**Primer debate temático: Prueba de Daño**

El presente documento, contiene diversos insumos (no obligatorios), que desarrollan brevemente algunas reflexiones que, a manera de pregunta, sirven como apoyo para iniciar el primer debate temático respecto de ***la prueba de daño***:

* *¿Es obligatoria la prueba de daño?*

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, la jurisprudencia en la región ha establecido que el Estado tiene la obligación de formular la prueba de daño, a fin de demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre la libertad de expresión[[1]](#footnote-1).

La Asamblea General de la OEA, en su *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, previó expresamente que *“La carga de la prueba deberá recaer en la autoridad pública a fin demostrar que la información solicitada está sujeta a una de las excepciones contenidas en [la Ley]”*. En este tenor, la autoridad debe justificar que la *“excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática”*; *“que la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por [la] Ley”* y, *“que la probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información*”*.*[[2]](#footnote-2)

No obstante, en “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”[[3]](#footnote-3), se advierte que no en toda la normativa de la región se establece, de manera expresa y directa, la responsabilidad del Estado de probar la legitimidad y aplicabilidad de las limitaciones al acceso a la información.

* *¿Son conceptos diferentes la prueba de daño y la fundamentación y motivación?*

En “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales”[[4]](#footnote-4), se advierte que no todas las legislaciones de América Latina establecen taxativamente que el Estado tiene la carga de demostrar el sustento jurídico de su negativa a la solicitud de acceso a información.

No obstante, el estándar regional en este principio prevé que, al interpretar las excepciones al derecho de acceso a la información, el funcionario debe fundar la negativa de difusión en un precepto legal y justificar las razones de derecho por las cuales la información no puede ser difundida.

Al respecto, puede afirmarse que *“en el caso de los supuestos de reserva que se establecen [en la Ley], no basta con que se actualice el contenido de la información por referirse a una de las materias reservadas, por ejemplo seguridad nacional o seguridad pública, sino que es necesario además que exista un elemento de daño que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona.”[[5]](#footnote-5)*

A mayor abundamiento, de conformidad con los numerales Quinto y Sexto de los *Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de la de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal[[6]](#footnote-6),* los cuales forman parte del marco jurídico mexicano, para fundar la clasificación de la información debe señalarse el o los ordenamientos jurídicos, artículo, fracción, inciso y párrafo que expresamente le otorgan ese carácter; y por motivación deben entenderse las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

A su vez, el numeral Octavo de los Lineamientos indicados, establecen actualmente la obligación de formular la prueba de daño para el caso de reserva de la información conforme al artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, con el fin de proteger los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto legal.

En este tenor, los órganos públicos tienen la obligación de fundar y motivar la clasificación de la información; así como demostrar, debidamente y de un modo convincente, que la divulgación de la información solicitada es perjudicial para el interés protegido y que este daño sobrepasa el interés público de conocerla.

* *¿Quién y cuándo se debe realizar la prueba de daño?*

El Comité Jurídico Interamericano, en su resolución sobre los “Principios sobre el Derecho de Acceso a Información”, concluyó que *“la carga de la prueba para justificar cualquier* ***negativa de acceso*** *a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada”*[[7]](#footnote-7).

Lo anterior, en razón de que permite generar certeza y seguridad jurídica en el ejercicio del derecho de acceso a la información, pues al estar la información en control del Estado debe evitarse la actuación discrecional y arbitraria en el establecimiento de restricciones al derecho[[8]](#footnote-8).

De lo anterior, también puede desprenderse que la prueba de daño debe efectuarse cuando media una solicitud de información en la que se niega ésta por estar clasificada. Al respecto, debe considerarse si resultan procedentes modelos en los que se prevén índices de expedientes reservados, que suponen la posibilidad de un ejercicio *a priori* de la clasificación, y los alcances de la misma; es decir, si debe existir una leyenda de clasificación en el expediente que dé cuenta de su carácter reservado, y los alcances de la motivación y justificación que contenga.

