

HACIA UN MÉTODO AUTÓNOMO Y RACIONAL DE PONDERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN COLISIÓN CON OTROS DERECHOS

Autor: LEGAL AGUILAR, Federico ¹

SUMARIO

La libertad de informar se pone en tela de juicio cuando colisiona con otros derechos de igual rango o jerarquía, produciendo lo que, en doctrina, se denomina «conflicto de derechos», y la necesidad de ponderarlos, existiendo diversos métodos de solución. Esta breve investigación teórica buscará esbozar el método hacia una estructura autónoma de ponderación de derechos, específicamente en los casos de colisión entre el derecho a la libertad de información y otros derechos o principios de igual jerarquía. Se propone como objetivo desarrollar una estructura racional, objetiva y uniforme de propiedades relevantes que permita ponderar los conflictos que nacen de la libertad de información ante otros derechos de igual rango o jerarquía, de modo a ofrecer soluciones lógicas o razonables en los casos concretos. No pretende, sin embargo, desarrollar un método de «respuesta única» ante los «casos difíciles», sino un método *ex pluribus unum*, a fin de orientar las posibles soluciones multivalentes. La investigación está basada principalmente en el método de ponderación propuesto por Robert Alexy en su obra “Teoría de los derechos fundamentales” (1993).

ABSTRACT: The freedom to inform is called into question when it conflicts with other rights of equal rank or hierarchy, producing what in doctrine is named “conflict of rights”, and the need of balancing them, and there are various methods of solution. This brief theoretical investigation seeks to draft the method for an autonomous structure of balancing test, specifically in cases of collision between the right to freedom of information and other rights or principles of similar hierarchy. It has the main purpose

¹ Abogado, UNA (2011). Ex director de Acceso a la Información Pública del Ministerio de Justicia (2014-2015). Becario ILVP, *Transparency and accountability in government* (2016). Actual funcionario de la Dirección de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Corte Suprema de Justicia.

to develop a rational, objective and uniform structure of relevant properties that allows balance the conflicts that arise from the freedom of information against other rights of equal rank or hierarchy, in order to offer logical or reasonable solutions in concrete cases. It does not, however, seek to develop a 'unique right answer' method on 'hard cases', but rather an *ex pluribus unum* method, to guide possible multivalent solutions. The research is based mainly on the method of balancing test proposed by Robert Alexy on his work "Theory of fundamental rights" (1993).

I. Introducción

La libertad de informar se pone en tela de juicio cuando colisiona con otros derechos como el de la intimidad, el de no ser molestado, el de no ser presentado como culpable antes de ser declarado como tal en un juicio público, el de no ser injuriado, difamado o calumniado en las publicaciones, el de no revelar secretos comerciales, industriales, confidenciales, el de no publicar ideas intelectuales sin consentimiento, el de no exhibir ideologías políticas, preferencias sexuales, estados de salud, pertenencias raciales, creencias religiosas o cultos; cuando se apeliagra la seguridad y moral pública, la vida de una persona, la identidad de un menor, la investigación de un delito, la protección de un testigo, etcétera. ¿Es legítimo ejercer la libertad de informar en estas situaciones?

Estas situaciones plantean la necesidad de ponderar, es decir, balancear los derechos en tensión, a fin de determinar cuál de ellos tiene mayor peso. La ponderación, en otras palabras, puede decirse que es argumentar racionalmente el porqué un derecho debe tener mayor jerarquía.

Esta breve investigación teórica buscará esbozar el método hacia una estructura autónoma de ponderación de derechos específicamente en los casos de colisión entre el derecho a la libertad de información y otros derechos o principios de igual jerarquía.

En el sentido expuesto, la presente investigación se propone como objetivo específico desarrollar una estructura racional, objetiva y uniforme de propiedades (o circunstancias) relevantes que permita ponderar los conflictos que nacen de la libertad de información ante otros derechos de igual rango o jerarquía, de modo a ofrecer soluciones lógicas o razonables en los casos concretos. No pretende, sin embargo,

desarrollar un método de «respuesta única» ante los «casos difíciles», sino un método *ex pluribus unum*, a fin de orientar las posibles soluciones multivalentes.

Para el desarrollo de la presente investigación, me baso principalmente en el método de ponderación propuesto por Robert Alexy (Teoría de los derechos fundamentales, 1993).

Las exposiciones teóricas expuestas en el presente trabajo buscarán ir de lo abstracto a lo concreto, reformulando las tesis en las cuales se basan, con criterios deductivos e inductivos.

Mi contribución se funda en una investigación que requiere posteriores verificaciones y un estudio de campo.

II. Distinción entre reglas y principios

Antes de encaminar propiamente a la teoría de la ponderación para la libertad de información que en este trabajo pretendo exponer, es importante analizar someramente la distinción entre «reglas» y «principios».

