

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

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

DR. GUILLERMO A. TENORIO CUETO

Secretario académico del posgrado en Derecho de la Universidad Panamericana (México)

Catedrático de Derecho a la Información

Teoría Política en la Escuela de Comunicación y en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

Autor de diversos libros y artículos especializados en materia de libertades 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. Seguridad nacional y seguridad pública. 2. Transparencia y procedimientos de contratación pública en materia de seguridad. 2.1 Licitación pública. 2.2 Adjudicación directa 3. La prueba de daño. 3.1 Marco conceptual sobre "daño" en materia de transparencia y acceso a la información. 3.2 Daño presente. 3.3 Daño probable. 3.4 Daño específico. 4. Breve referencia al modelo español. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Otras fuentes.*

## 0 A manera de breve introducción

El presente trabajo tiene como finalidad recorrer los caminos de la transparencia administrativa a partir de la contratación pública y de las excepciones a ese principio. Sabemos que la transparencia, dentro del marco de las libertades informativas, perfecciona el sistema democrático dotando de información al ciudadano de un adecuado ejercicio en lo público.

En ese sentido propongo este tema asumiendo de inicio que como sucede con otros derechos y obligaciones derivados de los estándares internacionales de las libertades informativas no debemos movernos por absolutos siendo que dichos derechos admiten excepciones. Ese es el caso de la seguridad pública y de la seguridad nacional.

Estas excepciones no suponen la arbitrariedad o la discrecionalidad de la autoridad, sino que suponen un ejercicio adecuado de la responsabilidad del Estado al momento de contratar. Para efecto de las negativas de la información proponemos un sistema fundamentado en la llamada "prueba de daño", donde el Estado pueda materializar una adecuada fundamentación y motivación respecto a las negativas de la información.

El estudio se focaliza en el ordenamiento jurídico mexicano pero es exportable a cualquier realidad jurídica que haya incorporado un sistema de transparencia administrativa o un derecho de acceso a la información. La llamada "prueba de daño" no es privativa del caso de México y puede ayudar mucho en la construcción de un sistema no discrecional de acceso a la información pública.

De igual manera el estudio trata de situarse en el marco jurídico internacional de protección a los derechos humanos para la justificación de la llamada "prueba de daño" con lo cual, desde nuestro particular punto de vista, hace más asequible la radicación de la misma en sedes nacionales. Se ha tomado el caso del sistema interamericano de derechos humanos el cual participa activamente en materia de libertades informativas con el sistema europeo.

## 1 Seguridad nacional y seguridad pública

Es imperante señalar que una política de transparencia acompañada de la necesaria creación del derecho de acceso a la información pública no supone un ejercicio absoluto, es decir,

que este tipo de políticas y de derechos tienen algunas limitaciones las cuales deben estar establecidas adecuadamente en el marco constitucional así como en la legislación secundaria.

En materia de libertades informativas hablamos del test tripartito establecido por el estándar internacional de derechos humanos donde se refiere que estas limitaciones deben estar claramente previstas por la legislación y las mismas deben ser claras y precisas para establecerse como un límite al ejercicio del derecho cuidando preponderantemente las ambigüedades o las inexactitudes.

En ese sentido el marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión que publica la relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de derechos humanos, establece que:

“Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”<sup>1</sup>.

Cobra especial sentido señalar que estas limitaciones a la libertad de expresión engloban a todo el sistema de las libertades informativas incluido el derecho de acceso a la información y por consiguiente la política de transparencia. Como sabemos, para el sistema interamericano el derecho de acceso a la información forma parte integral de la libertad de expresión a través de una de sus facultades que es la libertad de investigar, pues a partir de la misma el particular potencia un derecho fundamental fuertemente arraigado a la consagrada libertad.

Dichas limitaciones constituirán un marco jurídico claro, preciso y sobre todo orientado al logro de objetivos imperiosos y con finalidades claramente establecidas. En ese sentido entender a estas limitaciones como una carta abierta para el legislador o para la administración sería un absurdo. Ellas constituyen para la política de transparencia un papel protagónico siempre y cuando se establezcan bajo los estándares adecuados.

Una de las más típicas limitaciones de la política de transparencia y del derecho de acceso a la información tiene que ver con la seguridad nacional y la seguridad pública. En ese sentido por ejemplo la Ley de acceso a la información pública gubernamental y de protección de datos personales de México establece como información reservada lo siguiente

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

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

Como podemos observar aún y cuando el concepto se encuentra referido en la ley sería complejo que ya en la práctica pudiéramos dejar al arbitrio de cualquier funcionario público

<sup>1</sup> Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, p. 24.

la posibilidad de interpretar los conceptos de seguridad nacional y de seguridad pública pues a lo mejor desde su perspectiva mucha de la información que él maneja pudiera concebirse como información reservada por motivos de seguridad nacional o seguridad pública.

Sabemos que el concepto de seguridad nacional y el de seguridad pública suponen aspectos distintos, por tal motivo abordaremos en las líneas siguientes una aproximación al concepto de seguridad nacional y posteriormente lo distinguiremos del de seguridad pública. Para cada uno de ellos abordaremos cómo la política de transparencia impacta en dichos conceptos y cómo el derecho de acceso a la información puede encontrar resquicios para su acción.

Refiere Ernesto Villanueva que la seguridad nacional es uno de estos conceptos de los que suelen denominarse “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, que tienen diversas significaciones<sup>2</sup> y que por ello puede prestarse a confusiones. A pesar de ello y en consecuencia de lo referido en líneas anteriores sobre la claridad y la precisión de la ley en cuanto a las limitaciones en torno a las libertades informativas, es preciso referir que el Estado debe darse a la tarea de generar definiciones que nos permitan establecer qué debemos entender por seguridad nacional y cómo la misma se puede ver amenazada por la revelación de determinada información.