Esto es, si la carga de la prueba es necesaria para catalogar un documento y establecer las reglas de seguridad y resguardo sobre su manejo; si sólo debe hacerse cuando se niega el acceso a un particular, en aplicación del principio de máxima publicidad, por virtud del cual toda la información en poder de los sujetos obligados, en principio, es pública; o bien, en ambos casos.

Valga citar de manera ilustrativa el *Dictamen de la iniciativa que contiene proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, del Senado de México, que establece:

“**Artículo 103**. En los casos en que se **niegue** el acceso a la información, por actualizarse alguno de los supuestos de clasificación, el **Comité de Transparencia** deberá confirmar, modificar o revocar la decisión.

Para motivar la clasificación de la información, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá en **todo momento** aplicar una prueba de daño.”

* *¿Qué requisitos son necesarios acreditar en la prueba de daño?*

En las palabras del Relator Especial para la Libertad de Expresión, la excepción debe pasar una prueba de tres partes: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo, y c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información.[[9]](#footnote-9)

Al aplicar la prueba de daño al interés público, es necesario adoptar una interpretación restrictiva de la excepción. Es decir, debe elegirse la opción de excepción que menos restrinja el derecho de acceso a la información pública. La excepción debe: i) ser adecuada para el logro del objetivo; ii) ser proporcionada para el interés que la justifica, e III) interferir lo menos posible con el ejercicio efectivo del derecho.

En el dictamen de la iniciativa de Ley General que se está analizando en México, anteriormente citado, se establecen los siguientes requisitos para la formulación de la prueba de daño:

**“Artículo 104.** En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

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

II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y

III. La limitación se adecúa al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.”

* *¿Cuáles son las semejanzas y diferencias de la prueba de daño y la prueba de interés público?*

En los *“Comentarios y Guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información”* se señala que la prueba de daño y la prueba del interés público “constituyen herramientas importantes para que los órganos de supervisión puedan balancear los derechos en conflicto caso por caso”. [[10]](#footnote-10)

En este tenor, resulta importante distinguir la prueba de daño que permite justificar la negativa de acceso a la información por parte de los sujetos obligados, a fin de proteger el interés público; respecto de la prueba de interés público que permite establecer condiciones para desclasificar la información o superar la confidencialidad de la misma, a través de parámetros como la necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

1. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia del diecinueve de septiembre de dos mil seis. Serie C No. 151. Párrafo 93. [↑](#footnote-ref-1)
2. OEA. Asamblea General. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una “Ley modelo interamericana sobre acceso a la información”. 8 de junio de 2010. Artículo 53. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf> [↑](#footnote-ref-2)
3. CIDH. *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales*. Páginas 16, 56 y 157. Consultable en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibid. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tomado del Dictamen a la Minuta con proyecto de Decreto de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Consultable en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2002/04/asun\_33484\_20020430\_943114.pdf [↑](#footnote-ref-5)
6. IFAI, *Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*. Consultables en: http://consultas.ifai.org.mx/pdf/ciudadanos/marco\_normativo/lineamientos/lineamientos.pdf [↑](#footnote-ref-6)
7. Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73° Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. Siete de agosto de dos mil ocho. Punto resolutivo 7. Disponible en: <http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXII-O-08_esp.pdf> [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros.* Sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis. Serie C No. 151. Párrafo 98. [↑](#footnote-ref-8)
9. Catalina Botero. *Informe de la Oficina del relator Especial para la Libertad de Información*. OEA/Ser.L/V/II.134. Documento 5, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el veinticinco de febrero de dos mil nueve. [↑](#footnote-ref-9)
10. OEA. Comentarios y Guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Consultable en: http://corpusiuristransparenciadai.ifai.org.mx/contenido/CorpusIuris\_Documentos/CPOEA%20CGILMIAI%202010.pdf#search=prueba%20de%20da%C3%B1o [↑](#footnote-ref-10)