¿Por qué es importante distinguir conceptual y jurídicamente ambos términos? Porque al campo de la ponderación aplicarán propiamente los principios y no las reglas, ya que estas, de existir, se someten al campo de la «subsunción» –o la adecuación del hecho a la norma–.

Al decir de Mendonça Bonnet (2014): “Más allá del debate ideológico que seguramente subyace en la diferencia entre uno y otro, lo cierto es que se pueden señalar algunas diferencias formales, relativamente fáciles de identificar” (pág. 191).

En la teoría general del derecho se acepta la existencia de dos clases de normas. Por un lado, se encuentran las reglas y, por otro, se encuentran los principios. Ambos se consideran como normas, en sentido jurídico, puesto que son mandatos, y ordenan que algo sea llevado a cabo u omitido.

Las reglas determinan aquello que debe hacerse exactamente como tal, bajo los supuestos descritos en ella. Así, dado A, debe ser B. Esta es la clásica estructura de las normas jurídicas. Ejemplos de esta situación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico de un Estado como, por ejemplo, en los códigos penales: “Quien roba con alevosía, será condenado a 10 años de prisión”. Como se ve, se da la estructura conforme al supuesto de hecho y la consecuencia de derecho.

Los principios, sin embargo, presentan una enunciación diferente o de ellos se obtiene una conclusión abierta, a diferencia de las reglas cuyo resultado es cerrado. Cuando, por ejemplo, se dice que “el Estado deberá adoptar las medidas que impidan todo tipo de discriminación” («principio de no discriminación») o que “todas las personas son iguales en derechos y obligaciones” («principio de igualdad ante la ley»), nos encontramos propiamente con principios jurídicos (en algunos casos «normas programáticas» o «directrices políticas», en otros casos enunciados axiológicos o morales).

Refiere Mendonça Bonnet (2014) que los principios pueden ser muy generales, abarcar un número indeterminado de casos concretos; pueden ser vagos; pueden tener un contenido meramente programático; pueden tener un carácter axiológico. Las reglas tienen la particularidad de que relacionan un caso tipo (supuestos de hecho) con una solución (consecuencia normativa); así, el tipo configurado en la regla es finito o cerrado, lo que no sucede con el principio; por otro lado, la consecuencia normativa que acompaña a la regla está generalmente ausente en el principio (Mendonça Bonnet).

Para Alexy (1988), el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, relacionado con las posibilidades jurídicas y fácticas. El autor hace una clara diferencia entre lo que entiende por una «posibilidad jurídica» y una «posibilidad fáctica»; lo jurídico, pues, responde al campo de la ponderación («subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto») y lo fáctico responde a los subprincipios de «adecuación o idoneidad» y «necesidad», todos estos que, en su conjunto, forman parte de lo que denomina como el «principio de proporcionalidad»².

Los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (Alexy, 1988).

Las reglas exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas; si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer lo

²Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas (Alexy, 2002, pág. 27). El subprincipio de idoneidad refiere a las medidas y los fines; es decir, que la medida instrumental posea un fin legítimo y sea objetivamente idónea y adecuada para lograr ese fin. El subprincipio de necesidad refiere a los medios menos gravosos para restringir el derecho.

que ordena, de manera precisa, ni más ni menos; contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 1988).

Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio; si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla (Alexy, 1988).

La distinción, además, es fundamental porque del campo de las ponderaciones es posible construir reglas, previsibles para futuros casos, lo que, en definitiva, intentará abordar la presente investigación respecto a la libertad de información. ¿Cuáles son las reglas que, conforme a la ponderación que se construya, deben determinar cuándo una información es libre o no? Los siguientes desarrollos intentarán responder dicho cuestionamiento.

III. Ponderación y conflicto de derechos

La ponderación de derechos es una técnica de argumentación en los casos donde los derechos se encuentran en conflicto. ¿Qué significa, entonces, suponer que los derechos se «encuentren en conflicto»?

Existe una sutil distinción entre conflicto de derechos, conflicto de reglas –o antinomias–, y conflicto de principios morales –o dilemas morales–. Un conflicto de reglas se da cuando la Regla 1 reconoce la obligación de hacer X y otra Regla 2 reconoce la obligación de omitir X. El método clásico de resolución para esta clase de conflicto es el de aplicación de la ley posterior sobre la ley anterior, o la ley especial sobre la ley general, etc. Así también, una norma considerada superior prevalece –como la Constitución– sobre una regla considerada inferior, lo cual se da frecuentemente en el control de constitucionalidad de las leyes. Ante el conflicto entre el principio y la regla, prevalece el principio si el mismo se encuentra reconocido constitucionalmente o convencionalmente, y si hay un conflicto de principios –en sentido de derechos fundamentales– se aplica propiamente la ponderación.

