible a algún comité de adquisición en función da protección da información que nese suposto podería comprometer a mesma seguridade.

Agora ben, mesmo neste suposto podería pensarse que a marxe de discrecionalidade é total para o funcionario e que en prol da devandita discrecionalidade podería comprometer recursos públicos sen ter maior grao de responsabilidade ou ben sen apegarse en nada aos principios democráticos do Estado de Dereito. Isto é incorrecto en función do seguinte.

Como viñemos referindo nos apartados anteriores, a política de transparencia e acceso á información réxense baixo o principio de máxima publicidade, incluída a información que adoita clasificarse como reservada. Isto significa que aínda e cando establezamos un período de reserva non significa que a información nunca poderá ser pública ou do dominio público, pola contra, significa que a información en cuestión ingresa a unha especie de “limbo publicitario” onde permanecerá o tempo de reserva.

Algúns autores refiren que:

“Como se veu sostendo esta reserva é unha mera excepción do principio de máxima publicidade. A reserva non é consecuencia dunha marxe de arbitrariedade, nin tampouco significa solapar a discrecionalidade. Tampouco implica un redución de arbitrariedade onde o funcionario se refuxia para encubrir a súa actuación. A razón da fundamentación e da motivación para a reserva da información supón aniquilar esas prácticas nocivas para o exercicio democrático da transparencia. O servidor público está obrigado a

31 *Idem*.

32 Desde o ano 2009 a Suprema Corte de Xustiza da Nación recibiu e adoptou os estándares internacionais en materia de liberdade de expresión como é o famoso caso A xornada vs Letras Libres. Amparo Directo 28/2010 que coñeceu a Primeira Sala da Suprema Corte de Xustiza da Nación.

referir o prexuízo que a revelación da información suporá para a comunidade ou a supervivencia do Estado. Esta información que se reserva nada ten que ver cos *arcana imperii* da antigüidade, pola contra, a reserva de información impacta sobre cuestións públicas e a súa condición de reservada non supón unha crecente condición de poder respecto ao que descoñece a información”<sup>33</sup>.

As adquisicións directas en materia de seguridade pública ou nacional non supoñen unha inhabilitación da política de transparencia, pola contra, perfeccionan o sistema propoñendo unha serie de valores comunitarios que deben ser protexidos antes da revelación da información. A devandita información só agarda un tempo maior para poder ser difundida.

Como sabemos o réxime da adxudicación directa, en termos do artigo 134 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, debe ser considerado como un réxime excepcional en toda a administración insistindo en que tampouco supón un réxime arbitrario tratándose da materia de seguridade en función do obxecto e natureza mesma da información a resgardar.

Para o caso que nos ocupa é relevante sinalar que o funcionario público que se move polos temas de clasificación da información por motivos de seguridade nacional ou seguridade pública, non só se apoia na lexislación, senón que debe realizar un auténtico estudo que respalde a súa actuación para poder encadrarse nos supostos normativos. Este estudo normalmente establece o dano que presente, probable e específico, que pode causarse pola revelación da información.

Só como corolario do presente apartado pagaría a pena volver insistir en que tanto a licitación pública como a adxudicación directa en materia de seguridade nacional ou seguridade pública non se evaden da política de transparencia. O funcionario público e os órganos garantes deben traballar concienciadamente en permitir ao cidadán a información cando esta sexa oportuna e pertinente, gardar racionalidade no gasto e xerar documentos sustentados e razoables onde se explique claramente a causa da reserva da información.

A esta explicación denominaráselle “proba de dano” da que nos ocuparemos no seguinte apartado.

## 3 A proba de dano

### 3.1 Marco conceptual sobre “dano” en materia de transparencia e acceso á información

O concepto dano podémolo rastrexar desde o dereito romano onde “*Damnum*” significaba “a perda que sofre un propietario por detrimento dunha cousa que lle pertence”<sup>34</sup>. Pola súa parte, a Real Academia Española de la Lengua refire este concepto como: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Este concepto de dano penetrou na cultura de transparencia e acceso á información de diferentes maneiras nas políticas da materia en todos os países que posúen normativa

---

33 Cfr. TENORIO, *op. cit.* p. 66.

34 D'ORS, Álvaro, “*Derecho privado romano*”, EUNSA, Navarra, 1983, p. 426.



reguladora do tema. Para efectos do noso apartado o concepto de dano estará vinculado ao menoscabo, detrimento, e prexuízo que se pode causar á cousa pública pola revelación dunha información que debe ser reservada.

