

VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO PRESIDENTE ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD NACIONAL PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 1/2019, PROMOVIDO POR EL TITULAR DE LA CONSEJERÍA JURÍDICA DEL EJECUTIVO FEDERAL.

En sesión de cinco de julio de dos mil veintidós, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió y resolvió el recurso de revisión citado al rubro, promovido por el titular de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, en contra de la resolución del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) en el recurso de revisión RRA 1489/19. El Pleno resolvió confirmar la resolución mencionada a efecto de que se entregue la información solicitada.

Presento este voto concurrente, pues si bien concuerdo con la conclusión a la que llega la sentencia, respetuosamente difiero en relación con algunos puntos. En primer lugar, no comparto aspectos sustanciales de las consideraciones que sustentan el fallo, particularmente las que tienen que ver con las premisas metodológicas que asume la sentencia y con el entendimiento del recurso de revisión que subyace a la posición mayoritaria. En segundo lugar, me parece incorrecta la manera en la que se configura el marco normativo que debe aplicarse a un caso como este. Finalmente, aunque concuerdo

con la conclusión a la que llegó la mayoría, lo hago derivado de algunas razones adicionales y difiriendo en algunas consideraciones.

I. Alcance del recurso de revisión en materia de seguridad nacional.

Respetuosamente no estoy de acuerdo con las consideraciones desarrolladas por la mayoría en este apartado. Conforme a la postura que desarrollé en los recursos de revisión en materia de seguridad nacional 1/2015 y 2/2017, considero que no se han desarrollado adecuadamente los alcances de este recurso.

Desde mi perspectiva, a través del recurso de revisión en materia de seguridad nacional contemplado en el artículo 6º constitucional, no sólo se debe revisar la decisión del INAI de entregar una determinada información a un particular, sino algo más amplio: *se trata de examinar si en un caso concreto es correcto el alcance del derecho a la información determinado por el INAI en un supuesto en el que éste entra en conflicto con la seguridad nacional*. En otras palabras: a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde determinar *si en el caso concreto fue adecuado el balance realizado por el INAI* entre el derecho a la información y la seguridad nacional que le permitió llegar a la conclusión de que se debía entregar determinada información.

La importancia de que esta Suprema Corte se pronuncie sobre la resolución del INAI en un caso concreto, que involucra una resolución sobre una solicitud de información pública que puede poner en riesgo la seguridad nacional, estriba precisamente en la necesidad de establecer un precedente constitucional desde el más Alto Tribunal del país que fije los alcances del derecho fundamental en ese escenario

concreto de conflicto con la seguridad nacional, precedente que será aplicable a casos similares en el futuro.

Es importante destacar que no sólo el derecho a la información tiene rango constitucional, sino también el principio que ordena la protección de la seguridad nacional. Este principio no sólo está referido en la porción del artículo 6° constitucional que regula el recurso de revisión extraordinario en esta materia, al señalar que “[e]l Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso de que dichas resoluciones puedan *poner en peligro la seguridad nacional* conforme a la ley de la materia” (énfasis añadido). Adicionalmente, la fracción I del apartado A del artículo 6° constitucional establece con toda claridad que “[t]oda la información en posesión de cualquier autoridad [...] es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes” (énfasis añadido).

De esta manera, no debe perderse de vista que la seguridad nacional es un principio constitucional que puede limitar legítimamente el derecho a la información y, en consecuencia, puede ser utilizado en un caso concreto para justificar la reserva de una información. En este mismo orden de ideas, la doctrina especializada ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como principios constitucionales, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse en sede constitucional con la ayuda de las metodologías apropiadas para este tipo de conflictos.