Un dilema moral –o conflicto de deberes morales– se da cuando existe una colisión entre dos deberes morales, donde el sujeto determinado está obligado a cumplir con ambos sin poder satisfacerlos al mismo tiempo. En la filosofía moral, las teorías utilitaristas pretendieron resolver esta clase de conflicto con base al principio del «máximo bienestar» que comúnmente suele ser resumida en «el máximo bien para la mayor cantidad de personas». Así, un deber moral prevalece sobre otro cuando produce

la máxima felicidad para mayor número de personas. En contrario a estas teorías, la teoría kantiana pretendió establecer una máxima absoluta; para Kant, por ejemplo, el acto de decir la verdad es un deber moral absoluto que no cede ante ninguna circunstancia, inclusive cuando la mentira sea necesaria para salvar a una persona; cuestión observada por Ross al afirmar la noción de deberes *prima facie*³.

La idea de conflicto de derechos supone básicamente cuando dos derechos de igual rango en cabeza de dos personas no pueden ser ejercidos al mismo tiempo sin desmedro de uno de ellos. Mendonça (2003) enseña la noción de *conflicto intra derecho* –cuando los derechos en conflicto son de la misma especie (v.gr. el derecho a la atención médica que tienen dos personas)–, y *conflicto inter derecho* –cuando los derechos en conflicto son de distintas especies (v.gr. el derecho a la intimidad contra el derecho a la información)–. A su vez esta última noción puede ser clasificada como simple o compleja; el primero supone el conflicto de un derecho D1 de un sujeto *versus* el derecho D2 de otro sujeto; el segundo supone el conflicto de dos o más derechos de un sujeto *versus* dos más derechos de otro sujeto.

Es decir, el conflicto de derechos es, en su exposición más básica: cuando un derecho, supongamos D1, no puede ser ejercido sin desmedro de otro derecho, supongamos D2. Así, de ejercerse D1, se estaría socavando D2 y viceversa.

Ejemplos que comúnmente representan esta tesitura son los conflictos entre la libertad de información *versus* el derecho a la intimidad; el derecho a la libertad de expresión *versus* el derecho al honor y reputación.

Mendonça (2003) expone: “La mayoría de los juristas acepta que cuando dos derechos entran en conflicto, uno de ellos debe prevalecer sobre el otro” (pág. 65). En situación de conflicto de derechos, los juristas recurren a la extendida idea del balance de derechos (Mendonça). La operación de «balancear» derechos consiste, sustancialmente, en establecer un orden de importancia entre los derechos en cuestión, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto (Mendonça). “Esta operación permite identificar, ordenar y seleccionar derechos en conflicto en situaciones específicas”⁴ (Mendonça, pág. 65).

³ Un deber a *prima facie*, en palabras de Ross, es un deber absoluto si no hay otro deber *prima facie* que esté en conflicto con él (Mendonça, 2003, pág. 50).

⁴ La estrategia requerida para resolver conflictos de derechos exige, pues, la ordenación de los derechos en cuestión, lo que supone que un derecho considerado como superior o más importante, sobre la base de algún criterio de ordenación, prevalece sobre otro, considerado inferior o menos importante (Mendonça, 2003, pág. 66).

Alexy, en su obra “Teoría de los derechos fundamentales”(1993), basándose en las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, desarrolla las bases teóricas de una estructura de ponderación –formando esta parte del «principio de proporcionalidad»– que se basa en la asignación de «grados» o «pesos relativos». Concibe la existencia de una «*ley de colisión*» que, en rigor, supone el conflicto de derechos.

Dice Alexy (1993): “Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro” (pág. 89). Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción (Alexy). Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios procede al otro (Alexy). Nótese pues, que, cambiada la circunstancia, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que Alexy quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.

A modo de ejemplo, el derecho a la información podría prevalecer en una circunstancia determinada ante el derecho a la intimidad, pero cambiada la circunstancia, este derecho podría prevalecer ante aquel. Una circunstancia, o «*propiedad relevante*», que determinaría, *prima facie*, la prevalencia del derecho a la información sería la premisa afirmativa de un «interés público» de la información. Otra premisa, en la misma línea ejemplificativa, que determinaría, *prima facie*, la prevalencia de un derecho sobre otro es la calidad del «sujeto público». Así, han dicho algunos pronunciamientos, una autoridad posee menor rango de intimidad respecto a sus funciones oficiales, que una persona común.

Para resolver las colisiones de principios –es decir, «*conflictos de derechos fundamentales*» enunciados en forma de principios–, Alexy (1993) desarrolla una *ley*, la que él denomina como «*ley de la ponderación*», diciendo: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (pág. 161).

De acuerdo con la ley de ponderación, en palabras de Alexy (1993): “la medida permitida de no satisfacción o afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” (pág. 161). Es decir, en el pensamiento de este

autor, esta *ley* dice qué es lo importante en las ponderaciones, el grado o la intensidad de la no satisfacción o afectación de un principio, por un lado, y el grado de importancia de la satisfacción del otro principio, por el otro (Alexy). Con esta *ley* intenta pues enunciar qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia (Alexy).