O anterior lévanos a propoñer se a información en mans do Estado, que por esencia debe ser pública, pode ser susceptible de causar dano ao mesmo Estado. A resposta é afirmativa e debería ampliarse a entender que a revelación da información non só pode nalgunhas ocasións causar dano ao Estado ou ao goberno en turno, senón tamén a revelación da información pode causar un dano a particulares.

O dano a causar deberemos analízalo desde as dúas perspectivas da clasificación da información. Por un lado respecto á información reservada e polo outro respecto á información confidencial.

É evidente que respecto a esta segunda a proba de dano é claramente definida e circunscrita á protección dun valor determinado que é a protección dos dereitos da personalidade, en concreto a vida privada, a través de datos ou datos sensibles que son de exclusivo manexo do individuo do que emanan<sup>35</sup>.

Nese sentido a revelación dos datos persoais cobran unha capital importancia e identificación no manexo da información. O dano causado polo outorgamento dela é evidente e concreto. De calquera maneira, a lexislación en materia de transparencia no caso mexicano establece unha serie de instrucións en materia de protección de datos en posesión dos suxeitos obrigados que os faculta e os obriga en materia da información considerada como confidencial.

O segundo dos supostos é o dano que se causa no caso da información reservada. A diferenza do acontecido no caso da información confidencial, os bens xurídicos protexidos non son tan doadamente identificables. Se ben é certo que falamos dun dano ao Estado, este é difícil de construír aínda e cando se apele aos conceptos de seguridade que é onde radicaremos a análise.

O dano en materia de información reservada e, en concreto, a proba de que se causará algún dano pola revelación da información, nin sequera é materia da mesma lei. Nese sentido Sergio López-Ayllón e Alejandro Posadas refíren que “aínda que a lei non establece explicitamente unha proba de dano, esta derivase implicitamente da linguaxe do artigo 13”<sup>36</sup> da lexislación e da súa exposición de motivos, onde ao referirse á información reservada faise referencia ao elemento de dano<sup>37</sup>.

Nese sentido, o regulamento da lei, no seu artigo 27, xa establece unha obriga de establecer e referir, ao momento de clasificar a información, a consideración de dano que causaría a difusión da información. Ao respecto refírese o devandito artigo:

35 Xa a Lei de Acceso á Información Pública Governamental no seu artigo 3 refírese que os datos persoais son: “Calquera información concernente a unha persoa física identificada ou identificable”.

36 Cfr. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, POSADAS, Alejandro, “*Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*”, en Derecho Comparado de la Información, xaneiro-xuño de 2007, IJ-UNAM, México, 2007, p. 31.

37 *Idem*.

Artigo 27. Ao clasificar expedientes e documentos como reservados ou confidenciais, os titulares das unidades administrativas deberán tomar en consideración o dano que causaríaa a súa difusión aos intereses tutelados nos artigos 13, 14 e 18 da Lei.

Como podemos apreciar, a clasificación de expedientes non é unha tarefa arbitraria do funcionario público, pola contra, o mesmo regulamento imponlle unha serie de obrigas e unha delas é establecer na clasificación a consideración de dano que ocasionaría a revelación da información.

De igual maneira os lineamentos de clasificación xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da Administración Pública Federal, no seu artigo 8º, refiren o tema da proba de dano e obrigan ao servidor público, no momento de clasificar a información, a establecer o seguinte:

Oitavo. Ao clasificar a información con fundamento nalgunha das fraccións establecidas no artigo 13 da Lei, non será suficiente que o contido da mesma estea directamente relacionado coas materias que se protexen no devandito artigo, senón que deberá tamén considerarse a existencia de elementos obxectivos que permitan determinar se a difusión da información causaríaa un dano presente, probable e específico aos intereses xurídicos tutelados polo devandito precepto.

Da lectura deste artigo despréndense varios elementos a considerar. O primeiro deles, a existencia de elementos obxectivos que permitan determinar se a difusión da información causaríaa un dano, e posteriormente o mesmo artigo refire se a devandita revelación causaríaa un dano con diversas características, a saber: presente, probable e específico.

É claro que o espírito da política de transparencia é irradiar o principio de máxima publicidade e con iso, mesmo nos casos de excepción, xerar un dique á arbitrariedade da opacidade. Nese sentido quen clasifique a información deberá, clara e obxectivamente, detectar o dano que pode xerar a difusión da información.