En el caso mexicano ya veíamos que la ley de acceso a la información nos refiere que la información se puede clasificar como reservada cuando comprometa la seguridad nacional. En ese sentido no define el concepto y mucho menos pretende hacerlo. Lo cierto es que el Estado Mexicano genera a través de la Ley de Seguridad Nacional una serie de amenazas que si bien es cierto no inciden directamente en la construcción de un concepto sí permiten aproximarnos a entender qué tipo de actos pueden constituir una amenaza a dicho concepto.

En ese sentido la referida Ley de seguridad nacional refiere en su artículo 5 las amenazas a la misma, entendiendo por ellas:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;

---

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

- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

De igual manera, la referida Ley de seguridad nacional en su artículo 51 nos permite aproximarnos a la misma a partir del derecho de acceso a la información y refiere que, además de las amenazas ya descritas con anterioridad, se considerará información reservada la siguiente:

- I. Aquella cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipos útiles, a la generación de inteligencia para la seguridad nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent, o;
- II. Aquella cuya revelación pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza.

Como referíamos con anterioridad, si bien es cierto la ley no nos dota de una definición sobre el concepto sí nos aproxima a una serie de actos (amenazas) e información, que constituyen una amenaza a la seguridad nacional. En ese sentido el Instituto Federal de Acceso a la Información y Datos Personales elaboró los lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal, tratando de proponer una serie de variables en las cuales el servidor público pudiera establecer una primera aproximación a la seguridad nacional.

En ese sentido dichos lineamientos refieren en el artículo 18 que:

“La información se clasificará como reservada en los términos de la fracción I del artículo 13 de la Ley, cuando se comprometa la seguridad nacional, esto es, cuando la difusión de la información ponga en riesgo acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”<sup>3</sup>.

Bajo esta óptica observamos cuatro variables que alertan al funcionario sobre la posible vulneración a la seguridad nacional en el revelado de información, ellos son a) la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, b) la gobernabilidad democrática, c) la defensa exterior y d) la seguridad interior de la Federación;

<sup>3</sup> Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal; Al respecto y ya de manera sistemática se puede consultar el Marco Teórico Metodológico del Instituto de Acceso a la Información y Datos Personales del año 2003.

Cada una de estas variables representa una amenaza, daño o vulneración a la seguridad nacional en diversos aspectos. En ese sentido la primera de ellas que es la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, puede ser vulnerada a través de dos acciones, ellas son:

- a) Menoscabar o lesionar la capacidad de defensa del territorio nacional, entendiendo como tal el establecido en el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por otros estados o sujetos de derecho internacional, o
- b) Quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>4</sup>.

Sobre el particular el Marco teórico metodológico del IFAI refiere como posibles ejemplos de documentos que pudieran encuadrarse en estos supuestos los siguientes:

- a) Documentos con información sobre el despliegue táctico y operativo de las fuerzas armadas en el territorio nacional.
- b) Documentos con información sobre operaciones militares y navales.
- c) Documentos con información que genere una expectativa de derecho sobre el territorio nacional para un sujeto de derecho internacional<sup>5</sup>.

A este respecto me parece oportuno agregar que la revelación de documentos deberá incluir a las adquisiciones, compras, enajenaciones o contrataciones que el Estado realice en materia de seguridad nacional como por ejemplo:

- a) Documentos con información acerca de la contratación de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa.
- b) Documentos con información de los proveedores de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa.
- c) Documentos con información acerca de la construcción de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional.
- d) Documentos con información acerca de proveedores de insumos de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional.

La segunda de las variables que mencionan los lineamientos sobre seguridad nacional es la Estabilidad Institucional la cual supone una serie de acciones que:

“ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la estabilidad de las instituciones de la Federación cuando la difusión de la información pueda afectar la integridad física de las máximas autoridades de los tres Poderes de la Unión y de los órganos con autonomía constitucional, que en el caso del Poder Ejecutivo Federal son el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República”<sup>6</sup>.

---

4 *Idem.*

5 *Idem.*

6 *Idem.*

En este caso el Marco teórico metodológico del IFAI refiere como ejemplos los siguientes casos:

- a) La revelación de datos personales o detalles sobre las actividades privadas de las máximas autoridades de los poderes de la Unión y sus familiares.
- b) Información sobre determinadas rutas de transportación de las autoridades; información personal sobre quienes integran su escolta o equipo de seguridad<sup>7</sup>.

La tercera de las variables que contemplan los Lineamientos a los que nos hemos venido haciendo referencia es la que tiene que ver con la gobernabilidad democrática. En ese sentido se establece que se vulnera la seguridad nacional a través de esta variable cuando la información pueda:

- a) Impedir el derecho a votar y a ser votado, o
- b) Obstaculizar la celebración de elecciones federales<sup>8</sup>.

Es claro que para esta variable, el objeto de protección está ceñido a los asuntos electorales pues para efectos de la consolidación democrática y la estabilidad de las mismas instituciones democráticas es fundamental que no se vulneren los principios rectores de ésta. En ese sentido se refieren como ejemplos de vulneración a la seguridad nacional los siguientes:

- a) La revelación de información que pueda impedir la expedición de credenciales de elector o que permita falsificarlas
- b) La información que permita acceder al sistema informático de contabilización de votos con el propósito de alterar los resultados electorales<sup>9</sup>.

Las dos últimas variables propuestas por los lineamientos tienen que ver con la defensa exterior e interior de la Federación. En ese sentido entendemos que se pone en riesgo la defensa exterior cuando:

“la difusión de la información pueda obstaculizar o bloquear las acciones de prevención o defensa que lleva a cabo el Estado Mexicano frente a otros estados o sujetos de derecho internacional”.