La ley de ponderación expresa el núcleo de una estructura que es posible reflejar completa y exactamente con ayuda de una fórmula que denominó «*fórmula del peso*», que, en su exposición más básica, y a los efectos didácticos, se expresa de la siguiente forma⁵:

Peso concreto de los principios en colisión (P)

$$= \frac{\text{Intensidad de interferencia (Ii) } \times \text{ Peso abstracto (Pa1)}}{\text{Intensidad de justificación (Ij) } \times \text{ Peso abstracto (Pa2)}}$$

Según Alexy (2008), esta ley permite dividir la ponderación en tres pasos. En el primer paso se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; en el segundo paso se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, por último, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

Para Alexy (2009), los factores expuestos en su fórmula pueden valorarse con ayuda de una «*escala tríadica*», compuesta por los grados «*leve*», «*medio*», «*grave*» (o «*intenso*»). Para calcular el valor del «*peso concreto*», de los principios en colisión emplea la secuencia geométrica $2^0, 2^1, 2^2$, esto es, 1, 2, 4.

Según Alexy (2009), respecto a reemplazar la argumentación por el cálculo, “y que eso no es posible en el Derecho, pero a esto responde que los números o cifras no sustituyen a los juicios o a las proposiciones, sino que únicamente los representan” (pág. 84).

Ahora bien, para entender la teoría de Alexy, es importante analizar la noción de «*intensidad de interferencia*», «*intensidad de justificación*» y «*peso abstracto*».

⁵La fórmula expuesta omite agregar el supuesto de “seguridad de las apreciaciones empíricas”, conforme se expone en la obra de Alexy (2008).

En mi entendimiento, la intensidad de interferencia/justificación representa el grado de afección/justificación de un derecho respecto a otro. Para identificarla, los derechos deben estar en relación. Por ejemplo, ante un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, debe determinarse en qué medida la expresión formulada afecta al honor, según el caso concreto, y en qué medida el derecho al honor afecta la libertad de expresión, según la situación. Así, una condena penal por afección al honor podría, según la concepción valorativa del caso, ser catalogada como intervención grave a la libertad de expresión, mientras que una condena civil podría ser catalogada como moderada; al contrario, una ofensa puede ser catalogada como una intervención grave al derecho al honor, mientras que una sátira podría ser calificada como una intervención leve.

Respecto al peso abstracto, esta variable se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios –o derechos fundamentales– que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –como sería la Constitución–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad (Bernal Pulido, 2006).

Por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción (Alexy, 2008). Pero, dependiendo del caso concreto, la consideración del principio del derecho a la vida puede ceder en casos muy específicos. Piénsese, por ejemplo, un caso de conflicto entre la revelación de la identidad de agentes encubiertos en operaciones contra narcotráfico que actualmente están en servicio, y aquellos que ya no lo están, como aquellos que ya han muerto. La valoración del peso abstracto variará según el caso que se trate. Si hablamos del primer supuesto, el derecho a la vida tendrá un peso mayor que la libertad de información; en el segundo caso, a su vez, podría ser moderado según la circunstancia; en el tercero, el derecho a la vida tendría un peso mínimo.

IV. Construcción de reglas de ponderación a partir de propiedades relevantes

Las propiedades relevantes constituyen las circunstancias que se han considerado como trascendentes desde el punto de vista valorativo; es decir, los criterios que permiten ordenar los derechos a los fines ponderativos. No todas las circunstancias posibles son relevantes, y la selección de ellas es un problema valorativo (Mendonça,

2003). El desafío, en mi entender, se encuentra en encontrar aquellas circunstancias relevantes que sean objetivas y fácticamente identificables.

La conclusión de una ponderación, en esencia, constituye la solución al conflicto de derecho planteado. Así, la solución es un precedente del cual pueden extraerse elementos que permitan construir reglas de ponderación.

Un método, según expone Mendonça (2003), podría consistir en la construcción de una taxonomía que permita ubicar cada caso dentro de una determinada categoría como, por ejemplo, “el derecho a la información y el derecho a la intimidad”; el segundo paso consiste en la elaboración de una serie de reglas de prioridad *prima facie*.

Moreso (2010) propone un método interesante de replanteamiento a la teoría alexyana que consiste básicamente en una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales que tienen la estructura de principios a reglas.

El método se resume en cinco etapas: 1) Delimitación del problema normativo, o universo del discurso⁶; 2) Identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones⁷; 3) Consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa⁸; 4) Establecer propiedades relevantes de ese universo del discurso⁹; 5) Formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso¹⁰ (Moreso, 2010).

La concepción aquí defendida, en la tesis de Moreso (2010), requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas relevantes. Concluye expresando que la selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán casos de duda.