### 3.2 Dano presente

Como vimos mencionando, a obxectividade na detección do dano deberá vir acompañada da materialización do impacto da información. Así pois terase que especificar de que maneira a revelación da información afecta directa e actualmente á seguridade pública ou seguridade nacional.

Por dano presente deberemos entender ese menoscabo, detrimento ou prexuízo que a revelación da información causa polo simple feito de ser revelada. É dicir, que non supón unha especulación teórica sobre o dano, pola contra, quen clasifica a información de inmediato sabe que a mesma actualiza e xera unha situación de alarma respecto á súa difusión.

O dano presente deberá redactarse nesa clave, asumindo de inmediato a vinculación obxectiva cos supostos normativos, establecendo un marco xeral do dano sobre a información a revelar. Esta descrición deberá conter ao menos o seguinte:

- a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.

- b) Impacto do acto que xera a información na seguridade.
- c) Impacto da revelación da información na operatividade da seguridade.

### 3.3 Dano probable

A diferenza do dano presente, o chamado dano probable incide directamente na suposición, non especulativa senón dedutiva, dun menoscabo ou detrimento á seguridade pública ou seguridade nacional alertando, quen clasifica a información do “torrente” de problemas, coas súas respectivas consecuencias, que suscitaría a revelación da información.

Por dano probable debemos entender esa aproximación futura a partir dos elementos que a realidade me está a indicar. O dano probable vincúlase cunha actividade prudencial do funcionario que lle permite observar as consecuencias seguras deducidas do estudo da actualidade e observar os efectos negativos da revelación da información.

A diferenza do que acontece co dano presente, o dano probable deberá redactarse en signo de alerta e versará fundamentalmente sobre consecuencias e efectos. Nese sentido, o devandito dano deberá redactarse contendo polo menos o seguinte:

- a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.
- b) Efectos que causará a revelación da información en materia de seguridade.
- c) Impacto consecucional da revelación da información.
- d) Diminución da seguridade en función do acto que xera a clasificación da información.

### 3.4 Dano específico

A última das características que presenta o tratamento do dano é a que versa sobre o dano específico. Xa vimos nas dúas anteriores como se fala dunha especie de dano xeral, outra de dano futuro e faltaríanos unha terceira sobre o dano concreto para pechar o marco obxectivo na xeración do dano.

En consecuencia diso establécese a idea de dano específico, que significa non só establecer un marco xeral e unhas consecuencias a futuro, senón que significa o establecemento da institución concreta onde recaerá o dano. Con iso quen clasifica a información deberá detallar onde do Estado especificamente, se xera o dano.

A diferenza dos dous anteriores, o dano específico deberá redactarse tendo como obxectivo esa concreción en canto institución que deba ser protexida pola seguridade pública ou nacional ou o aspecto societario que busque protexerse. Este tipo de dano deberá redactarse tendo en consideración o seguinte:

- a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.
- b) O órgano do Estado, dependencia do goberno ou entidade social que busca protexerse.



- c) Persoa ou persoas ás que se pode causar dano (non se busca establecer os nomes, búscase entender que coa revelación da información certos servidores públicos, por poñer un exemplo, atoparíanse en situación de vulnerabilidade).
- d) As funcións do goberno que poderían verse afectadas ou diminuídas.

Como podemos apreciar, a proba de dano non supón un exercicio arbitrario en materia de seguridade, senón que pola contra queda suxeita a un réxime de motivación exhaustiva para probar a gravidade da revelación da información.

## 4 Breve referencia ao modelo español

A partir da Lei 19/2013 publicada no *Boletín Oficial do Estado* o martes 10 de decembro do 2013, a Administración pública española encóntrase sometida a un marco xurídico que regula a transparencia administrativa e o dereito de acceso á información. Iso non supón que o sistema español fose opaco e discrecional, pola contra existían xa diversas normas no seu ordenamento que cominaban a un tipo de transparencia.

A lei publicada en realidade tería un triple alcance, así o refire o seu Preámbulo:

“...incrementar e reforzar a transparencia na actividade pública,... recoñecer e garantir o acceso á información,...e establecer as obrigas de bo goberno que deben cumprir os responsables públicos”<sup>38</sup>.

Nese sentido, e ao igual que noutras latitudes onde se incorporan mecanismos de transparencia e acceso á información, existe como idea principal que a transparencia sexa o eixe fundamental de toda acción política<sup>39</sup>. Así, incorpóranse á lei de maneira inmediata tanto os suxeitos obrigados pola mesma, é dicir, as autoridades públicas suxeitas a esta lexislación, así como as chamadas obrigas de transparencia que condicionan o actuar daquelas autoridades.

Como sucede con calquera ordenamento que teña por obxecto a regulación da transparencia e o dereito de acceso á información, a lexislación española tamén observa o tema non de maneira absoluta senón con limitacións. Nese sentido, e toda vez que o presente traballo ten como obxectivo puntualizar sobre o exercicio da proba de dano en materia de seguridade pública e seguridade nacional, é imperante dicir que a lexislación establece límites ao devandito exercicio.

Así pois a lexislación española enumera doce limitacións ao exercicio do dereito de acceso no seu artigo 14. Nestas limitacións, e como sucede con este tipo de lexislacións, atopamos os casos da seguridade pública e a seguridade nacional. De inmediato atopamos no apartado 2 do devandito artigo a precisión sobre a aplicación de límites ao referir a lei que “... a aplicación de límites será xustificada e proporcionada ao seu obxecto e finalidade de protección e atenderá as circunstancias do caso concreto, especialmente a concorrencia dun interese público ou privado superior que xustifique o acceso”<sup>40</sup>.

---

38 BOE do martes 10 de decembro de 2013, p. 97923.

39 *Idem*.

40 *Idem*.

A pregunta que brota de inmediato na lectura do devandito numeral é saber ata onde a aplicación de límites abre a porta ao Estado para que a súa debida xustificación camiñe pola canle axeitada dunha auténtica política de transparencia ou ben, pola contra, é un pretexto para abrir a porta ao ámbito discrecional.

Iso cobra sentido en función de que a mesma lei non explicita cal deberá ser o camiño polo cal o funcionario que teña que dar a negativa de información poida transitar. Limitarase a unha mera xustificación vaga?, a que se refire a lei con proporcionada ao seu obxecto e finalidade? En realidade a lei, como sucede noutros países, asume a postura de límites pero non clarifica a forma da xustificación. Será suficiente unha simple mención de protección á sociedade? Ou será suficiente referir que a información dana a seguridade nacional?

Aí cobra especial interese esta noción de “proba de dano”. Ela será un elemento de capital importancia para a construción argumentativa do funcionario público para xustificar a decisión de reservar a información, é dicir, de non dala a coñecer por algunha das causas previstas na lei.

Como se referiu ao longo do traballo, o funcionario español que negue a información deberá de xustificar a partir dun dano que notoriamente se amosa de maneira probable, de maneira específica ou de maneira presente. Iso non só lle dará un mellor desenvolvemento á política de transparencia senón que lexitimará de maneira significativa a resposta da administración que nega o acceso á información.

## 5 Conclusións

Un sistema de transparencia e acceso á información non debe propiciar un sistema de discrecionalidade para a administración pública, pola contra, no marco da lei, debe auspiciar un marco onde se promova o acceso á información procurando o san equilibrio entre o público e o reservado

A seguridade pública e a seguridade nacional preséntanse como dúas excepcións ao principio de transparencia administrativa. Estas excepcións, que promoven reservar a información co ánimo de vincularlas a valores colectivos de maior calado, non significan para o sistema un acto de discrecionalidade, pola contra, as negativas de información ao cidadán respecto a estas excepcións, deberán estar claramente fundadas e motivadas.

En materia de contratación pública estas excepcións, a partir do principio da proba de dano que todo funcionario do Estado deberá propoñer, potencian a axeitada vivencia da política de transparencia e lexitiman a resposta negativa de acceso á información á cidadanía.

A excepcionalidade non supón un exercicio de discrecionalidade nin arbitrariedade, pola contra estas excepcións permiten ao Estado un axeitado funcionamento en prol da protección do interese xeral, pero en materia de transparencia e acceso á información cómpre fixar que estas excepcións deberán xustificar a súa natureza a partir do dano causado á sociedade a algún terceiro.