Ahora bien, para poder establecer criterios sobre los conflictos entre el derecho a la información pública —incluyendo a su principio rector: la máxima publicidad— y este límite constitucional, *resulta absolutamente indispensable interpretar en sede constitucional el concepto de seguridad nacional*. Serán esos criterios los cuales suministrarán argumentos hacia futuro a los sujetos obligados y a los órganos garantes a efecto de reservar o entregar información en casos concretos. No debe perderse de vista que una de las funciones principales de un tribunal constitucional consiste en establecer a partir de casos concretos los alcances de los derechos fundamentales en supuestos de conflicto, no sólo con otros derechos fundamentales sino también con otros principios que funcionan como los límites externos constitucionalmente reconocidos a esos derechos, como ocurre en este caso con la cláusula constitucional que ordena la protección de la seguridad nacional.

Ahora, es cierto que, por el diseño constitucional y legal del recurso de revisión en materia de seguridad nacional, esta Suprema Corte sólo está llamada a pronunciarse sobre asuntos en los que el INAI decidió entregar la información a una persona y el Consejero Jurídico considere que esa decisión supone un riesgo para la seguridad nacional, sin que exista posibilidad de que este Alto Tribunal conozca de los casos en los que el INAI decidió no entregar la información por existir un riesgo a la seguridad nacional. Con todo, a pesar de que esta *asimetría* puede generar la impresión de que esta Suprema Corte únicamente va a desempeñar la función de limitar el contenido del derecho a la información y favorecer los intereses de los sujetos obligados, desde luego se trata de una falsa impresión, puesto que una posibilidad de decisión consiste en confirmar la decisión del INAI

cuando este Alto Tribunal entienda que en ese caso concreto ha establecido un balance adecuado entre el derecho a la información —y su principio rector: la máxima publicidad— y la seguridad nacional.

En este sentido, es posible sostener que lo que se dilucida en este recurso extraordinario de revisión también es un desacuerdo entre dos autoridades —el sujeto obligado y el INAI— sobre una cuestión de constitucionalidad: el balance correcto entre el derecho a la información y la seguridad nacional en casos concretos. En conexión con lo anterior, es importante señalar que ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establecen expresamente que el recurso de revisión en materia de seguridad nacional sea de estricto derecho, ni tampoco que esta Suprema Corte sólo debe ocuparse de los “agravios” planteados por el Consejero Jurídico en su recurso.

Si bien el artículo 6º constitucional establece que por regla general “[l]as resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados”, también señala que el Consejero Jurídico del Gobierno Federal puede interponer recurso de revisión en materia de seguridad nacional ante la Suprema Corte cuando considere que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional. Por su parte, el artículo 189 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que “[e]l Consejero Jurídico del Gobierno Federal podrá interponer recurso de revisión en materia de seguridad nacional directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando considere que las resoluciones emitidas por el Instituto ponen en peligro la seguridad

nacional”; el diverso 190 de dicho ordenamiento se limita a señalar que “[e]n el escrito del recurso, el Consejero Jurídico del Gobierno Federal deberá señalar la resolución que se impugna, los fundamentos y motivos por los cuales considera que se pone en peligro la seguridad nacional, así como los elementos de prueba necesarios”; y el numeral 192 dispone que “[l]a Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá con plenitud de jurisdicción, y en ningún caso, procederá el reenvío”.

De acuerdo con lo anterior —la manera en la que está regulado este recurso tanto en la Constitución Federal como en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; la materia del recurso; lo que se exige al Consejero Jurídico que señale en su escrito de revisión; y a la manera en la que esta Suprema Corte debe resolver—, considero que este recurso debe entenderse como una *vía en la que este Alto Tribunal tiene como mandato resolver una genuina cuestión de constitucionalidad*, para lo cual puede examinar de una manera amplia el problema, incluso en algunos casos sin apegarse estrictamente a lo aducido en el escrito de revisión, pues no hay que perder de vista que lo que hay que resolver es un tema de constitucionalidad, respecto del cual existe un desacuerdo interpretativo entre el INAI y el sujeto obligado.