⁶ V. gr. “Acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas” (Moreso, 2010).

⁷ V.gr. “Principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas” (Moreso, 2010).

⁸ V. gr. “Publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad es un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor” (Moreso, 2010).

⁹ V. gr. “La relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz y que la noticia no sea injuriosa” (Moreso, 2010).

¹⁰ V. gr. “Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas” (Moreso, 2010), sería el resultado final como regla *prima facie*.

De la tesis expuesta por Moreso se deduce una conclusión que me parece bastante útil, a fin de proponer un método autónomo para la libertad de información: la posibilidad de construir reglas de ponderación, aplicables para todos los casos. En mi tesis, no se trata de una ponderación ad hoc, sino de una ponderación en abstracto conforme a propiedades relevantes objetivas.

V. *Propiedades relevantes para la libertad de información*

Partiendo de la estructura formulada por Alexy, y buscando una estructura ponderativa autónoma para la libertad de información, considero que, ante una situación de colisión, las propiedades que debe poseer el método, que conforman el acto de ponderación, pueden ser clasificadas como «*esenciales*», «*naturales*» y «*accidentales*».

El acto de ponderación de derechos también puede valerse de esta clasificación, si se tiene en cuenta que siempre existirán aquellos elementos esenciales que siempre estarán presentes; aquellos elementos naturales que pueden estar presentes conforme a la situación; y aquellos elementos contingentes o accidentales que podrían variar según el tiempo y la circunstancia.

En efecto, esta clasificación puede adoptarse partiendo de la misma noción de peso abstracto e intensidad de interferencia/justificación. Desde el punto de vista racional, un derecho posee un «*peso simbólico*», cuando se compara con otros derechos en el caso concreto. Así, por ejemplo, la libertad de información tiene un menor peso que el derecho a la vida, cuando este corre peligro a causa de aquella, conforme señalé *supra*. Sin embargo, la libertad de información podría poseer un peso abstracto autónomo, sin relacionar con otros derechos. Lo que debe determinarse es, pues, cómo hallar metodológicamente ese «peso», en «abstracto» según las circunstancias esenciales que permitan dar la valoración de «leve» (*l*), «moderado» (*m*) o «intenso» (*i*) en abstracto. Para ello, recorro a lo que considero elementos esenciales.

Lo mismo ocurre con la intensidad de interferencia/justificación, pues, desde el punto de vista real y material, un derecho, cuando colisiona con otro, es interferido naturalmente, como cuando se produce el choque de dos cuerpos. Debe determinarse, pues, cuáles son los elementos naturales que suponen una mayor o menor intervención/justificación de ese derecho en abstracto. Por ejemplo, si la información no es veraz, supone una mayor intervención que el caso contrario.

Por último, un derecho posee excepciones. Aquí no se trata de excepciones *a* la regla sino excepciones *en* la regla. Estas se consideran «accidentales», analizadas conforme a los subprincipios de idoneidad, necesidad, y la posibilidad de determinar el daño/beneficio.

¿Cómo determino qué elementos son «esenciales» para la libertad de información? Una información, como una categoría autónoma de realidad conceptual y ontológica, desde el punto de vista de su contenido, puede referirse a un sujeto, o a un hecho, o a ambos. Desde el punto de vista de su existencia material, necesariamente existe en un lugar determinado. Así, el derecho a la información puede prevalecer *prima facie* según se trate de un «Sujeto Público» (Sp) (por ejemplo, funcionarios públicos, autoridades, personalidades públicas)¹¹, según el hecho u «Objeto Relevante»¹² (Or) (por ejemplo, actos de la administración pública, hechos notoriamente públicos) o según la «Fuente Pública»¹³ (Fp) (por ejemplo, una institución pública, un lugar público, un medio de comunicación). Estos atributos suponen ser esenciales porque en todos los casos habrá o un sujeto, o un hecho, o una fuente que permita construir un criterio relevante de ponderación. Imagínese cualquier situación que involucre la libertad de información, uno de los elementos necesariamente deberá estar presente. Así, la variable de estos criterios permitirá definir el peso abstracto que deba tener la libertad de información según se trate de Sp, Or o Fp (o, en su caso \neg Sp, \neg Or o \neg Fp), conforme a la valoración *l, m, i*.

Respecto a la medida de interferencia que pueda recibir la libertad de información, parto de las características naturales que posee una información como un hecho material, independientemente del sujeto, objeto o fuente. Una información o es

¹¹Existe consenso de que las personas o figuras públicas son aquellas que adquieren notoriedad o fama de manera que son ampliamente conocidas, o son personas que se involucran voluntariamente con materias o actividades de interés público o están vinculadas a una controversia de relevancia institucional (Nogueira Alcalá, 2000, pág. 73).

¹²La relevancia pública de la información está dada por: a) la importancia de los hechos en sí y la conveniencia o necesidad de su conocimiento por la sociedad, en sentido objetivo; a su vez, b) en sentido subjetivo, es necesario determinar si el sujeto pasivo de la información es una persona o no de relevancia pública o una figura pública (Nogueira Alcalá, 2000, pág. 73).

¹³ Así, según la Ley N° 5.282 “de libre acceso a la información pública y transparencia gubernamental”, art. 2, numeral 2, presume que toda información obtenida, administrada o generada por una fuente pública, se considera libre, salvo que sea secreta o reservada por ley. Según Nogueira Alcalá (2000), exponiendo una sentencia de un tribunal español, son circunstancias relevantes para ponderar: materia de la información, su interés público, su capacidad de contribuir a la opinión pública libre, el carácter público o privado de la persona objeto de la información, así como el medio de información, es decir, si se ha difundido por un medio de comunicación social.

total o parcialmente: 1) veraz (V); 2) falsa (F); 3) errónea (E)¹⁴. Estos atributos suponen ser «naturales», porque toda información poseerá una de esas variables. Pero la interferencia que pueda sufrir la libertad de información dependerá, a su vez, del peso abstracto que posea en sí. Por ejemplo, una información puede ser relevante, pero puede no ser veraz; evidentemente la medida de interferencia tendrá mayor justificación que si se trata de una información relevante y veraz.

Por último, para el elemento accidental considero las «Excepciones» (Ex) a la libertad de información. Aquí, me valgo de los criterios sostenidos por la Corte IDH¹⁵, es decir, que exista una «excepción legítima e idónea» (L); que sea la «menos restrictiva» (o “necesaria”) (Pr); que el «beneficio sea superior» (Db)¹⁶. Son elementos accidentales puesto que, conforme a las circunstancias de tiempo, lugar, y forma, pueden variar¹⁷.

Determinada la clasificación de elementos esenciales, naturales y accidentales, determino los valores que cada circunstancia o variable posee, según la escala *l*, *m* o *i*. El elemento esencial define Pa; el elemento natural y la variable del peso definen Ii; el elemento accidental define Ex.

VI. Resultados, análisis y observaciones

Para los elementos esenciales, luego de análisis deductivos, determiné los pesos abstractos de la siguiente forma:

Elemento esencial	Pa	Fundamento
Sp	<i>l</i>	No determina por sí solo cuando una información es potencialmente pública ¹⁸ , sino que debe valerse de otros elementos ¹⁹ .

¹⁴Una de las características de la información que se refiere a hechos o acontecimientos de relevancia pública para que ella actúe dentro del ámbito legítimo del derecho es su veracidad (Nogueira Alcalá, 2000, pág. 78).

¹⁵Cfr. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. (2009). Washington: OEA.

¹⁶ Vale notar que aquí las excepciones forman parte del principio de proporcionalidad conforme a la teoría de Alexy, basándose en los subprincipios de adecuación o idoneidad y de necesidad. Lo que agregaría, en mi entender, la Corte IDH, es el criterio de daño/beneficio. Lo interesante, además, es que estos subprincipios, según mi entender, ya no solo forman parte de lo fáctico sino de lo jurídico y, en consecuencia, se subsumen al principio de proporcionalidad en sentido estricto que, en esencia, es la ponderación misma.

¹⁷Por ejemplo, lo que anteriormente podía considerarse como una información que afecte la intimidad de los funcionarios públicos, respecto al ejercicio de sus funciones, ya no se considera como tal.

¹⁸Esta argumentación es lógica si se tiene en cuenta que toda persona pública también goza del derecho a la intimidad, aun dentro del horario del ejercicio de sus funciones oficiales. Así, por ejemplo, no sería pública una imagen donde la autoridad pública esté realizando sus necesidades fisiológicas.

Or	<i>i</i>	Será el hecho en sí lo que determine por sí solo si la información es potencialmente o no de “interés público” y, en consecuencia, “relevante”, independientemente del sujeto o la fuente ²⁰ .
Fp	<i>m</i>	Se presume, pero no en absoluto, que toda información “administrada”, “generada” u “obtenida” por una fuente pública se considera pública ²¹ .

Si se diera el caso de $\neg Sp$, $\neg Or$, $\neg Fp$, podría considerarse en un «peso nulo» (*n*) como valoración de la escala. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, no se considerará tal valoración.

Para el elemento natural, determiné la intensidad de interferencia de la siguiente forma:

Elemento natural + Pa	Ii	Explicación
V + (Or v Fp)	<i>i</i>	Siendo veraz la información, y teniendo un peso intenso o moderado, cualquier restricción debe considerarse como grave o intensa.
E + (Or v Fp)	<i>m</i>	Siendo errónea la información, pero teniendo un peso intenso o moderado, la restricción está justificada en la medida que corresponda, esto es, la corrección o rectificación, lo cual supone una alternativa moderada de intervención a la libertad de información.
F	<i>l</i>	En todos los casos donde la información sea falsa, supone la menor afección y, consecuentemente, la mayor intensidad de justificación en la intervención a la libertad de información.