## 6 Bibliografía

- ARELLANO GAUULT, David e LEPORÉ, Walter, "Reformas de transparencia: Hacer endógena la transparencia organizacional. El caso de México" en Foro Internacional, Vol. 49, núm. 2 (Apr-Jun 2009) / <http://www.jstor.org/stable/27755808>.
- "Derecho de la información", EUNSA, 1997, Navarra, España.
- ARENA, G, "Transparencia administrativa y democracia", en Revista Vasca de administración pública, núm. 37, 1993.
- BEJAR, Luis José, "Curso de Derecho Administrativo", NOVUM, México, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", 3ª ed. ABELEDO PERROT, Argentina 2009.
- COTINO, Lorenzo, "Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución europea y en la realidad de su ejercicio".
- DELPIAZZO, Carlos, "Contratación administrativa", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, p. 119.
- DESANTES GUANTER, José María, "Derecho a la Información", COSO, España 2004.
- DIEZ PICAZO, Luis María, "Sobre secretos oficiales", CIVITAS, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "El derecho de acceso a los documentos administrativos", Marcial Pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Seguridad pública municipal", FUNDAP, México, 2003.
- FERRIZ SÁNCHEZ, Remedios, "El derecho a la información", COSMOS, Valencia, 1974.
- FOX, Jonathan, "Transparencia y rendición de cuentas", en ACKERMAN, John, "Más allá del acceso a la información", SIGLO VEINTIUNO EDITORES.
- "The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability", Development in Practice, Volume 17, Numbers 4-5, August 2007.
- HERNÁNDEZ VALDEZ, Alfonso, "¿Qué es y para qué sirve la transparencia?", Recta Ratio, ano 1, núm. 2, (xaneiro-xuño, 2005).
- KOPITS George (2000), "Calidad de gobierno: Transparencia y responsabilidad", BID, Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe, Buenos Aires, Argentina.
- LOPÉZ AYLLÓN, Sergio, POSADAS, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada". en Derecho Comparado de la Información, xaneiro-xuño de 2007, IIJ-UNAM, México, 2007.
- LUCERO, Manuel, "La licitación pública", 2ª ed. México, Porrúa, 2002.

- e RIOS GRANADOS, Gabriela; “Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México”; 2010.
- “Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática”, TEPJF, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.
- MERINO, Mauricio, “La transparencia como política pública”, en ACKERMAN, John, “Más allá del acceso a la información”, SIGLO XXI, México, 2008.
- ORNELAS NUÑEZ, Lina, “Acceso a la información en el Poder Ejecutivo Federal”, Cfr. CONCHA CANTU, Hugo et. ao, “Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información”, IJ-UNAM, México, 2005.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, “Estado y Transparencia: un paseo por la filosofía política”, IFAI-Cuadernos de Transparencia 04, México, 2007.
- RUIZ GARCÍA, Laura, “Contratos Administrativos”, FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2010, p. 186.
- SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, “Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional”, INACIPE, México, 2000, p. 83.
- SORIA, Carlos, “Ética y empresa informativa”, en Veracidad y objetividad. Desafíos éticos en la sociedad de la información, COSO, Valencia, 2003.
- TENORIO CUETO, Guillermo, “El Derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión”, Porrúa, México 2010,
- “La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental”, en BEJAR RIVERA, Luis José (coord.) “Derecho Administrativo. Perspectivas contemporáneas”, PORRUA-UNIVERSIDAD PANAMERICANA, México, 2010.
- UVALLE, Ricardo, “Fundamentos éticos, políticos y técnicos de la transparencia”, en Revista de Administración Pública, núm. especial, vol. XLIII, setiembre-diciembre, Nueva Época, 2008.
- VERGARA, Rodolfo, “La transparencia como problema”, IFAI, Cuadernos de transparencia núm. 05, México, 2005.
- VILLANUEVA, Ernesto, “Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica”, IJ-UNAM, México, 2003.

regap



ESTUDIOS E NOTAS

## 7 Outras fontes

1. Acordo xeral da comisión de transparencia, acceso á información pública gubernamental e protección de datos persoais da Suprema Corte de Xustiza da Nación, do 9 de xullo de 2008 relativo aos órganos e procedementos para tutelar no ámbito deste tribunal os dereitos de acceso á información, á privacidade e á protección de datos persoais garantidos no artigo 6º. Constitucional.

2. Convención Americana sobre os dereitos humanos.
3. Lei de responsabilidade civil para a protección do dereito á vida privada, á honra e á propia imaxe no Distrito Federal
4. Lei federal de transparencia e acceso á información pública governamental.
5. Marco Xurídico Interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión, Relatoría especial para a liberdade de expresión, Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, OEA, 2010, p. 24.
6. Lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal. Ao respecto, e xa de maneira sistemática, pódese consultar o Marco Teórico Metodolóxico do Instituto de Acceso á Información e Datos Persoais do ano 2003.