A este respecto, se considera como un buen ejemplo de información a proteger la siguiente:

- a) Información táctica o estratégica sobre las instalaciones, proyectos y acciones militares o navales relacionadas con el Plan DN-1 de Defensa y la Armada<sup>10</sup>.

Como ya referíamos, la última de las variables es la relativa a la defensa interior la cual se pondrá en riesgo cuando, derivado de la difusión de la información, se pueda:

- a) Obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;

---

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 *Idem.*

- b) Obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia;
- c) Menoscabar o dificultar las estrategias o acciones contra la delincuencia organizada;
- d) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir la comisión de los delitos contra la seguridad de la Nación, previstos en el Código Penal Federal;
- e) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- f) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, vías generales de comunicación o servicios de emergencia, o
- g) Obstaculizar o bloquear acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país según lo dispuesto por el artículo 73 fracción XVI.2.a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre este particular se refieren como ejemplos los siguientes:

- a) Información sobre instalaciones de dependencias con atribuciones de seguridad interior.
- b) Información sobre testigos e informantes de actividades del crimen organizado que estén al servicio del Estado Mexicano.
- c) Información sobre las rutas de transportación de narcóticos y los operativos en ellas.
- d) Planes para desarticular grupos dedicados al narcotráfico, al robo de vehículos, lavado de dinero, contrabando de bienes o al tráfico de personas.
- e) Información sobre la operación de infraestructura de telecomunicaciones, la energía, los transportes, los sistemas de agua potable y los servicios de emergencia, excluyendo la relacionada con los costos y gastos de operación corrientes, de adquisición o de mantenimiento.
- f) Información detallada sobre operativos encubiertos o sorpresivos de erradicación y de interceptación (terrestre, aérea y anfibia) antinarcóticos y/o el combate al crimen organizado.

Estas cuatro variables que nos plantean los lineamientos no deben significar una carta abierta para el gobernante donde pretenda eludir el principio de máxima publicidad, por el contrario y en consecuencia de los estándares internacionales se constituyen como auténticas situaciones excepcionales pues se proponen como aspectos que permiten preservar la estabilidad e integridad tanto de la nación como de las instituciones que la protegen.

En prácticamente todas las potestades delegadas del Estado, encontraremos información que colinde con estas variables y por ello desde la construcción del sistema se establecen una serie de mecanismos de transparencia que buscarán no colindar con ellas. En ese sentido, las llamadas "obligaciones de transparencia" constituyen el régimen principal y general de todas las instituciones públicas delegadas que componen al Estado.

Las variables que hemos venido refiriendo, constituyen el régimen excepcional en materia de seguridad nacional y deben adecuarse y corresponderse a la regla general del principio de máxima publicidad en tanto sea posible. Sabemos que ello puede inclusive manifestarse al momento de la clasificación de la información cuando sólo alguna parte, alguna página o algún párrafo es el que contiene información reservada, siendo en ese momento la parte que quedará clasificada como reservada mientras que, todo el resto del documento, deberá ser entregado en la llamada “versión pública”.

En las páginas posteriores hablaremos de cómo estas vulneraciones a la seguridad nacional deberán plasmarse a partir de un elemento conceptual muy importante que es la llamada prueba de daño, en donde podremos proponer una elaboración adecuada de cómo consolidar este régimen de excepción sin la vulneración al principio de máxima publicidad.

El segundo de los conceptos que tomamos a partir del artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información pública y protección de datos personales, es el referido a la seguridad pública.

Por seguridad pública, en términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debemos entender a aquella función del Estado que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas. Esta función a cargo de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios estará orientada por diversos principios los cuales son: legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos<sup>11</sup>.

Sabemos también que la seguridad pública se distingue de la seguridad nacional a partir de su objeto. En ese sentido entendemos que la aquella tiene como centro de protección los bienes jurídicos de toda persona que vive dentro del Estado<sup>12</sup>. En ese sentido la distinción se encuentra justamente ahí, pues la seguridad nacional tiene un objeto de estudio más ambicioso que es el Estado y sus instituciones.

En ese sentido Jorge Fernández Ruiz nos refiere que el concepto de seguridad pública:

“...constituye una expresión polisémica y anfibológica, dados sus diversos significados y variadas interpretaciones pues es lo mismo un derecho de los integrantes de la población del Estado que una actividad obligatoria del Estado, cuya realización garantizará dicho derecho, sentido este último en el que existe confusión en el orden jurídico mexicano porque pese a que se trata de una función pública, erróneamente se le considera también un servicio público...”<sup>13</sup>.

Por su parte Augusto Sánchez Sandoval refiere que:

“La seguridad pública cumple la función conservadora del orden social, con base en un orden jurídico que controle al poder y norme sus relaciones con los ciudadanos y de estos entre sí. Es decir, la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado como condición necesaria para la vida social. Así la seguridad pública se

11 Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 En ese sentido el Marco Metodológico del IFAI del año 2003 se refiere que se considerará vulnerada la seguridad pública cuando la información revelada ponga en peligro la integridad de las personas así como el orden público

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

constituye en la manifestación de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas”<sup>14</sup>.

Como podemos apreciar la seguridad pública engloba en sí mismo a la seguridad ciudadana y al orden público, esto debido al sistema mixto que nuestro país ha asumido. En ese sentido Ignacio Carrillo refiere que esta idea mixta es debida a que nuestro sistema “junto con las instancias policiales públicas concurren las de seguridad privada, que son complementarias y auxiliares de las primeras y que no pueden en forma alguna entenderse sustitutivas, por lo que prevalecerá en materia de seguridad privada respecto de la seguridad pública”<sup>15</sup>.

Al igual que sucede con la seguridad nacional, la seguridad pública es abordada por los lineamientos de clasificación generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a través de dos variables.