Para el elemento accidental, determiné la intensidad de la excepción de la siguiente forma:

Elemento accidental	Intensidad de la excepción	Explicación
L + Ns + Db	<i>i</i>	Si la excepción es legal e idónea para los fines que persigue, es la “menos restrictiva” (o necesaria) ²² , y el “beneficio” del principio en colisión es superior (lo cual equivale decir a que el daño será mayor, a la inversa), la excepción debe considerarse como intensa.
L + Ns + (<i>i</i>)	<i>m</i>	Si la excepción es legal, proporcional, pero no es posible determinar el daño/beneficio, debe considerarse como moderada.
$\neg L$ v $\neg Ns$	<i>l</i>	Si la excepción no es legal o no es proporcional, debe considerarse como leve, independientemente del daño/beneficio.

¹⁹El “sentido objetivo” de la información prepondera respecto al criterio subjetivo, lo cual determinará si estamos en presencia del legítimo ejercicio de un derecho o de un ilícito que afecta otros derechos (Nogueira Alcalá, 2000, pág. 74). Por ejemplo, la información respecto a una autoridad pública no es pública por la sola calidad del sujeto. Así, no sería pública una información respecto a actos que conciernen a la intimidad sexual, o actividades íntimas en el hogar. Lo que se pondera, pues, es la actividad del funcionario, no su personalidad. Todo lo que afecte a su actividad (hecho) es lo ponderable.

²⁰Por ejemplo, tratándose de un hecho punible cometido por una autoridad pública, lo que hace pública la información es el hecho (relevante de por sí) y no la calidad de la persona. No es lo mismo, pues, el “interés público” que el “interés *del* público” (cfr. Mendonça, 2003).

²¹Esta valoración se extrae del art. 2, numeral 2, de la Ley N° 5.282. Inclusive los hechos ocurridos en lugares públicos no son absolutamente públicos, porque toda persona tiene derecho a la privacidad, es decir, que sus actos, aun cuando estén realizados en lugares públicos, estén exentos del escrutinio público.

²²Es decir, habiendo una serie de alternativas para restringir el derecho, se opta por la que menos restricción cause. Sin embargo, será proporcional cuando la restricción total sea la única vía.

Si las variables para el elemento natural son parciales (por ejemplo, si en parte la información es falsa, en parte es verdadera), se aplican los criterios por cada situación particular.

La fórmula de ponderación para la libertad de información quedaría expresada de esta manera:

$$P = \frac{Pa \times Ii}{Ex}$$

$$P = \frac{(Sp, Or, Fp) \times [(V + Pa) \vee (E + Pa) \vee (F)]}{Ex, Ns, Db}$$

A partir de las circunstancias dadas, puede construirse un universo de casos posibles, tomando las diferentes posibilidades que adquiere la fórmula. Teniendo tres propiedades de valoración (*l, m, i*), y tres elementos relevantes (Pa, Ii, Ex), se llega a la fórmula 3³, dando como resultado 27 casos posibles (C).

Tabla I. Variables de la fórmula según el peso abstracto intenso

C	Pa	Ii	Ex
1	Intenso	Intenso	Intenso
2	Intenso	Intenso	Moderado
3	Intenso	Intenso	Leve
4	Intenso	Moderado	Intenso
5	Intenso	Moderado	Moderado
6	Intenso	Moderado	Leve
7	Intenso	Leve	Intenso
8	Intenso	Leve	Moderado
9	Intenso	Leve	Leve

Vemos así que en C1 hay una verdadera tensión entre Pa, Ii, respecto a Ex. Para no recurrir a la exposición matemática de la fórmula, y tratando de convertir el principio a la libertad de información en verdaderas reglas, podríamos partir bajo la hipótesis de que la prevalencia condicionada puede ser determinada partiendo de Ex, bajo la premisa de que en todos los casos donde Ex=i, el principio en colisión (Pc) prevalece (>) sobre la libertad de información (Li). Así, podrían efectuarse, en principio, cuatro reglas de ponderación (Rp):

$$Rp_1. Ex(i) = Pc > Li$$

Rp2. $Pa(i \vee m) + Ii(i \vee m) + Ex(l \vee m) = Li > Pc$

Rp3. $Pa(l) + Ii(l) + Ex(m) = Pc > Li$

Rp4. $Pa(l) + Ii(l) + Ex(l) = Li > Pc$

En Rp₁, prevalece el principio en colisión por tratarse de una excepción intensa. En Rp₂, prevalece la libertad de información por tratarse de peso intenso o moderado, con interferencia intensa o moderada, y con excepción leve o moderada. En Rp₃, prevalece el principio en colisión por tratarse de un peso abstracto leve, con intensidad de interferencia leve, y una excepción moderada. En Rp₄, prevalece la libertad de información, por tratarse de una excepción leve.

En síntesis, reformulando las reglas de ponderación en una regla general, podría decir: «Cuando la información posea un objeto relevante u obre en una fuente pública, sea veraz, o siendo errónea, pueda rectificarse, prevalecerá *prima facie*, salvo que exista una excepción legítima, que sea la menos restrictiva entre todas las alternativas fácticas, y que suponga un beneficio superior, o salvo que la información sea falsa, exista una excepción legítima y que esta sea proporcional».

VII. *Discusión y conclusiones*

El presente trabajo de investigación, cuyo interés real radica en determinar una fórmula en abstracto, aplicable a todos los casos posibles, no como un método de “respuesta única” a las soluciones planteadas, sino como un elemento de lógica multivalente, puede ser utilizado para definir la estructura argumentativa que defina en mayor o menor medida el peso de la libertad de información. Naturalmente, los desarrollos plasmados merecen mayor profundización y revisión crítica.

Una primera observación crítica podría darse sobre la construcción de los factores relevantes. Como dice Mendonça (2003): “la respuesta a esta pregunta depende, obviamente, de nuestra valoración de las distintas circunstancias que deberían ser tomadas en cuenta” (pág. 75). Sin embargo, he tratado de mantener cierta objetividad recurriendo a elementos esenciales, naturales y accidentales que, deductiva e inductivamente, he podido identificar.

El segundo punto de observación sería que la fórmula propuesta no puede ser aplicable en general a todos los casos. Evidentemente esto se debe, en gran medida, al caudal de métodos y respuestas posibles sobre los casos difíciles, y a otras propiedades

relevantes que puedan ser consideradas lo cual, en esencia, podría cambiar la regla definida. Dependerá, en consecuencia, de la libertad ideológica del juzgador para determinar qué método y qué valoración relevante debe sopesar.

El tercer punto de observación es con lo referente a los conceptos de sujeto público, objeto relevante, fuente pública, veracidad, error, daño superior, etcétera. Estos conceptos deben ser llenados con esfuerzos argumentativos lo cual dependerá de una cuestión valorativa de la realidad circunstancial, donde se requerirá una nueva argumentación según el caso concreto.

Por último, si bien la estructura de la fórmula puede ser ideal a fin de explorar argumentaciones lógicas, debe tenerse en cuenta que cada principio en colisión puede poseer sus propiedades relevantes, por lo que el criterio de “excepciones” no puede englobar absolutamente todos los supuestos. Las propiedades identificadas para la libertad de información podrían coadyuvar, sin embargo, a descartar propiedades en otros elementos considerados como “contrapesos naturales”; por ejemplo, ante la ausencia de la propiedad Fp para la libertad de información, podría alegarse la presencia de la propiedad \neg Fp para el derecho a la intimidad, etc. Entonces, supongamos que la información no sea relevante, no se trate de un sujeto público y no obre en una fuente pública, podría decirse que el peso abstracto del derecho a la intimidad (principio en colisión) es intenso. Sin embargo, no podría decirse lo mismo de otros casos donde se invocan principios de seguridad nacional, el derecho a la vida, entre otros.

Se concluye, sin embargo, que la utilidad de la regla de ponderación hallada permitirá construir criterios relevantes de ponderación, a fin de justificar cuándo la libertad de información deba prevalecer o no.

VIII. Bibliografía

- ALEXY, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 139-151.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13-64.
- ALEXY, R. (2008). La fórmula de peso. En M. Carbonell (Edit.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 13-42). México: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ALEXY, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 3-14.

- ALEXY, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 68-84.
- BERNAL PULIDO, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51-75.
- Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. (2009). Washington: OEA.
- MENDONÇA BONNET, J. C. (2014). La Libertad de Información y el Acuerdo y Sentencia N° 1306/13 de la Excma. Corte Suprema de Justicia. En J. M. Costa, *El Acceso a la Información Pública en Paraguay* (págs. 189-200). Asunción: Instituto de Investigaciones Jurídicas / Corte Suprema de Justicia.
- MENDONÇA, D. (2003). *Los derechos en juego: Conflicto y balance de derechos*. Madrid: Tecnos.
- MORESO, J. J. (2010). Conflicto entre derechos constitucionales y manera de resolverlos. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 821-832.
- NOGUEIRA ALCALÁ, J. (2000). El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos. En J. Carpizo, *Derecho a la información y derechos humanos* (págs. 3-144). México: UNAM.

PALABRAS CLAVE: Colisión de derechos, ponderación de derechos, argumentación jurídica, derecho a la información.

KEY WORDS: Collision of rights, balancing test, legal reasoning, right to information