II. Marco normativo en materia de seguridad nacional.

Por otro lado, en relación con la manera en la que se construye el marco normativo sobre los conflictos entre el derecho a la información y la seguridad nacional, disiento en primer lugar de la forma en la que la sentencia del Tribunal Pleno da cuenta de dichos conflictos, toda vez que entiende que se trata de “restricciones” al derecho a la

información.¹ Desde mi punto de vista, utilizar esta “etiqueta” para hacer referencia a estos casos de conflicto resulta inapropiado porque traslada a una cuestión que me parece pacífica —la idea de que el derecho a la información puede entrar en tensión con la seguridad nacional— todas las discusiones y desacuerdos que suscita el término “restricción” en la jurisprudencia constitucional de esta Suprema Corte. En mi opinión, una opción menos problemática sería simplemente señalar que la protección de la seguridad nacional constituye un principio constitucional que puede limitar legítimamente el derecho a la información. Así, este caso sería precisamente un supuesto en el que hay que definir constitucionalmente las relaciones entre un derecho y su límite.

Por otro lado, si bien coincido con la determinación del Pleno en el sentido de que además del artículo 6° constitucional y la Ley de Seguridad Nacional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental es el ordenamiento aplicable al presente caso “porque bajo ese marco legal fue sustanciado el recurso de revisión del que deriva la resolución del INAI”, me parece incorrecto sostener que los “Lineamientos Generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de

¹ En este sentido, el proyecto contiene frases como las siguientes: “el derecho a la información no es absoluto, sino que admite excepcionalmente restricciones que deberán atender a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (párrafo 64 de la sentencia); “siempre y cuando dichas restricciones sean necesarias para satisfacer un interés público imperativo” (párrafo 65 de la sentencia); “Respecto de las materias o supuestos en los que resultan válidas las restricciones, el artículo 13, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 19, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen que son válidas aquellas restricciones necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas” (párrafo 67 del proyecto); “la Norma Fundamental sólo enuncia los fines constitucionalmente válidos para restringir el derecho de acceso a la información” (párrafo 69 del proyecto).

versiones públicas”, sean una fuente normativa que esta Suprema Corte deba tomar en cuenta para determinar el sentido de la ley.

Desde mi punto de vista, para resolver este asunto únicamente debería tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6º constitucional, así como lo que establecen la Ley de Seguridad Nacional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. De acuerdo con lo anterior, a pesar de que los Lineamientos sean vinculantes para los sujetos obligados al momento de llevar a cabo la clasificación de una información, eso no significa que esta Suprema Corte deba resolver un caso en el que se plantea un conflicto entre un derecho fundamental y su límite —el derecho a la información frente a la seguridad nacional— con apoyo en lo que dispone esa fuente infralegislativa. Como he señalado, al tratarse de un supuesto de colisión entre dos principios constitucionales, este Alto Tribunal debía resolver el caso a partir de lo que disponen las normas de rango constitucional y las leyes relevantes.

III. Análisis de la determinación del INAI y de los agravios de la parte recurrente respecto de la entrega de la información.

En lo que se refiere al estudio de la determinación del INAI de entregar la información solicitada, coincido con el Pleno en confirmar la resolución, en la que se determinó que no procede la reserva de los diecinueve documentos clasificados por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN) sobre las elecciones de dos mil doce y el desafuero de dos mil cinco al actual Presidente de la República y, por ende, que el sujeto obligado debe entregar dicha información. Sin

embargo, considero necesario brindar algunas razones adicionales, así como apartarme de algunas consideraciones de la mayoría.

En primer lugar, cuando nos encontramos ante información potencialmente afectada por una reserva, especialmente cuando ésta verse sobre un tema vinculado a la seguridad nacional, es imprescindible que no sólo se descarte que no se trata de un tipo de información considerada en sí misma por la ley como reservada, sino que además debe realizarse una prueba de daño de conformidad con lo dispuesto en la fracción I del artículo 113 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la fracción I del diverso 13 de la derogada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, como señalé al votar el *recurso de revisión en materia de seguridad nacional 1/2016*, considero que para realizar esa prueba de daño, debe acudir a un instrumento que utilizan los tribunales norteamericanos en este tipo de casos, la “teoría del mosaico”.² En síntesis, esta doctrina sostiene que en materia de seguridad nacional para determinar una reserva no debe analizarse de manera aislada la información que se solicita, puesto que una información aparentemente inofensiva puede afectar la seguridad nacional cuando se correlaciona con otras piezas que permitan tener una visión de conjunto del “mosaico” que constituye la información que afecta la seguridad nacional. De esta manera, sería posible en algunos casos no entregar