En ese sentido dichos lineamientos en su artículo 19 refieren que se comprometerá la seguridad pública “cuando la difusión de la información ponga en peligro la integridad y los derechos de las personas, así como el orden público”<sup>16</sup>.

La primera variable será la integridad y derechos de las personas. Dicha variable se actualizará cuando la información otorgada permita:

- a) Menoscabar la capacidad de las autoridades de seguridad pública para preservar y resguardar la vida o la salud de las personas;
- b) Afectar el ejercicio de los derechos de las personas, o
- c) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir las acciones delictivas distintas de la delincuencia organizada.

En ese sentido el ya citado Marco teórico metodológico del IFAI nos refiere como posibles ejemplos al otorgar información sobre:

- a) Investigaciones sobre bandas del crimen organizado.
- b) Acciones futuras para controlar la actividad delincuencia en una zona geográfica determinada.
- c) Información sobre auxilio a personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de algún delito.

La segunda de las variables que se consideran en materia de seguridad pública es el orden público el cual podrá ponerse en peligro cuando:

- a) Entorpecer los sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridad pública;
- b) Menoscabar o dificultar las estrategias contra la evasión de reos;

---

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

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

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

- c) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades para evitar la comisión de delitos, o
- d) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades encaminadas a disuadir o prevenir disturbios sociales que pudieran desembocar en bloqueo de vías generales de comunicación o manifestaciones violentas.

Al respecto de los ejemplos de la información que pudiera poner en peligro al orden público serían:

- a) Información obtenida por intercambio de las diferentes dependencias dedicadas a la seguridad pública del país y que esté por producir la captura de integrantes de grupos delictivos.
- b) Información sobre los códigos de encriptación de la Red Nacional de Telecomunicaciones y sus frecuencias exclusivas para seguridad pública.
- c) Información sobre el Centro Nacional de Información y Telecomunicaciones (CNIT) o C\$-Nacional, el que alberga al sistema nacional de información y al Centro de control, Comando, Comunicación y Cómputo de la Red IRIS, permitiendo el intercambio de información de las bases de datos de manera segura<sup>17</sup>.

Como podemos apreciar, el marco referencial para establecer el tipo de información que se encuentra susceptible de ser clasificada con motivo de seguridad pública o seguridad nacional, queda claramente definida no sólo por los supuestos previstos por la legislación de la materia sino también por las normas explicativas y documentos de trabajo que el órgano garante ha establecido para la materia.

Una vez que hemos establecido un marco conceptual referencial de la política de transparencia y acceso a la información y luego de haber abordado dos de los supuestos de clasificación de la información que más comúnmente se presentan, ya sea en la discusión académica o ya sea en la labor ordinaria del servicio público, pasemos a un siguiente apartado donde veremos como estas causas de clasificación pueden presentarse en el día a día del flujo informativo a través de la celebración de contratos públicos.

## 2 Transparencia y procedimientos de contratación pública en materia de seguridad

Para efectos de este apartado hemos decidido establecer una primera diferenciación entre los procedimientos licitatorios y los procedimientos de adjudicación directa refiriendo en cada uno de ellos los efectos de la transparencia de cara a los aspectos de revelación de información en materia de seguridad.

### 2.1 Licitación pública

El primero de los procedimientos de los que hablaremos será la licitación pública como instrumento de la administración para contratar bienes y servicios.

---

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

Señala Manuel Lucero que la licitación:

- a) Es un procedimiento, dado que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- b) Tiene como finalidad seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual habrá de celebrar un contrato determinado la administración pública.
- c) Selecciona quien ha ofrecido las condiciones más ventajosas para la administración pública<sup>18</sup>.

Por su parte Carlos Delpiazzo, refiere que es:

“...un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración, condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a unas determinadas bases, llamadas pliegos de condiciones, formulen propuestas de las cuales la Administración selecciona la más ventajosa, y todo el procedimiento se inspira para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad y cumplimiento estricto al pliego”<sup>19</sup>.

En ese sentido, refiere Luis José Béjar, existen diversos principios que irradian a este procedimiento como son la publicidad, la concurrencia, la igualdad, la transparencia y la oposición<sup>20</sup>, todos ellos destinados al pertinente desarrollo del procedimiento que no sólo tiene como finalidad la contratación del bien o servicio determinado sino también que la Administración y en último caso el Estado, demuestre la optimización de recursos en la contratación de los referidos insumos.

Para el caso que nos ocupa nos centraremos en dos de los principios referidos, por un lado en el principio de publicidad y por otro en el principio de transparencia.

El principio de publicidad de este tipo de procedimientos encuentra su asiento conceptual vinculado a la tarea primigenia del estado democrático. Queda claro que uno de los elementos matrices de este tipo de Estados es la publicidad de sus actos, entendida ésta como la capacidad comunicativa que tiene el Estado de nutrir el espacio público<sup>21</sup>, es decir que mediante el principio de publicidad los actos del Estados son susceptibles no sólo de conocimiento sino de crítica racional que permite una adecuada valoración de la toma de decisiones<sup>22</sup>.

El proceso licitatorio se encuentra impregnado de dicha publicidad pues el objeto del mismo será que sea conocido para la posible participación de quien desee participar, así como que las propuestas recibidas por la Administración Pública sean conocidas por todos para evaluar que la elección que se ha hecho para una determinada adquisición de un bien o servicio obedece a la lógica de optimización de recursos y mejora en la calidad del bien o servicio de que se trate.

---

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 y ss.

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

22 *Idem*.

Este principio de publicidad orilla a la administración pública a ello: a elegir adecuadamente en la mayor ventaja para ella. Esta publicidad deberá ser concretada a través de la difusión de la convocatoria, bases, procedimiento y en general toda la información que la misma ley indique y colma el carácter publicitario que la rodea. No perdamos de vista que el principio de publicidad orienta esta difusión teniendo dos finalidades claramente definidas que son por un lado la capacidad de conocimiento del ciudadano respecto a la elección que llevará a cabo la administración pública y por otro la legitimidad misma del procedimiento de cara a los concursantes.

Hay autores como Juan Carlos Cassagne que fusionan este principio de publicidad con el de transparencia<sup>23</sup>, aunque para efectos de este trabajo seguiremos la distinción a efectos de mostrar un carácter diferenciador entre uno y otro.

La licitación pública también está impregnada del principio de transparencia, es decir que no sólo se colma de una publicidad que permite a los concursantes participar en ella y observar que el procedimiento se colme adecuadamente sino que permite al ciudadano entender la lógica del Estado en cuanto a la canalización y optimización de los recursos que se emplean para la sustanciación del procedimiento así como la contratación de bienes y servicios.

El proceso licitatorio se vuelve transparente y susceptible de acceso a la información a partir de la naturaleza propia del mismo procedimiento. Es importante recalcar que, como ya hemos dicho, tampoco el principio de transparencia se manifestará como un absoluto en estos procedimientos, por el contrario encontrará limitaciones a la difusión de la información que emane de él. Estas limitaciones correrán la suerte de la política de transparencia prevista en la ley. En ese sentido se podrá clasificar información derivada de un proceso licitatorio cuando dicha información vulnere los supuestos de la ley que hablan de información reservada o bien cuando existan datos que puedan ser considerados como confidenciales. En uno y otro caso la administración pública deberá o bien clasificar la información como reservada, o generar una versión pública suprimiendo los datos comprometedores.

Lo relevante del principio de transparencia en los procedimientos licitatorios es no perder de vista que lo que existe como fundamento de este principio es que la información ahí contenida es un asunto de interés público<sup>24</sup> por lo que es medular hacer vivir el principio de máxima publicidad ello sin detrimento de la adecuada vivencia de las excepciones planteadas.

La transparencia se manifestará en este tipo de procedimientos a través de la divulgación de los contenidos esenciales del procedimiento, del monto de lo asignado, de los participantes, de la sustanciación del procedimiento, de las irregularidades del mismo, de la asignación del contrato así de cómo los términos del mismo en tanto no se vulnere las excepciones referidas.

Como podemos apreciar el procedimiento licitatorio debe permitir, por su naturaleza propia la publicidad y la transparencia permitiendo llevar al límite el principio de máxima publicidad pero sobre todo destacando el interés público de la asignación de recursos de la administración pública pudiendo con ello tener un mejor control en el destino de los recursos públicos.

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", TEPIJ, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.

## 2.2 Adjudicación directa

El segundo de los procedimientos que vamos a tratar es el de la adjudicación directa como un segundo mecanismo donde la Administración puede adquirir bienes o servicios.

Refiere Jorge Fernández Ruiz que:

“Se entiende por contratación directa o adjudicación directa de un contrato administrativo, la designación de un cocontratante por parte de la administración pública sin mediar una licitación pública o privada de la que se deduzca de manera directa el cocontratante específico”<sup>25</sup>.

Por su parte Carlos Delpiazzo al referirse a este tipo de contrataciones nos refiere que ellas también son:

“una manifestación del sistema de restricción, porque está regulada y prefigurada como un mecanismo excepcional; sólo puede verificarse en determinadas hipótesis, que son las que prevé expresamente la ley”<sup>26</sup>.

Como podemos apreciar la contratación o adjudicación directa de un contrato para la adquisición de bienes o servicios constituye en principio un régimen excepcional del sistema de contratación pública, siendo este sistema uno de los más controlados por parte del mismo Estado<sup>27</sup>.

Es evidente que este tipo de contratación genera cierto conflicto y tensión entre las diversas posturas respecto al mismo. Es claro que hay quienes apoyan este tipo de contratos aduciendo que se pueden “celebrar con oportunidad, obviarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces”<sup>28</sup>.

Por el contrario existen detractores a este tipo de contrataciones pues se argumenta “no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y por ende de competencia entre potenciales oferentes”<sup>29</sup>.

Lo anterior sirve para evidenciar que el tema de la adjudicación directa resulta polémico incluso dentro de los mismos especialistas de la contratación administrativa y resulta todavía más complejo cuando se analiza desde la óptica de una política de transparencia y acceso a la información.

Hemos venido señalando que el derecho de acceso a la información y la política de transparencia no constituyen derechos absolutos para el ciudadano, ni obligaciones absolutas para el Estado y hemos referenciado que al menos los estándares internacionales en materia de libertades informativas nos refieren un claro “test tripartito”<sup>30</sup> para establecer estas limitaciones.

---

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

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

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

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

29 *Idem*.

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

Este llamado “*Test Tripartito*” reconoce que en materia de libertades informativas existen limitaciones y las mismas deben:

- a) Establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa.
- b) Estar orientadas al logro de objetivos legítimos
- c) Ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden<sup>31</sup>.

Para el caso que nos ocupa hemos venido entendiendo que estas limitaciones al derecho de acceso a la información y a la política de transparencia sigue la misma suerte de este llamado *test* no sólo en función del estándar internacional sino de la adopción del mismo a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>32</sup> a través de la resolución de algunos casos en la materia.

Todo lo anterior es relevante para el punto de partida de nuestro análisis sobre el tema de la adjudicación directa. Es claro que en materia de transparencia y acceso a la información las limitaciones a los mismos conceptos deberán estar claramente establecidos en la ley, orientadas al logro de objetivos legítimos y ser necesarias para el logro de objetivos imperiosos que se buscan.

Cuando impregnamos del principio de transparencia a la adjudicación directa, ésta no supone un ejercicio arbitrario de la administración pues en principio deberá incluir todos y cada uno de los principios de la contratación pública y sólo por excepción deberá suprimir el principio de transparencia y acceso a la información en virtud de la naturaleza de la misma.

En ese sentido la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público prevé en su normativa las causas en las cuales la administración pública debe generar la contratación a través de la adjudicación directa y en materia de seguridad hace hincapié en que dicha adjudicación ni siquiera debe ser susceptible a algún comité de adquisición en función de la protección de la información que en ese supuesto podría comprometer la misma seguridad.

Ahora bien inclusive en este supuesto podría pensarse que el margen de discrecionalidad es total para el funcionario y que en aras de dicha discrecionalidad podría comprometer recursos públicos sin tener mayor grado de responsabilidad o bien sin apegarse en nada a los principios democráticos del Estado de Derecho. Esto es incorrecto en función de lo siguiente.

Como hemos venido refiriendo en los apartados anteriores, la política de transparencia y acceso a la información se rigen bajo el principio de máxima publicidad, incluida la información que suele clasificarse como reservada. Esto significa que aún y cuando establezcamos un periodo de reserva no significa que la información nunca podrá ser pública o del dominio pública por el contrario significa que la información en cuestión ingresa a una especie de “limbo publicitario” donde permanecerá el tiempo de reserva.

31 *Idem.*

32 Desde el año 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recibido y adoptado los estándares internacionales en materia de libertad de expresión como es el famoso caso La jornada vs Letras Libres. Amparo Directo 28/2010 que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Algunos autores refieren que:

“Como se ha venido sosteniendo esta reserva es una mera excepción del principio de máxima publicidad. La reserva no es consecuencia de un margen de arbitrariedad, ni tampoco significa solapar la discrecionalidad. Tampoco implica un reducto de arbitrariedad donde el funcionario se refugia para encubrir su actuar. La razón de la fundamentación y de la motivación para la reserva de la información supone aniquilar esas prácticas nocivas para el ejercicio democrático de la transparencia. El servidor público está obligado a referir el perjuicio que la revelación de la información supondrá para la comunidad o la supervivencia del Estado. Esta información que se reserva nada tiene que ver con los *arcana imperii* de la antigüedad, por el contrario la reserva de información impacta sobre cuestiones públicas y su condición de reservada no supone una creciente condición de poder respecto al que desconoce la información”<sup>33</sup>.

Las adquisiciones directas en materia de seguridad pública o nacional no suponen una inhabilitación de la política de transparencia, por el contrario perfeccionan el sistema proponiendo una serie de valores comunitarios que deben ser protegidos antes de la revelación de la información. Dicha información sólo espera un tiempo mayor para poder ser difundida.

Como sabemos el régimen de la adjudicación directa, en términos del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe ser considerado como un régimen excepcional en toda la administración insistiendo en que tampoco supone un régimen arbitrario tratándose de la materia de seguridad en función del objeto y naturaleza misma de la información a resguardar.

Para el caso que nos ocupa es relevante señalar que el funcionario público que se mueve por los temas de clasificación de la información por motivos de seguridad nacional o seguridad pública, no sólo se apoya en la legislación sino que debe realizar un auténtico estudio que respalde su actuar para poderse encuadrar en los supuestos normativos. Este estudio normalmente establece el daño que presente, probable y específico que puede causarse por la revelación de la información.

Sólo como corolario del presente apartado valdría la pena volver a insistir en que tanto la licitación pública como la adjudicación directa en materia de seguridad nacional o seguridad pública no se evaden de la política de transparencia. El funcionario público y los órganos garantes deben trabajar concienzudamente en permitir al ciudadano la información cuando ésta sea oportuna y pertinente, guardar racionalidad en el gasto y generar documentos sustentados y razonables en donde se explique claramente la causa de la reserva de la información.

A esta explicación se le denominará “prueba de daño” de la cual nos ocuparemos en el siguiente apartado.

---

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

## 3 La prueba de daño

### 3.1 Marco conceptual sobre “daño” en materia de transparencia y acceso a la información

El concepto daño lo podemos rastrear desde el derecho romano en donde “*Damnum*” significaba “la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece”<sup>34</sup>. Por su parte la Real Academia Española de la Lengua refiere este concepto como: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Este concepto de daño ha permeado la cultura de transparencia y acceso a la información de diferentes maneras en las políticas de la materia en todos los países que poseen normativa reguladora del tema. Para efectos de nuestro apartado el concepto de daño estará vinculado al menoscabo, detrimento, y perjuicio que se puede causar a la cosa pública por la revelación de una información que debe ser reservada.

Lo anterior nos lleva a proponer si la información en manos del Estado que por esencia debe ser pública puede ser susceptible de causar daño al mismo Estado. La respuesta es afirmativa y debería ampliarse a entender que la revelación de la información no sólo puede en algunas ocasiones causar daño al Estado o al gobierno en turno, sino también la revelación de la información puede causar un daño a particulares.

El daño a causar deberemos analizarlo desde las dos perspectivas de la clasificación de la información. Por un lado respecto a la información reservada y por otro respecto a la información confidencial.

Es evidente que respecto a esta segunda la prueba de daño es claramente definida y circunscrita a la protección de un valor determinado que es la protección de los derechos de la personalidad, en concreto la vida privada a través de datos o datos sensibles que son de exclusivo manejo del individuo del que emanan<sup>35</sup>.

En ese sentido la revelación de los datos personales cobran una capital importancia e identificación en el manejo de la información. El daño causado por el otorgamiento de ella es evidente y concreto. De cualquier manera la legislación en materia de transparencia en el caso mexicano establece una serie de instrucciones en materia de protección de datos en posesión de los sujetos obligados que les faculta y les obliga en materia de la información considerada como confidencial.

El segundo de los supuestos es el daño que se causa en el caso de la información reservada. A diferencia de lo ocurrido en el caso de la información confidencial, los bienes jurídicos protegidos no son tan fácilmente identificables. Si bien es cierto que hablamos de un daño al Estado, éste es difícil de construir aún y cuando se apele a los conceptos de seguridad que es donde radicaremos el análisis.

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

35 Ya la Ley de Acceso a la Información Pública Gubernamental en su artículo 3 refiere que los datos personales son: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.

El daño en materia de información reservada y en concreto la prueba de que se causará algún daño por la revelación de la información, ni siquiera es materia de la misma ley. En ese sentido Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas refieren que “aunque la ley no establece explícitamente una prueba de daño, esta se deriva implícitamente del lenguaje del artículo 13”<sup>36</sup> de la legislación y de su exposición de motivos en donde al referirse a la información reservada se hace referencia al elemento de daño<sup>37</sup>.

En ese sentido, el reglamento de la ley, en su artículo 27, ya establece una obligación de establecer y referir, al momento de clasificar la información, la consideración de daño que causaría la difusión de la información. Al respecto refiere dicho artículo:

Artículo 27. Al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley.

Como podemos apreciar, la clasificación de expedientes no es una tarea arbitraria del funcionario público, por el contrario el mismo reglamento le impone una serie de obligaciones y una de ellas es el establecer en la clasificación la consideración de daño que ocasionaría la revelación de la información.

De igual manera los lineamientos de clasificación generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en su artículo 8º refieren el tema de la prueba de daño y obligan en el servidor público al momento de clasificar la información a establecer lo siguiente:

Octavo. Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto.

De la lectura de este artículo se desprenden varios elementos a considerar. El primero de ellos la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño y posteriormente el mismo artículo refiere si dicha revelación causaría un daño con diversas características a saber: presente, probable y específico.

Es claro que el espíritu de la política de transparencia es irradiar el principio de máxima publicidad y con ello inclusive en los casos de excepción generar un dique a la arbitrariedad de la opacidad. En ese sentido quien clasifique la información deberá, clara y objetivamente, detectar el daño que puede generar la difusión de la información.

---

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, enero-junio de 2007, IJ-UNAM, México, 2007, p. 31.

37 *Idem*.

## 3.2 Daño presente

Como hemos venido mencionando la objetividad en la detección del daño deberá venir acompañada de la materialización del impacto de la información. Así pues se tendrá que especificar de qué manera la revelación de la información afecta directa y actualmente a la seguridad pública o seguridad nacional.

Por daño presente deberemos entender ese menoscabo, detrimento o perjuicio que la revelación de la información causa por el simple hecho de ser revelada. Es decir que no supone una especulación teórica acerca del daño, por el contrario, quien clasifica la información de inmediato sabe que la misma actualiza y genera una situación de alarma respecto a su difusión.

El daño presente deberá redactarse en esa clave asumiendo de inmediato la vinculación objetiva con los supuestos normativos estableciendo un marco general del daño sobre la información a revelar. Esta descripción deberá contener al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) Impacto del acto que genera la información, en la seguridad.
- c) Impacto de la revelación de la información en la operatividad de la seguridad.

## 3.3 Daño probable

A diferencia del daño presente, el llamado daño probable incide directamente en la suposición, no especulativa sino deductiva, de un menoscabo o detrimento a la seguridad pública o seguridad nacional alertando, quien clasifica la información de la “cascada” de problemas con sus respectivas consecuencias que suscitaría la revelación de la información.

Por daño probable debemos entender esa aproximación futura a partir de los elementos que la realidad me está indicando. El daño probable se vincula con una actividad prudencial del funcionario que le permite observar las consecuencias seguras deducidas del estudio de la actualidad y observar los efectos negativos de la revelación de la información.

A diferencia de lo que sucede con el daño presente, el daño probable deberá redactarse en signo de alerta y versará fundamentalmente sobre consecuencias y efectos. En ese sentido dicho daño deberá redactarse conteniendo al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) Efectos que causará la revelación de la información en materia de seguridad.
- c) Impacto consecencial de la revelación de la información.
- d) Disminución de la seguridad en función del acto que genera la clasificación de la información.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

### 3.4 Daño específico

La última de las características que presenta el tratamiento del daño es la que versa sobre el daño específico. Ya vimos en las dos anteriores como se habla de una especie de daño general, otra de daño futuro y nos faltaría una tercera sobre el daño concreto para cerrar el marco objetivo en la generación del daño.

En consecuencia de ello se establece la idea de daño específico el cual significa no sólo establecer un marco general y unas consecuencias a futuro sino que significa el establecimiento de la institución concreta donde recaerá el daño. Con ello quien clasifica la información deberá detallar en donde del Estado específicamente, se genera el daño.

A diferencia de los dos anteriores, el daño específico deberá redactarse teniendo como objetivo esa concreción en cuanto institución que deba ser protegida por la seguridad pública o nacional o el aspecto societario que busque protegerse. Este tipo de daño deberá redactarse teniendo en consideración lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) El órgano del Estado, dependencia del gobierno o entidad social que busca protegerse.
- c) Persona o personas a las cuales se puede causar daño (no se busca establecer los nombres, se busca entender que con la revelación de la información ciertos servidores públicos por poner un ejemplo, se encontrarían en situación de vulnerabilidad).
- d) Las funciones del gobierno que podrían verse afectadas o disminuidas.

Como podemos apreciar la prueba de daño no supone un ejercicio arbitrario en materia de seguridad, sino que por el contrario queda sujeta a un régimen de motivación exhaustiva para probar la gravedad de la revelación de la información.

## 4 Breve referencia al modelo español

A partir de la Ley 19/2013 publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el martes 10 de diciembre del 2013, la Administración pública española se encuentra sometida a un marco jurídico que regula la transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información. Ello no supone que el sistema español fuera opaco y discrecional por el contrario existían ya diversas normas en su ordenamiento que conminaban a un tipo de transparencia.

La ley publicada en realidad tendría un triple alcance, así lo refiere su Preámbulo:

“...incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública,... reconocer y garantizar el acceso a la información,...y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos”<sup>38</sup>.

En ese sentido y al igual que en otras latitudes donde se incorporan mecanismos de transparencia y acceso a la información existe como idea principal que la transparencia sea el

---

38 BOE del martes 10 de diciembre de 2013, p. 97923.

eje fundamental de toda acción política<sup>39</sup> Así, se incorporan a la ley de manera inmediata tanto los sujetos obligados por la misma, es decir las autoridades públicas sujetas a esta legislación, así como las llamadas obligaciones de transparencia que condicionan el actuar de aquellas autoridades.

Como sucede con cualquier ordenamiento que tenga por objeto la regulación de la transparencia y el derecho de acceso a la información, la legislación española también observa el tema no de manera absoluta sino con limitaciones. En ese sentido y toda vez que el presente trabajo tiene como objetivo puntualizar sobre el ejercicio de la prueba de daño en materia de seguridad pública y seguridad nacional, es imperante decir que la legislación establece limitantes a dicho ejercicio.

Así pues la legislación española enumera doce limitaciones al ejercicio del derecho de acceso en su artículo 14. En estas limitaciones y como sucede con este tipo de legislaciones encontramos los casos de la seguridad pública y la seguridad nacional. De inmediato encontramos en el apartado 2 de dicho artículo la precisión sobre la aplicación de límites al referir la ley que *“... la aplicación de límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”*<sup>40</sup>.

La pregunta que brota de inmediato en la lectura de dicho numeral es saber hasta donde la aplicación de límites abre la puerta al Estado para que su debida justificación camine por el cauce adecuado de una auténtica política de transparencia o bien, por el contrario, es un pretexto para abrir la puerta al ámbito discrecional.

Ello cobra sentido en función de que la misma ley no explicita cual deberá ser el camino por el cual el funcionario que tenga que dar la negativa de información pueda transitar. ¿Se limitará a una mera justificación vaga?, ¿a qué se refiere la ley con proporcionada a su objeto y finalidad? En realidad la ley, como sucede en otros países asume la postura de límites pero no clarifica la forma de la justificación. ¿Será suficiente una simple mención de protección a la sociedad? O ¿será suficiente referir que la información daña la seguridad nacional?

Ahí cobra especial interés esta noción de “prueba de daño”. Ella, será un elemento de capital importancia para la construcción argumentativa del funcionario público para justificar la decisión de reservar la información, es decir, de no darla a conocer por alguna de las causas previstas en la ley.

Como se ha referido a lo largo del trabajo, el funcionario español que niegue la información deberá de justificar a partir de un daño que notoriamente se muestra de manera probable, de manera específica o de manera presente. Ello no sólo le dará un mejor desarrollo a la política de transparencia sino que legitimará de manera significativa la respuesta de la administración que niega el acceso a la información.

39 *Idem.*

40 *Idem.*

## 5 Conclusiones

Un sistema de transparencia y acceso a la información no debe propiciar un sistema de discrecionalidad para la administración pública por el contrario, en el marco de la ley, debe auspiciar un marco en donde se promueva el acceso a la información procurando el sano equilibrio entre lo público y lo reservado

La seguridad pública y la seguridad nacional se presentan como dos excepciones al principio de transparencia administrativa. Estas excepciones, que promueven reservar la información con el ánimo de vincularlas a valores colectivos de mayor calado no significan para el sistema un acto de discrecionalidad, por el contrario, las negativas de información al ciudadano respecto a estas excepciones, deberán estar claramente fundadas y motivadas.

En materia de contratación pública estas excepciones, a partir del principio de la prueba de daño que todo funcionario del Estado deberá proponer, potencian la adecuada vivencia de la política de transparencia y legitiman la respuesta negativa de acceso a la información a la ciudadanía.

La excepcionalidad no supone un ejercicio de discrecionalidad ni arbitrariedad, por el contrario estas excepciones permiten al Estado un adecuado funcionamiento en aras de la protección del interés general, pero en materia de transparencia y acceso a la información es necesario fijar que estas excepciones deberán justificar su naturaleza a partir del daño causado a la sociedad a algún tercero.

## 6 Bibliografía

ARELLANO GAUULT, David y LEPORE, 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.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge, "Seguridad pública Municipal", FUNDAP, México, 2003.
- FERRIZ SANCHEZ, 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*, año 1, núm. 2, (enero-junio, 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*, enero-junio de 2007, IJ-UNAM, México, 2007.
- LUCERO, Manuel, "La licitación pública", 2ª ed. México, Porrúa, 2002.
- y 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. al*, "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, septiembre-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.

## 7 Otras fuentes

1. Acuerdo general de la comisión de transparencia, acceso a la información pública gubernamental y protección de datos personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 9 de julio de 2008 relativo a los órganos y procedimientos para tutelar en el ámbito de éste tribunal los derechos de acceso a la información, a la privacidad y a la protección de datos personales garantizados en el artículo 6º. Constitucional.
2. Convención Americana sobre los derechos humanos.
3. Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal
4. Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.
5. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, p. 24.
6. Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal. Al respecto y ya de manera sistemática se puede consultar el Marco Teórico Metodológico del Instituto de Acceso a la Información y Datos Personales del año 2003.