² Por lo demás, no soy partidario del uso “expansivo” de la teoría del mosaico, como el que han llevado a cabo las autoridades norteamericanas en ámbitos que van más allá del derecho a la información. Una crítica a este uso expansivo puede encontrarse en Wells, Christina E., “CIA v. Sims: Mosaic Theory and Government Attitude”, *Administrative Law Review*, vol. 58, número 4, 2006.

una información solicitada que, si bien sea inocua en sí misma, resulte sensible para la seguridad nacional una vez que es puesta en conjunto con otra información.³

En este sentido, los tribunales norteamericanos han señalado que una información aparentemente inofensiva, en el momento que es observada en un contexto, recopilando y reconstruyendo pequeños datos, puede amenazar la seguridad nacional, de tal manera que debe tenerse en cuenta esa situación al momento de decidir si se clasifica una información o se entrega.⁴

El segundo componente de la teoría del mosaico es precisamente una clara deferencia de los tribunales hacia el “expertise” de las agencias y dependencias en materia de seguridad nacional, toda vez que son precisamente éstas, las que al tener a la vista el “mosaico” completo pueden evaluar mejor los riesgos a la seguridad nacional que supone entregar piezas de información que aisladamente consideradas aparentemente no representan un problema.

Con todo, para evitar los abusos que en el contexto del derecho norteamericano se han producido en muchos casos de derecho a la información con la adopción de esta doctrina por los tribunales federales, debe requerirse que los sujetos obligados en esta materia al realizar la prueba de daño presenten argumentos específicos en los que muestren cómo la información aparentemente inofensiva que se solicita puede llegar a comprometer la seguridad nacional, haciendo

³ Al respecto, véase Pasha Amir, Amin, *Freedom of Information and National Security. A Study of Judicial Review under U.S. Law*, Múnich, Herbert Utz Verlag, 2014, pp. 99-100.

⁴ En el caso específico de la Corte Suprema norteamericana, adoptó esta doctrina en un caso de derecho a la información (“FOIA case”). Al respecto, véase *CIA v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985).

referencia a la conexión causal que debe existir entre la información y la afectación a la seguridad nacional, además de clarificar las bases a partir de las cuales realiza inferencias sobre la información que está en su posesión.⁵

En este sentido, invocar la teoría del mosaico, no exime a los sujetos obligados de identificar claramente la forma en la que la información solicitada compromete la seguridad nacional, así como explicar las conexiones causales que existan entre la divulgación de la información inocua y el riesgo de daño a la seguridad nacional.

En todo caso, en lo que respecta al asunto en estudio, considero que, en efecto-como bien lo sostuvo el Pleno- la información clasificada por el CISEN no contiene elementos que, individual o conjuntamente, puedan comprometer la seguridad nacional. Ello, pues no contiene ningún dato a partir del cual se pueda inferir o tener acceso a información técnica, métodos o procedimientos de investigación del CISEN, o cualquier otro tipo de información sensible que pueda poner en riesgo la seguridad nacional.

Consecuentemente, coincido con la mayoría en que fue correcta la decisión del INAI de revocar la ampliación del periodo de reserva y ordenar que quede disponible al solicitante la información respectiva. Asimismo, también considero que, en este caso particular, no era necesario realizar una ponderación de los intereses en conflicto, ya que para ello era indispensable que la información solicitada fuera

⁵ Al respecto, se sigue la propuesta de Wells, *op. cit.*, pp. 874-875.

**VOTO CONCURRENTE EN EL
RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA DE
SEGURIDAD NACIONAL 1/2019**

susceptible de comprometer o poner en riesgo la seguridad nacional, lo que en el caso no quedó demostrado.

MINISTRO PRESIDENTE

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA