

**EL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN
EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA:**
razones, significados y consecuencias

Pedro Salazar Ugarte
COORDINADOR

- Sergio **López-Ayllón**
- Pedro **Salazar Ugarte**
- Paula S. **Vásquez Sánchez**
- Ricardo **Becerra**
- Raúl **Trejo Delarbre**
- Mauricio **Merino**
- Pablo **Larrañaga**
- Fernando **Escalante Gonzalbo**



EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: RAZONES,
SIGNIFICADOS Y CONSECUENCIAS



Alonso Lujambio Irazábal
Comisionado presidente

María Marván Laborde
Comisionada

Jacqueline Peschard Mariscal
Comisionada

Juan Pablo Guerrero Amparán
Comisionado

Alonso Gómez-Robledo Verduzco
Comisionado

Francisco Ciscomani Freaner
Secretario de acuerdos

Ángel Trinidad Zaldívar
Secretario ejecutivo

Comité Editorial

Ciro Murayama
Fernanda Somuano
Raúl Trejo

Rigoberto Ocampo Alcántar
*Director general de Atención a la So-
ciedad y Relaciones Institucionales*

Manuel Salvador Matus Velasco
*Director general de Estudios
e Investigación*

Sylvia Salazar Ugarte
Secretaria técnica del Comité Editorial



Héctor Fix-Fierro
Director

Juan Vega Gómez
Secretario académico

Elvia L. Flores Ávalos
*Jefa del Departamento
de Publicaciones*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 426

Coordinadora Académica: Elvia L. Flores Ávalos
Coordinadora editorial, edición y formación en computadora: Karla B. Templos Nuñez
Concepto de portada: Mónica Peón

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: RAZONES, SIGNIFICADOS Y CONSECUENCIAS

PEDRO SALAZAR UGARTE
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
México, 2008

Primera edición: 2008

DR 2008. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5361-6

CONTENIDO

Prólogo	VII
Alonso LUJAMBIO	
Nota introductoria	XV
Pedro SALAZAR UGARTE	
La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?	1
Sergio LÓPEZ-AYLLÓN	
La reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana: contexto normativo y alcance interpretativo	35
Pedro SALAZAR UGARTE Paula S. VÁSQUEZ SÁNCHEZ	
Internet llega a la Constitución (el derecho de acceso a la información y los sistemas electrónicos)	71
Ricardo BECERRA	
Treinta años de regateos. El derecho a la información desde su discusión inicial	89
Raúl TREJO DELARBRE	
En vísperas de la revolución informativa.	119
Mauricio MERINO	

La política pública del principio de transparencia. Panorama para una agenda pendiente	149
Pablo LARRAÑAGA	
Y que nos dejen en paz. Apuntes sobre el derecho a la privacidad	181
Fernando ESCALANTE GONZALBO	

PRÓLOGO

Hay un hecho político contundente en la joven democracia multipartidista de México. En abril de 2002, todos los partidos aprobaron, por unanimidad en ambas cámaras del Congreso de la Unión, una Ley Federal de Transparencia. Las 32 entidades federativas adoptaron sus leyes de transparencia entre 2001 y 2006, empezando por Jalisco y Sinaloa, cuyos congresos aprobaron sus normas poco antes de que lo hiciera en el nivel federal el Congreso de la Unión. Una vez concluida la primera etapa de definición del derecho y de construcción institucional para su protección en el complejo entramado del federalismo mexicano, a finales de 2006 sucedió algo inédito en la política mexicana: tres gobernadores, de Aguascalientes, Chihuahua y Zacatecas, pertenecientes a la sazón a las tres grandes fuerzas políticas del país, anunciarán la presentación de una iniciativa conjunta de reforma al artículo 6o. constitucional en materia de transparencia.

La iniciativa quería dotar de *principios* constitucionales al derecho de acceso a la información, unos mínimos para las 33 legislaciones ya existentes en la materia, de muy heterogénea factura por lo demás, pero también de unas sólidas bases institucionales para *la protección* de ese derecho. Pero no sólo eso: la reforma, en tercer lugar, prescribía el modo de *potenciar el uso* ciudadano del derecho a la información. Era una reforma exigente, que colocaba a México a la vanguardia mundial en la política de la transparencia en las definiciones institucionales más especializadas y en la máxima utilización de la tecnología en la promoción del uso de ese derecho democrático esencial.

A finales de 2006, tres diputados federales, del PAN, PRI y Alternativa, propusieron que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión adoptara la iniciativa como propia. La idea de los tres diputados era ganar tiempo, en principio, y siguiendo la ruta prescrita por nuestra Constitución, los tres gobernadores planeaban enviar la iniciativa a los congresos locales de sus estados para ser ahí dictaminadas, aprobadas y

enviadas hasta entonces al Congreso de la Unión. La adopción de la iniciativa por parte de diputados federales de diversos partidos hacía más expedita la ruta y permitía el arribo de la misma iniciativa al Congreso de la Unión de modo casi inmediato. Semanas después, los ocho líderes de las fracciones parlamentarias de la Cámara de Diputados hicieron suya la iniciativa y la turnaron para su análisis a comisiones. Los diputados en comisiones perfeccionan la iniciativa y la presentaron al Pleno de la Cámara. El dictamen presentado fue aprobado por unanimidad el 6 de marzo de 2007. El Senado votó la iniciativa el 24 de abril, y la aprobó por unanimidad. Después, en el breve plazo de mes y medio, 21 congresos locales en las entidades federativas de México la aprobaron por unanimidad. El proceso concluyó cuando el Ejecutivo Federal publicó la reforma en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007.

Estamos, pues, indudablemente, frente a tan aplastante evidencia, ante una política de Estado de la democracia pluralista de México. Ciertamente, 68 países del mundo tienen una ley de transparencia, pero el 80% de esas leyes fueron aprobadas en el periodo de quince años, que va de 1990 a 2005. La reforma constitucional mexicana de 2007, producto de la concurrencia de todos sus partidos del espectro político nacional, pone —en perspectiva comparada— alto el nivel de exigencia, y urge a actuar a todos los poderes legislativos del país, al colocar en el régimen transitorio el plazo de un año para que los 33 congresos mexicanos ajusten sus leyes secundarias al mandato constitucional, y dos años para que todas las entidades federativas tengan en marcha sistemas electrónicos para el uso del derecho, junto con los municipios de más de 70,000 habitantes. No hace falta sino leer los dictámenes de las dos cámaras del Congreso de la Unión para entender cabalmente que la reforma supone toda una concepción del papel que el acceso a la información pública gubernamental y la acción ciudadana demandante de información juegan en la construcción de la democracia moderna. De ese tamaño es la obra del Constituyente Permanente de México en materia de transparencia.

La virtud extraordinaria de este libro coordinado por Pedro Salazar, profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, es que arroja luz sobre la multiplicidad de lecturas que admite la reforma: su alcance interpretativo, sus efectos legislativos, sus potenciales consecuencias administrativas, sus impactos en la organización municipal, su alcance en la protección efectiva de la privacidad y de los sistemas de datos perso-

nales, su impacto en la potenciación de solicitudes de información y de recursos de revisión, y un largo etcétera.

Los siete ensayos que componen el libro son, en verdad, de extraordinaria factura. El libro en su conjunto es llamativo por la inteligencia con la que Salazar integra temas y autores. Destaco, en principio, dos ensayos sobre la nueva norma constitucional como *texto*, sobre los diversos alcances interpretativos que admite y sobre sus potenciales traducciones legislativas. Son autores Sergio López-Ayllón y, por su lado, el propio Salazar, en coautoría con Paula Vásquez. Son aproximaciones jurídicas al detalle fino. No se espante el lector ajeno a los vericuetos del lenguaje jurídico, porque López-Ayllón y Salazar / Vásquez logran analizar cuidadosamente la reforma al artículo 6o. constitucional desde la visión del derecho internacional y de los tratados internacionales firmados por México, hasta la perspectiva municipal y sus atribuciones en la materia, de un modo, sin embargo, comprensible, y agudo por lo demás. Destaco dos elementos del ensayo de López-Ayllón, el estudioso mexicano con la obra más vasta, escrita a lo largo de los últimos veinte años, sobre la materia: la reforma al artículo 6o. constitucional de 2007 debe ser vista, sí, como punto histórico de inflexión, pero sobre todo como nuevo punto de partida. López-Ayllón es un optimista natural, pero por fortuna ve con crudo realismo los desafíos de toda la institucionalidad política de México en materia administrativa, institucional, cultural, documental, política, archivística, en la implementación del nuevo artículo 6o. constitucional: una visión nada complaciente que pasa la página y pone los énfasis en los retos que están por venir. El otro punto de López-Ayllón es una derivada del primero: es la idea, enfáticamente subrayada, de que hemos de estar atentos a los efectos reales, no supuestos o deseados, de la nueva norma, para no caer en lo que él llama “el fetichismo legislativo”. López-Ayllón nos pide que no revivamos nuestros impulsos decimonónicos creyendo que las reformas jurídicas son suficientes para cambiar la realidad.

Creo que, en conjunto, el libro coordinado por Salazar tiene eso que reclama López-Ayllón. No estamos frente a un libro que celebra el nuevo artículo 6o. constitucional y punto: más bien el libro celebra el nuevo artículo 6o. constitucional y lo discute de cabo a rabo, lo pone de cabeza, lo analiza desde múltiples perspectivas (constitucional, legal, administrativa, política, cultural, social). Creo que tienen razón los que dicen que los mejores estudios jurídicos son los multidisciplinarios. Aquí un ejem-

plo exquisito coordinado por Salazar, un jurista, doctor en derecho, especialista puntilloso de las cosas jurídicas, pero de empeño teórico, comparativista de las Constituciones y de la política, y adverso, a la vez, al estudio de la ley desde el compartimiento estanco del derecho.

No quiero fastidiar al lector con detalles que podrán verse más adelante en el texto y en la introducción, que muy puntualmente y sin rodeos nos propone Pedro Salazar. Lo que quiero aquí es anunciarle al lector lo que a mi juicio es esencial en el libro. El tercer capítulo, de Ricardo Becerra, enfatiza un aspecto central del nuevo arreglo constitucional, establecido en el artículo tercero transitorio: la necesidad de que la Federación, los estados y los grandes municipios del país ofrezcan al ciudadano todas las vías disponibles para hacer uso del derecho a la información, resaltando la obligación de contar, todos, con sistemas electrónicos para la presentación de solicitudes de información y la interposición de recursos de revisión ante los órganos garantes de este esencial derecho. Éste es uno de los aspectos de la reciente experiencia mexicana que más ha llamado la atención en el mundo, pues la Federación y algunos estados pusieron dicho mecanismo en marcha y ello facilitó la multiplicación de las solicitudes, de las controversias públicas, del debate colectivo sobre qué debe ser público, qué debe reservarse temporalmente y qué debe ser confidencial siempre. Becerra subraya cómo, aunque sólo el 20%, aproximadamente, de la población mexicana tiene acceso a la Internet, la tecnología puede detonar un cambio cultural promovido por ciudadanos usuarios del derecho, por los medios de comunicación masiva y por la crítica política.

El lector se topará, por otro lado, con la perspectiva histórica que nos ofrece Raúl Trejo Delarbre en relación con el debate sobre la reforma al artículo 6o. constitucional en 1977. El ensayo de Trejo nos deja ver la manera en que este derecho fundamental se ha debatido históricamente en el Congreso mexicano, y el modo en que se entreveran la libertad de expresión, el derecho a la información y la acción social de los difusores de la información. La de Trejo es una aportación mayúscula del libro, porque nos pone al tanto de la ruta política de nuestro artículo 6o. constitucional a partir de la última de sus modificaciones a la luz de la reforma política de 1977, que diera cabida completa al pluripartidismo del México posrevolucionario. Trejo nos hace ver cómo el debate osciló entre la lectura del derecho a la información como garantía individual y como derecho público colectivo, entre ceñir su alcance a la acción comunicati-

va de los partidos políticos al asegurárseles espacios en los medios de comunicación masiva y ampliar su radio de acción entendiéndolo desde la perspectiva de la demanda ciudadana por información sobre la gestión de los asuntos públicos. Es un texto imprescindible para entender la mutación que ha experimentado en México el modo de entender esta frase: “El derecho a la información será garantizado por el Estado” (son las diez palabras que se introdujeron al artículo 6o. constitucional en 1977).

La inclusión en el libro de otros dos ensayos, escritos no por especialistas en derecho, sino en administración pública y en sociología, Mauricio Merino y Fernando Escalante, arroja luz sobre aspectos notables de la reforma. Mauricio Merino, politólogo, el estudioso más acucioso de la política municipal de México, analiza precisamente los dilemas de la implementación del artículo 6o. constitucional en el conjunto de los municipios del país y en los 246 municipios que tienen más de 70,000 habitantes, y que por lo tanto deberán contar con un sistema electrónico para recibir solicitudes de información por mandato constitucional. Merino insiste con razón en el concepto de “revolución informativa”, que supone, por ejemplo, la imperiosa actualización archivística, la construcción de indicadores de gestión y del uso de recursos públicos en el espacio municipal, al tiempo que se pregunta cómo puede implementarse la reforma en un mundo institucional de perenne rotación trianual, en donde “hay mucho de artesanía política e informalidad administrativa”, sin “criterios organizacionales claramente reglamentados”. Merino celebra la modificación constitucional, porque ve en ella un motor de transformaciones necesarias, observa potencialmente “un cambio paradigmático en la administración pública mexicana”, pero pide que ponderemos los pasos que siguen a la reforma para estar en aptitud de calibrar sus “frutos posibles”.

Por otro lado, Pablo Larrañaga diseña magistralmente, en su elegante ensayo, la política de transparencia en relación con la legitimidad de la acción pública gubernamental, porque contribuye “a la deliberación racional del quehacer público”, porque llama “a la construcción deliberativa del interés público” y también “al ejercicio deliberativo de evaluación pública de las decisiones” (uso las palabras del propio Larrañaga). En este sentido, la política de transparencia es un instrumento civilizatorio de la política y ordenador de su debate. El autor analiza la manera en que el control interinstitucional y los controles intrainstitucionales pueden activarse en un contexto de exigente transparencia. El autor también exami-

na la capacidad de la política de transparencia para luchar en contra de la corrupción. El análisis de la diversa opacidad de prácticas como el soborno, la malversación y el hurto, el fraude, la extorsión, el abuso de la discrecionalidad, el favoritismo, el nepotismo, el clientelismo, es clave, a mi juicio, para ponderar en qué arenas la transparencia puede maximizar su impacto como elemento de construcción del orden jurídico y del Estado de derecho. El ensayo de Larrañaga, de exquisita pluma, además, no tiene desperdicio cuando se trata de justipreciar con cuidado la relación entre transparencia y la lucha contra la corrupción.

Finalmente, Fernando Escalante, el sociólogo más destacado de su generación. Se trata de un estudio sobre la fracción II del párrafo segundo del nuevo artículo 60. constitucional, centrado en la protección de los datos personales y de la privacidad de las personas, un límite imprescindible constitucional al derecho de acceso a la información. La extraordinaria virtud del texto de Escalante está en el modo en que borda todo el tiempo sobre una línea muy delgada: estamos ante la complejidad extraordinaria en la aplicación del derecho a la privacidad. Dice Escalante, con elocuencia:

...Privado no significa inexpugnable. Están siempre como límites los derechos de los demás, y el interés público: con palabras muy parecidas se repite en casi todos los artículos que definen las garantías individuales. Ahora bien, no se puede delimitar en modo definitivo el ámbito de lo privado, porque siempre será discutible el alcance del interés público, el momento en que se justifica la intervención de la autoridad; también cambia con el tiempo el contenido concreto de los derechos de los demás, cambia el orden de prioridades. La ley interviene hoy para regular asuntos que en otro tiempo se consideraban enteramente privados, como la educación de los hijos en casa, el trato entre los miembros de la familia, pero también se abstiene de sancionar conductas que antes eran castigadas.

Escalante lamenta por un lado la parquedad del texto cuando éste se pronuncia a favor de la protección de los datos personales, pero remite a ley secundaria, para que ahí se defina qué exactamente se protegerá y cómo. ¿En dónde está el equilibrio delicado en que se mueve Escalante? En que al tiempo que exige una norma más clara, que defina con más precisión el bien jurídico que se quiere proteger cuando se habla de derecho a la privacidad, reconoce que no es posible ni deseable que se pongan límites “definitivos”, pues “no hay que perder de vista que se trata

de un campo problemático, en el que pueden entrar en conflicto el derecho a la información, la libertad de expresión y las exigencias de seguridad pública y administración de justicia. Y que en muchos casos —sigue Escalante— será necesaria una solución judicial, no legislativa”. El autor analiza otras redacciones constitucionales y también criterios seguidos por la Suprema Corte de otros países y detecta cuatro grandes campos de definición: el derecho a la propia imagen personal, la inviolabilidad del espacio material del domicilio, la intervención ajena de las comunicaciones en todas sus formas, y la protección de los datos e información de carácter personal. Es una discusión que supera la cosa pública y que tiene que ver con la información que sobre las personas circula entre privados, con intereses comerciales o sin ellos. Es la aportación de Escalante, clave a mi juicio, en el debate sobre cómo definir constitucionalmente, y hasta dónde, el derecho a la privacidad e intimidad de todas las personas.

Hasta aquí algunos elementos para enfatizar, brevemente, las inequívocas virtudes de este libro, que se suma a otros* y que anuncia el fructífero debate sobre lo que vendrá. Creo, para terminar, que si Montesquieu volviera a nacer, escribiría un epílogo a su *Espíritu de las leyes*. Acaso llevaría por título *Sobre la transparencia*. Y es que estamos ante un nuevo control ciudadano sobre el poder, que puede ejercerse de modo directo, sin la mediación de los órganos de representación política, y que está llamado a incrementar la calidad de nuestra joven democracia mexicana. Es de agradecerse que Pedro Salazar, este —joven también— estudioso de nuestra naciente democracia, haya juntado a tantos talentos para producir un libro imprescindible por su pertinencia, por su seriedad y por su profundidad sobre un tema clave para la política mexicana del presente y del futuro.

Alonso LUJAMBIO**

* Creo que este libro, junto con otros dos de reciente publicación, forman una excelente triada sobre el tema. Uno fue coordinado por Sergio López-Ayllón, antes de la reforma: *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. El otro fue coordinado por Jorge Bustillos y por Miguel Carbonell, después de la reforma: *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, IFAI-INFODF-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

** Comisionado presidente del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).

NOTA INTRODUCTORIA

I

Los trabajos incluidos en este volumen editado por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM dan cuenta de la complejidad —conceptual, jurídica, política y administrativa— que supone implementar políticas de transparencia y garantizar los derechos de acceso a la información pública, a la privacidad y al resguardo de los datos personales. Se trata de temas de creciente importancia para el México democrático que formarán parte de la agenda nacional de los próximos años. Esto es así, sobre todo, porque debido a la reforma al artículo 6o. constitucional de julio de 2007, evento central en torno al cual giran los ensayos de este volumen, son inminentes profundas modificaciones a diversas legislaciones secundarias y, sobre todo, una radical transformación organizacional de la administración pública mexicana.

Para comprender los alcances de la transformación en puerta es necesario pensar y actuar con un enfoque multidisciplinario. Un enfoque exclusivamente jurídico no permitiría captar la magnitud de las consecuencias previsibles. Y lo mismo vale para otros enfoques unidisciplinarios: ni la visión económica, ni el encuadre politológico, ni un enfoque centrado exclusivamente en la administración pública, etcétera, permiten por sí solos captar la magnitud de la transformación en ciernes. Ahí reside el valor principal de este estudio: el conjunto de ensayos que aquí se reúnen ofrecen una visión multidisciplinaria y complementaria de algunos de los aspectos más relevantes del cambio constitucional ya realizado y del cambio institucional en curso en el país. El origen profesional de los autores es la principal explicación de esta característica venturosa: en este libro participan juristas, filósofos, sociólogos y administradores públicos de las mejores instituciones de educación superior —públicas y privadas— mexicanas.

II

Si tomamos el derecho internacional como referente, podemos afirmar que han existido cinco momentos en la evolución de la regulación del derecho de acceso a la información y de la transparencia en México: *a)* antes de la reforma fundacional de 1977; *b)* desde ese año hasta el año 2000; *c)* de 2000 a 2002, etapa en la que construyó el primer entramado institucional nacional en la materia; *d)* desde este último año hasta la reforma de julio de 2007, y ahora *e)* el periodo que inicia con la aprobación de la nueva reforma constitucional. El reto, ahora, reside en materializar el *potencial* democratizador de la modificación constitucional a todas las legislaciones secundarias del país: tanto la ley federal como las leyes locales. Es atinado hablar en términos potenciales, porque los efectos positivos para la consolidación de las instituciones democráticas no tendrán lugar en automático y, lo más importante, tampoco se manifestarán *necesariamente*.

Como demuestra el trabajo de Sergio López-Ayllón, con el que comienza este volumen, son muchos los retos y los problemas que la transformación institucional en ciernes impone y la reforma constitucional sólo es un primer paso. Los efectos democráticos de la reforma sólo podrán apuntalarse si se llevan a cabo múltiples acciones concretas, que suponen tomar decisiones, invertir recursos, transformar prácticas añejas, etcétera. Además, como ya se advertía, a la par de las reformas a las leyes secundarias (en esta, pero también en otras materias) de todo el país deberán implementarse cambios profundos en la manera en la que está organizada y en la que funciona la administración pública a todos los niveles: federal, local y municipal. Como bien advierte el propio López-Ayllón, los mexicanos debemos superar cuanto antes el “fetichismo legislativo” que pretende que las reformas jurídicas son suficientes para cambiar la realidad.

Es verdad que la reforma constitucional fue una operación normativa de gran calado que, entre otras cosas, nos permite afirmar que nuestro país cumple de manera satisfactoria con las obligaciones internacionales que ya había adquirido y que, de hecho, se ha colocado a la vanguardia mundial en regulación de estas materias. Ése es el primer dato que mostramos Paula Vásquez Sánchez y quien esto escribe en nuestro trabajo para el libro. Desde este mirador parecería lícito afirmar que, tal como sucedió en materia electoral en la última década del siglo pasado, ahora,

en el primer decenio del siglo XXI, México da un paso progresista en un tema crucial: la transparencia y el derecho de acceso a la información. Pero, como sucedió con el tema electoral, retomando la advertencia de López-Ayllón, ahora deben transformarse las instituciones y las prácticas existentes y crearse las normas y procedimientos administrativos que las hagan operativas. Una tarea nada fácil si, como intentamos mostrar en el segundo trabajo del libro, nos tomamos en serio la multiplicidad de aspectos que la nueva reforma constitucional ha colocado sobre la mesa de los legisladores, administradores públicos y jueces de nuestro país.

Lo que el lector encontrará en los dos primeros trabajos de este libro no es mucho más que una descripción pormenorizada de los contenidos del nuevo texto constitucional y algunas directrices y sugerencias para interpretar el alcance de sus dispositivos. Pero, dado el momento de inminente reforma legislativa en el que nos encontramos, eso no es poco. Sobre todo porque en el texto de López-Ayllón, además, se ofrece un abanico de sugerencias legislativas que son producto de su experiencia en la materia, pero también del ejercicio que él mismo encabezó, y que, después de la participación de funcionarios, políticos y académicos expertos en estos menesteres, derivó en un “Código de Buenas Prácticas”, que se ha ofrecido como un insumo legislativo para los congresos que quieran aprovecharlo. Su estudio para este libro es, de alguna manera, un fresco que dibuja las coordenadas de ese valioso esfuerzo.

III

Un dato que ha pasado relativamente desapercibido a los estudiosos y analistas que han rescatado el valor de esta reforma es su talante modernizador. Esto, como advierte Ricardo Becerra en su trabajo, al menos en un punto crucial: la introducción de los sistemas electrónicos como instrumentos, ahora constitucionalizados, para acceder a la información en todo el país. En un sentido no menor, nos dice este autor, la Constitución mexicana se ha modernizado y recoge en su texto, además del derecho y de las obligaciones para los poderes que conlleva, la garantía instrumental, técnica, para hacerlo efectivo. El tercer trabajo de este conjunto de ensayos está dedicado a dimensionar y ponderar los alcances y posibles efectos de esta innovación (todavía), para muchos, incomprendida. Y, sobre la base de los datos y de la experiencia, Becerra no duda en celebrar su potencial transformador: “la creación de una red gubernamental

para el acceso a la información mediante la Internet, es una manera de reforzar los lazos y multiplicar las formas de comunicación de los ciudadanos con sus gobiernos, es un utensilio contra el aislamiento y el sentimiento de lejanía y desprotección”. Esperemos que así sea, porque, como el propio autor advierte, también en este caso el reto es mayúsculo.

Pero la reforma también tuvo sus limitaciones. Aunque se trató de una operación incisiva, progresista, prometedora, etcétera, dejó de lado una parte del expediente sobre el “derecho a la información” que no puede omitirse en un libro que pretenda ofrecer un balance serio sobre el tema. No se trata de valorar la reforma por lo que no tiene —sería injusto y errado— pero es debido dejar constancia de lo que todavía falta para contar con normas que garanticen en toda su dimensión el derecho a la información en el país. Lo que sucede es que, como bien nos recuerda Raúl Trejo en su trabajo para este libro, el “Derecho *de acceso* a la información” es sólo una parte del derecho que tenemos las personas a estar informadas. Con la reforma al artículo 6o. constitucional se han sentado las bases para afrontar de manera adecuada el importante tema del *acceso a la información*, pero sigue pendiente garantizar el derecho a la información, entendido en sentido amplio. En concreto, en contrasentido con la vanguardia que supone la constitucionalización de los sistemas electrónicos, la regulación mexicana de los medios de comunicación sigue siendo arcaica. El inmovilismo constitucional en esta materia es elocuente, y el retrato que nos ofrece Trejo de sus orígenes es impecable. La realidad no miente: la relación que existe entre la libertad de expresión, el derecho a la información y los medios de comunicación surge desde los debates legislativos en 1977, y todavía hoy, más de treinta años después, no contamos con una regulación moderna y garantista en materia de medios de comunicación.

Estos dos trabajos, juntos, ofrecen, por un lado, la cara más ambiciosa y moderna de la reforma al artículo 6o. de nuestra Constitución y, por el otro, el rostro de su omisión más sentida y conservadora. Ofrecerlos juntos es una ofrenda de objetividad para el lector atento.

IV

El libro prosigue con el texto de Mauricio Merino, quien, con el ojo agudo del experto en administración pública, anuncia las medidas medulares que, más allá de lo legal, deberán adoptarse para que la reforma

despliegue sus bondades. Ya lo había advertido López-Ayllón: no sólo debemos crear nuevas normas, sino que, a nivel nacional, también debe crearse una nueva política y una nueva cultura en materia de generación, archivo, manejo, acceso, utilización, etcétera, de la información gubernamental. Cada uno de estos aspectos es resaltado en el quinto ensayo del volumen. Merino no titubea al advertir que asistiremos a una transformación profunda de la gestión pública en todo el país; a un cambio organizacional que deberá tocar a todas las autoridades públicas mexicanas. Y, en esta tarea monumental, que deberá desplegarse desde lo nacional hasta lo municipal, pasando por lo local, la paciencia será necesaria: la transformación en puerta supondrá —esperemos que sobre la base de un diseño adecuado— un periodo más o menos largo de ajuste e implementación. Al final, cuando el esfuerzo culmine, asistiremos al debut de una nueva forma de ejercer la administración pública en todo el país. Los niveles locales y municipales prometen ser el nicho de transformación más significativo y, por lo mismo, quizá, más ambicioso.

La visión de Merino se complementa con el mirador que ha adoptado Pablo Larrañaga para observar el cambio constitucional mexicano en materia de transparencia. Se trata, también, de un enfoque que privilegia las políticas públicas pero que, tomando distancia del contexto nacional, se ubica el plano teórico y recupera el ambiente internacional que ofrece encuadre a la reforma. Desde esta perspectiva, Larrañaga nos confirma que la reforma al artículo 6o. supuso colocar a nuestro país en la cresta de una tendencia internacional, que responde a un paradigma de políticas públicas específico. Dicho modelo considera a la transparencia como el principio cardinal de una política pública, que abarca, entre otras cosas, la responsabilidad y las acciones administrativas, las organizaciones y su funcionamiento y la gestión de los recursos públicos. Detrás de este paradigma, como muestra Larrañaga, existen concepciones políticas, económicas y de administración pública que tienen una historia propia y que —no sin debates y controversias— cuentan con un sustento académico específico. De ahí que este trabajo sea, sin duda y para bien, el más escolástico de todo el conjunto.

V

El tema que corona el volumen está contenido en un ensayo por demás agradable. Al igual que Raúl Trejo, nuestro último autor, Fernando

Escalante nos recuerda un pendiente: la reforma no alcanzó para ofrecer garantías al derecho a la privacidad. Este derecho —que, vale la pena recordarlo, no es idéntico al derecho a la intimidad— también sigue esperando que lo doten de una regulación constitucional completa. La reforma al artículo 6o. constitucional sólo ofrece algunas bases para su protección. En concreto, delega a la legislación secundaria la protección de la “vida privada” de las personas y de sus “datos personales”. La norma constitucional, de manera expresa, nos dice que esa protección tendrá lugar “en los términos y con la excepciones que fijen las leyes”. De ahí que la responsabilidad de los legisladores sea mayúscula: lo ideal sería contar con una “ley de datos personales” que recogiera los principios que ofrece el derecho comparado como el consentimiento, la información previa, la licitud, la calidad de la información, la confidencialidad y la seguridad. De hecho, siguiendo el ejemplo europeo, debería considerarse que la protección de los datos personales es un derecho fundamental a título pleno. Cumplir con esta tarea exige un nuevo esfuerzo constitucional y legislativo que no debe posponerse.

Sería difícil encontrar un texto mejor que el de Escalante para ofrecer sentido y contexto a esta exigencia. Su agudeza trasciende el lugar común que supone que el peor enemigo de la privacidad es el Estado. En su ensayo, Escalante nos recuerda que para legislar en materia de “vida privada”, de “derecho a la intimidad”, de “datos personales”, etcétera, el legislador debe tener presente que las intromisiones más frecuentes y molestas a la vida de las personas provienen de sujetos privados. Por lo mismo, es necesario crear una doble baraja de garantías para estos derechos: por un lado, el propio Estado debe abstenerse de realizar intromisiones injustificadas en el ámbito íntimo y privado de las personas pero, por el otro, también debe protegernos de las intromisiones ilegítimas por parte de los particulares. Algo similar a lo que ocurre con la libertad de expresión. Después de todo, el bien jurídico que quiere protegerse es, ni más ni menos, como la Suprema Corte de Justicia lo ha reconocido, la dignidad de las personas.

VI

Ese último trabajo retoma una directriz que aparece de manera intermitente en otros de los ensayos: la agenda de la transparencia y del derecho de acceso a la información tiene que hacer cuenta con los poderes

privados. Y ello vale para las dos vertientes del tema: para la política de transparencia y para el derecho de acceso a la información. De lo contrario los alcances de la política serán estériles y las garantías del derecho serán limitadas. Las razones son muchas, pero pueden sintetizarse de manera apretada con una sola idea: en el mundo de hoy, marcado por la globalización, las revoluciones tecnológicas y la primacía de los poderes privados trasnacionales sobre los Estados nacionales, los fines que se persiguen con el principio de transparencia y el sentido último de garantizar el derecho de acceso a la información sólo son realizables si valen ante cualquier poder (legal o salvaje; público o privado).

Después de todo, el objetivo es transparentar todas las decisiones que conllevan consecuencias relevantes para la vida de las personas, y, en consecuencia, garantizar que éstas puedan acceder a toda la información que requieran para participar —directa o indirectamente— de manera autónoma en la adopción de dichas decisiones. Sólo de esta manera esas mismas personas podrán exigir cuentas a quienes ejercen poderes. Por eso es tan importante que el derecho de acceso a la información se haya considerado como un derecho fundamental incorporado en la parte dogmática de la Constitución política. Este libro es una celebración de esa decisión y, al mismo tiempo, una advertencia responsable de lo que todavía nos hace falta.

Pedro SALAZAR UGARTE*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LA REFORMA Y SUS EFECTOS LEGISLATIVOS. ¿QUÉ
CONTENIDOS PARA LA NUEVA GENERACIÓN DE LEYES DE
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, TRANSPARENCIA Y
DATOS PERSONALES?

Sergio LÓPEZ- AYLLÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios*. III. *Transparencia e información pública de oficio*. IV. *Información reservada y confidencial*. V. *Los datos personales*. VI. *La gestión documental y los archivos administrativos*. VII. *El diseño institucional*. VIII. *Los procedimientos*. IX. *Las sanciones*. X. *Reflexiones finales: más allá de las leyes de acceso a la información*.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de julio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma, junto con sus artículos transitorios, representa un reto mayor para los órganos legislativos de todo el país. En efecto, en su artículo segundo transitorio el decreto establece que la Federación, los estados y el Distrito Federal cuentan con un año, después de su entrada en vigor, para expedir las leyes en materia de acceso a la información pública y transparencia. La expedición de esta “nueva generación” de leyes impone una reflexión sobre su contenido y alcance. Pero más allá de su contenido normativo, conviene señalar que estas leyes deberán crear las condiciones para la implementación, a nivel nacional, de

* Profesor-investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

una nueva política y aun una nueva cultura respecto al uso de la información gubernamental. De ser exitosa la reforma constitucional, tendrá un profundo impacto en la gestión pública en todo el país.

Hacer una buena ley es una tarea compleja. No basta con buena voluntad; también se requiere conocimiento de la materia y dominio de la técnica legislativa. En nuestro país, lamentablemente, somos deficitarios en ambos rubros. En general, la calidad de la legislación es mala, lo cual impacta directamente la efectividad de sus objetivos. La legislación vigente en materia de acceso a la información no es la excepción. Una mirada a los antecedentes de la reforma al artículo 6o. constitucional ilustra bien este problema. Desde 2002, todos los estados de la República, la Federación y el Distrito Federal legislaron en esta materia. El resultado no pudo ser más heterogéneo. Como lo demostraron varios estudios, los contenidos y calidad de las leyes eran diversos, generando como resultado que el ejercicio del mismo derecho respondía a criterios distintos.¹ Esta fue una de las razones que impulsó la reforma de julio de 2007, que buscaba “establecer un mínimo a nivel nacional que haga congruente, coherente y no contradictorio el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información”.²

Pero el problema era más grave que meras diferencias en los contenidos normativos. Suponía una visión corta y un entendimiento limitado del sentido profundo del derecho de acceso a la información y de sus implicaciones para la gestión y organización administrativa,³ el diseño y

1 Véase, por ejemplo, Merino, Mauricio. “Muchas políticas y un solo derecho” y Guerrero, Eduardo y Ramírez de Alba, Leticia, “La transparencia en el ámbito subnacional: una evaluación comparada de las leyes estatales”, ambos artículos en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, 2006, pp. 127-156 y 81-126, respectivamente; Villanueva, Ernesto *et al.*, *Acceso a la información pública en México. Indicadores legales*, México, LIMAC, 2005; López-Ayllón, Sergio y Marván Laborde, María (coords.), *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007.

2 Véase el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2207-II, martes 6 de marzo de 2007.

3 López-Ayllón, Sergio y Arellano Gault, David, *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, México, CIDE-IFAI-UNAM, 2008, en especial la sección III: “Organizaciones gubernamentales y transparencia: bases analíticas para orientar la reforma organizacional”, pp. 21 y ss.

evaluación de las políticas públicas,⁴ el desarrollo económico⁵ y, en fin, para la consolidación de la vida democrática,⁶ la rendición de cuentas⁷ y el enriquecimiento del espacio público.⁸

La reforma constitucional pone en juego implícitamente todas estas dimensiones, que deberán encontrar su articulación en la nueva legislación, que necesariamente habrá de expedirse en los próximos meses, y que conlleva el diseño de una nueva política pública. Ciertamente, las leyes no lo pueden todo, y su expedición deberá acompañarse de los recursos necesarios para su adecuada implementación, así como de la voluntad política indispensable para su eficacia. Pero más allá, la nueva generación de leyes tiene el reto de servir como detonador de un profundo proceso de cambio político social y cultural, que sería inhibido y dificultado por un mal diseño legislativo.

Este trabajo tiene como propósito hacer una reflexión de conjunto sobre el contenido de las leyes de acceso a la información que habrán de modificarse como resultado de la reforma constitucional. Un estudio reciente muestra con claridad que la reforma constitucional impacta el conjunto de la legislación en vigor, y se requerirá de modificaciones sustantivas a todas las leyes.⁹ Esto abre una ventana de oportunidad para desarrollar una legislación nacional que, basada en la experiencia de varios años de aplicación de las leyes ahora vigentes y de las mejores prácticas en la materia, permita no sólo mejorar las leyes, sino lograr un avance sustantivo en las prácticas gubernamentales y ciudadanas. A este respecto este artículo retomará en algunas secciones ciertas ideas desarrolladas en el Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México

4 Merino, Mauricio, "La transparencia como política pública", en Ackerman, John (ed.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 (en prensa).

5 Stiglitz, Joseph E., *Information and the Change in the Paradigm in Economics*, Prize Lecture, Columbia Business School, 2001.

6 López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

7 Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

8 Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*, México, UNAM, 2005.

9 Véase López-Ayllón, Sergio y Marván, María (coords.), *La transparencia en la república: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007.

(en adelante CBP).¹⁰ Para este propósito dividiremos el artículo en apartados que revisarán consecutivamente los principios generales; la información pública de oficio; la información reservada y confidencial; la protección de datos personales; los archivos; el diseño institucional; los procedimientos de acceso y revisión; y finalmente, el problema de las sanciones. Concluiremos con unas breves reflexiones.

II. LOS PRINCIPIOS

En esta sección expondremos los dos principios fundamentales en materia de acceso a la información previstos en la Constitución a partir de la reforma de julio de 2007: el de publicidad de la información y el de máxima publicidad. Asimismo, trataremos en este apartado algunos aspectos relativos a los ámbitos de aplicación espacial y personal.

1. *Principio de publicidad*

Quizá una de las innovaciones más importantes de la reforma constitucional fue la introducción del principio de publicidad de la información gubernamental. Veamos por qué. La formación y consolidación del aparato estatal en México durante el siglo XX supuso dos reglas implícitas en materia de información: por un lado, el manejo discrecional de la información (que en algunos casos implicó que los funcionarios se apropiaran de los archivos y documentos administrativos como si fueran parte de su patrimonio),¹¹ y por otro la práctica del secreto que suponía negar sistemáticamente cualquier solicitud de información por parte de los

¹⁰ Este instrumento es el resultado de un ejercicio de consulta y consenso encabezado por el Instituto Federal de Acceso a la Información y la Conferencia Mexicana para el Acceso a la Información Pública (COMAIP) y desarrollado técnicamente por investigadores del CIDE y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, coordinados por Sergio López-Ayllón. Véase *Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México*, México, IFAI, 2007, también consultable en www.ifai.org.mx.

¹¹ Una consecuencia de esta política es la falta de una cultura archivística y la carencia de archivos para documentar la historia de la segunda mitad del siglo XX en México. Tampoco existe personal capacitado ni sitios adecuados para la conservación de los documentos.

gobernados; menos aún dar cuenta de las razones de la acción gubernamental. Este modelo, que corresponde al denominado “secreto administrativo”,¹² responde a una concepción propia de los Estados autoritarios, donde la información es un bien de acceso restringido a quienes detentan el poder.¹³

La Constitución, al establecer el principio de publicidad de la información gubernamental,¹⁴ modifica de manera definitiva esta concepción, y genera por necesidad una nueva política pública que busca “maximizar el uso social de la información dentro de la organización gubernamental”.¹⁵ Al respecto, Mauricio Merino ha escrito:

La política de transparencia... se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por el Estado para darle contenido sustantivo a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión en la agenda gubernamental... reclama una política definida capaz de responder a los problemas que se derivan de las asimetrías de la información en la acción pública y de

12 Al respecto Fernández Ramos ha escrito: “el secreto administrativo cumple con una clara función de separación de la administración en relación con la sociedad... El dominio de la regla del secreto administrativo es tan consustancial al sistema que no pareció necesario imponerlo en una norma general: sencillamente se sustenta en la ausencia de una regla de comportamiento general y objetiva, así como en el impreciso deber estatutario de discreción de los empleados públicos. Ahora bien, la ausencia de una interdicción general a la administración a comunicar a los ciudadanos los documentos que estén en su poder... determina que más que de un principio general de secreto deba hablarse de una discrecionalidad amplísima para admitir o denegar —en cada caso— el acceso a la documentación administrativa. El resultado natural de esta discrecionalidad es, por un lado, el de una administración «pudorosa», que aparece formalmente como celosa guardiana de las informaciones relativas a su organización y a su actividad... pero es también, al mismo tiempo y no en menor medida, una administración «confidente» para con los grupos con conexiones internas en el aparato administrativo”. Véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 21.

13 Véase Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

14 Este principio se encuentra enunciado en la fracción I del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional, que a la letra dice “Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo federal, estatal y municipal, es pública...”. Este principio se introdujo por vez primera en el ordenamiento jurídico mexicano en el artículo 1o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002.

15 Esta idea ha sido desarrollada por los profesores David Arellano, Sergio López-Ayllón y Mauricio Merino del CIDE como parte de una investigación en curso cuyos resultados será publicados próximamente.

vincular las decisiones tomadas por los distintos gobiernos con la mayor transparencia posible.¹⁶

Las ideas de Merino implican que el derecho a la información debe generar una nueva política pública “horizontal” —la transparencia— que no se limita a proveer el acceso a la información, sino que supone un replanteamiento completo de la manera de seleccionar, diseñar, implementar, gestionar y evaluar las políticas públicas. La transparencia va así mucho más allá del derecho a la información e implica modificaciones más profundas que el mero cumplimiento formal del acceso a la información. Se trata de una auténtica “revolución” de largo aliento en la manera de ejercer el poder, y que por ello, implica enormes dificultades políticas y técnicas que deben ser consideradas por la legislación en la materia, en particular cuando se desarrollan los objetivos de la ley.¹⁷

2. Principio de máxima publicidad

La Constitución establece *in fine* de la fracción I del segundo párrafo del artículo 6o. que en la interpretación y aplicación del derecho de acceso a la información “deberá prevalecer el principio de máxima publicidad”. La legislación secundaria deberá dar contenido a este principio. Analizaremos algunas de sus implicaciones.

Una primera precisión es que este principio sólo es aplicable a la información pública gubernamental, y que por ello no aplica a la información confidencial y los datos personales a los que se refiere la fracción II

¹⁶ Merino, Mauricio, “Muchas políticas y un sólo derecho”, en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, 2006, p. 128.

¹⁷ El CBP establece como objetivos de una ley no sólo el acceso a la información, sino un conjunto de objetivos de más largo aliento tales como “Transparentar el ejercicio de la función pública a través de un flujo de información oportuno, verificable, inteligible, relevante e integral, a fin de impulsar la contraloría ciudadana y el combate a la corrupción; Garantizar una adecuada y oportuna rendición de cuentas de los sujetos obligados a través de la generación y publicación de información sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos de manera completa, veraz, oportuna y comprensible; Mejorar la organización, clasificación, archivo y uso de la información pública; Mejorar los niveles de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y en la evaluación de las políticas públicas; y Contribuir a mejorar la rendición de cuentas, la consolidación de la democracia, y la plena vigencia del Estado de derecho en México”.

del segundo párrafo del artículo 6o. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. En segundo lugar, éste es un mandato que obliga a todas las autoridades —administrativas, jurisdiccionales e incluso a los legisladores— tanto respecto de la aplicación como de la interpretación del derecho de acceso a la información. Esto tiene varias implicaciones prácticas.

La primera es una interpretación necesariamente restrictiva de las excepciones al derecho de acceso a la información. Los legisladores no deben multiplicarlas ni las autoridades administrativas y jurisdiccionales aplicarlas de manera general, sino restrictiva y selectivamente. Además, la aplicación de las excepciones requiere desarrollar lo que en la doctrina se conoce como la “prueba de daño”, y que implica que para clasificar un documento como reservado no es suficiente que se encuentre en uno de los supuestos de excepción, sino que es necesario además demostrar de manera fehaciente que la divulgación de la información generaría una alta probabilidad de daño al interés público protegido.¹⁸ Los legisladores deberán establecer esta prueba en las leyes de acceso a la información.¹⁹ Finalmente, implica que en caso de duda razonable deberá privilegiarse la divulgación de la información o, en su defecto, la generación de versiones públicas²⁰ de los documentos.

3. *Ámbito de aplicación espacial*

Una pregunta relevante en materia del derecho a la información es la relativa a quién compete expedir la legislación en materia de derecho a la información. De conformidad con las disposiciones constitucionales, la reglamentación de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de acceso a la información pública, es una facultad de la Federación y los estados, en el ámbito de sus respectivas competencias. De este modo, compete a los congresos estatales y federales expedir, siguiendo los principios y bases contenidas en el artículo 6o, la legislación

¹⁸ Respecto de la prueba de daño véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 21-65.

¹⁹ Véase por ejemplo el artículo 403 del CBP.

²⁰ Por versión pública debe entenderse un documento en el que se elimina o testa la información clasificada para permitir su acceso.

en la materia a fin de que en los aspectos fundamentales exista un tratamiento uniforme del ejercicio del derecho.

Queda la cuestión de determinar qué es lo que corresponde a los municipios. Conforme a sus facultades constitucionales, los municipios, dentro del marco que fijen las leyes de cada entidad federativa, deberán establecer las medidas administrativas y organizativas para dar cumplimiento a sus obligaciones en la materia y, aún más lejos, para el desarrollo de políticas de transparencia y rendición de cuentas adaptadas a las necesidades locales. Esto último puede incluir, por ejemplo, ampliar el ejercicio del derecho de acceso a la información reduciendo plazos, facilitando los procedimientos de acceso, estableciendo campañas que favorezcan su ejercicio o ampliando el catálogo de información pública que deben publicar, tanto desde su contenido como de los procedimientos y mecanismos, para asegurar que la población tenga conocimiento de esta información. Lo que resultaría inconstitucional es que los municipios restringieran, a través de reglamentos municipales, el ejercicio del derecho, por ejemplo, introduciendo nuevas causales de reserva, o requisitos adicionales para el acceso a la información.

4. *Ámbito de validez personal*

Como en cualquier derecho fundamental, el derecho a la información se construye como un derecho subjetivo;²¹ por ello, el sujeto activo es cualquier persona, sin importar nacionalidad, ciudadanía o edad.²² Es importante destacar que el acceso a la información no es un derecho político, y que por ello su ejercicio no debe vincularse al estatus de “ciudadano”.

El sujeto pasivo del derecho de acceso a la información —como derecho fundamental— es el Estado. La mayor parte de las leyes de acceso del mundo, sin embargo, se han limitado a establecer el procedimiento de acceso respecto de las entidades de la administración pública.²³ Esto se explica porque el desarrollo del derecho a la información se ha dado principalmente dentro del derecho administrativo. No obstante esta pecu-

21 Sobre esta cuestión véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173 y ss.

22 Esto se conoce como el principio de universalidad de los derechos fundamentales.

23 Véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., nota 12, 1997.

liaridad histórica, es claro que cualquier órgano del Estado es un sujeto pasivo del derecho. En este sentido, la Constitución adopta una fórmula sintética que establece como sujeto obligado a cualquier “autoridad, entidad, órgano u organismos federal, estatal o municipal”. Los legisladores deberán desarrollar esta fórmula para asegurar una cobertura total respecto de los sujetos obligados.²⁴

Lo anterior no resuelve todas las cuestiones que se han planteado alrededor de los sujetos obligados del derecho de acceso a la información. Podemos identificar tres problemas específicos en esta materia: el de los partidos políticos, el de las organizaciones o personas privadas con funciones públicas (por ejemplo sindicatos, organizaciones empresariales, concesionarios o notarios), y finalmente el de las personas físicas o morales receptoras o que ejercen recursos públicos.

En cuanto a los partidos políticos, el debate se generó por su aparente exclusión del texto constitucional. En nuestra opinión, los partidos políticos son sujetos obligados del derecho de acceso a un doble título: por sus funciones constitucionales y por ser órganos financiados principalmente con recursos públicos. Al no existir prohibición expresa en el texto constitucional, los legisladores pueden —y deben— incluirlos en el catálogo de sujetos obligados, con las modalidades que consideren necesarias.²⁵

El segundo problema se refiere a las personas privadas que desarrollan funciones públicas o ejercen por delegación o mandato legal funciones de autoridad, sin constituirse propiamente como entidades públicas. La calidad de sujetos pasivos del derecho de acceso a la información de estas personas plantea cuestiones complejas, en particular respecto a los procedimientos para hacer efectivo el derecho. Independientemente de estas cuestiones, y como afirma Severiano Fernández, han de separarse

24 El CBP establece en su artículo 201 que los sujetos obligados son: El Poder Ejecutivo del Estado; la administración pública estatal y municipales, incluyendo a los organismos desconcentrados y descentralizados, a las empresas de participación estatal y municipal, y los fideicomisos públicos estatales o municipales; el Poder Legislativo del Estado y su órganos de fiscalización cualquiera que sea su denominación; el Poder Judicial del Estado; los ayuntamientos o consejos municipales; los tribunales administrativos; los organismos públicos autónomos del Estado, incluyendo a las universidades e instituciones de educación superior públicas; los partidos, asociaciones y agrupaciones políticas; las juntas locales de conciliación y arbitraje y las demás autoridades en materia de trabajo, y el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral.

25 Estas modalidades se refieren principalmente al lugar donde deben desarrollarse las obligaciones específicas (es decir, en la legislación de acceso o en la electoral) y a los procedimientos de acceso (directamente o a través de los órganos electorales).

de nociones puramente formales para llegar a conceptos más funcionales que permitan incluir como sujetos pasivos a aquellas organizaciones que “sin revestir forma de entidad pública, sin embargo, desde un punto de vista sustantivo pueden y deben considerarse como entidades equivalentes a personas jurídicas de derecho público”.²⁶

En cuanto a las personas físicas o morales que reciban o ejerzan recursos públicos, la fracción VI del párrafo segundo del artículo 6o. de la Constitución establece que las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. Esta fracción aclara uno de los problemas más comunes de la legislación estatal en materia de acceso a la información, que frecuentemente establecía dentro de los sujetos obligados a cualquier persona que recibiera recursos públicos. Este tipo de disposiciones presentaban diversos problemas, tanto jurídicos como prácticos. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que una persona reciba recursos públicos no hace *per se* que su actividad se convierta en una función pública; pensemos, por ejemplo, en las familias que reciben recursos de los programas sociales. Desde el punto de vista práctico, sería imposible que esas personas cumplieran con los requisitos que establece la ley.

Bajo esta óptica, la reforma constitucional precisa que la obligación de rendir cuentas respecto de la entrega de los recursos públicos corresponde en principio al sujeto obligado que los entrega, y que la legislación secundaria deberá precisar la manera en que esto se hace, incluso, en las obligaciones de los receptores de recursos públicos. Esto añade claridad sobre el punto de en quién recaen las obligaciones y quién es el obligado a rendir cuentas del uso de estos recursos.

III. TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DE OFICIO

La fracción V del segundo párrafo del artículo 6o. establece que los sujetos obligados “publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de

²⁶ Fernández Ramos, Severiano, “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 899. El CBP propone al respecto en su artículo 203: “Los particulares que ejerzan actos de autoridad estarán obligados a entregar la información relacionada con esos actos a través del sujeto obligado que supervise estas actividades”.

gestión y el ejercicio de los recursos públicos”. Esta obligación se complementa con el contenido de la fracción VII del mismo artículo que precisa que “las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas y morales”.

Estas dos fracciones se refieren a uno de los aspectos más importantes de la reforma constitucional en materia de acceso a la información, que fue el concebir que el acceso a la información no es sólo una obligación “pasiva” sujeta a la acción de un particular, sino a darle un contenido “activo” en la medida en que se obliga a las entidades gubernamentales a proporcionar información relevante sobre su quehacer a través de medios electrónicos, en particular la Internet, sin que medie una solicitud de un particular. Esta idea fue establecida en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y recogida en prácticamente todas las leyes de los estados.

Este conjunto de información, que podemos llamar genéricamente como “información pública de oficio”, se refiere a dos ámbitos distintos pero estrechamente relacionados. El primero se refiere a la información relativa al ejercicio de los recursos públicos; el segundo, a aquella relativa al desempeño de la función pública, en particular a través de los indicadores de gestión. La legislación secundaria deberá darle contenido concreto a estos principios genéricos. Al respecto, vale la pena hacer algunas observaciones.

En primer lugar, cabe destacar que dada la extensión de los sujetos obligados por el derecho de acceso a la información, y que éstos desempeñan funciones tan diversas que van desde la actividad legislativa hasta la impartición de justicia, pasando por la gestión de los servicios públicos o las actividades de policía, resulta pertinente que la legislación desarrolle el contenido de estas obligaciones de manera diferenciada por cada sujeto obligado, y no como hasta ahora se ha hecho, a través de un artículo genérico aplicable a todos los sujetos obligados.²⁷

²⁷ Así, por ejemplo, el CBP en su capítulo III desarrolla detalladamente este tipo de obligaciones, primero en un artículo general aplicable a todos los sujetos obligados, que se complementa después con artículos específicos para cada uno de ellos (*v. gr.* Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, municipios, cuerpos policiacos, órganos electorales, partidos políticos, comisiones de derechos humanos, universidades e instituciones de educación superior, etcétera).

Una segunda observación se refiere a los indicadores de gestión. No existe una definición legislativa precisa que permita establecer *ex ante* lo que constituye un indicador de gestión, y la práctica mexicana es aún incipiente en esta materia, por lo que es necesario recurrir a una conceptualización más general. Un indicador se refiere generalmente a una relación de variables que permiten medir la eficacia y eficiencia del quehacer de una organización, en este caso de las gubernamentales. Un indicador es así un cociente, es decir, una relación entre dos variables. Por sí mismo, sólo es eso. Los indicadores aislados no sirven de nada en realidad, sino que deben estar conectados en una lógica causal. Algunos instrumentos legislativos o reglamentarios han buscado justamente hacer que los indicadores estén al menos conectados a algo, a una lógica, principalmente presupuestal, aunque con muy poco éxito. Los de gestión son indicadores no estratégicos, pero importantes para observar los compromisos de eficiencia, economía y procedimiento de la parte administrativa. No constituyen indicadores que se puedan conectar directamente con el resultado ni con el impacto de las políticas, sino con las condiciones básicas del manejo de recursos para lograr los anteriores. Para tener indicadores de gestión se tiene que tener muy clara la cadena o marco lógico que los soporta, y de ahí establecer las condiciones de gestión para alcanzarlos. Corresponderá al legislador dar contenido específico a estos indicadores en el marco de la legislación presupuestal y de fiscalización, a fin de poder atender a las particularidades y posibilidades de cada entidad federativa. Los objetivos que se proponen, una vez llevados a un instrumento legislativo, resultan muy relevantes, ya que pueden orientar y dar sentido a su interpretación.²⁸

Una tercera observación en la materia se refiere al uso de la Internet como un recurso para la difusión de información pública. Ciertamente, es una herramienta valiosa, pero deben tenerse presente sus limitaciones. Una de ellas es que una parte muy significativa de la población no tiene aún acceso a Internet, por lo que su alcance es necesariamente limitado, y en ciertas circunstancias deben preverse mecanismos complementarios. Un segundo problema (quizá el más grave), es que la divulgación de información desactualizada, incompleta, desordenada o ininteligible para el ciudadano ordinario se convierte más en un factor de opacidad que de

²⁸ Agradecemos al doctor David Arellano, profesor-investigador del CIDE, quien nos proporcionó información respecto de las cuestiones relacionadas con los indicadores.

transparencia. Por ello, es conveniente que la legislación secundaria establezca disposiciones orientadas a favorecer la calidad de la información, tales como las obligaciones de actualización periódica, uso de buscadores temáticos y de lenguaje ciudadano, establecimiento de la fecha de la última actualización y determinación de los responsables de la publicación de la información por cada rubro temático.²⁹

Una última observación se refiere a las implicaciones de la publicación en la Internet de información para la organización administrativa. La práctica ha demostrado que la generación de información de buena calidad es una tarea difícil que requiere de coordinación y evaluación continua al interior de cada una de las entidades obligadas. Supone una organización que rompa con la fragmentación de la información al interior de cada organización para darle un nuevo sentido, cuyo principal beneficiario son los propios usuarios internos de la entidad pública, quien contará con mejor información para el desempeño de su función. En este sentido las obligaciones de generar información no deben verse como “cargas”, sino como una ventana de oportunidad que permitirá a las organizaciones públicas en México avanzar en una auténtica política de transparencia que busque maximizar el uso público de su información, orientada tanto a su interior como a sus principales usuarios.

IV. INFORMACIÓN RESERVADA Y CONFIDENCIAL

En esta sección revisaremos respectivamente las cuestiones relacionadas con la información reservada y confidencial.

1. *La información reservada*

El principio de publicidad de la información gubernamental no es absoluto, sino que admite algunas excepciones. Es por esta razón que la fracción I del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional establece que la información pública podrá “ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes”. De este principio se derivan varias consecuencias importantes para la legislación secundaria.

²⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 315 a 318 del CBP.

En primer lugar, la Constitución establece una reserva de ley en la materia, es decir, sólo instrumentos legislativos podrán contener las causales de excepción al principio de publicidad. Ordenamientos de rango inferior a la ley no podrán entonces establecer o ampliar las excepciones. En segundo lugar, éstas deben establecerse sólo cuando exista una razón de interés público que las justifique. ¿Cuáles son esas razones? Existe un catálogo generalmente aceptado en la materia que incluye la seguridad y defensa nacionales; la seguridad pública; la estabilidad económica o financiera del país; la conducción de las relaciones internacionales; la vida, seguridad o salud de las personas; las relacionadas con las acciones de aplicación de las leyes; las que afecten el patrimonio de las entidades públicas, y las relacionadas con el proceso deliberativo de los servidores públicos, siempre y cuando éste esté relacionado con un proceso que afecte el interés público y en tanto no se adopte la decisión definitiva.³⁰

Ahora bien, no basta que la información se refiera a estas materias. En congruencia con el principio de máxima publicidad, al que nos referimos anteriormente, es necesario además demostrar que la divulgación de la información causaría un daño al interés público protegido. Esta valoración específica, que debe hacerse caso por caso, se denomina en la doctrina la “prueba del daño”,³¹ y consiste en realizar un análisis basado en elementos objetivos o verificables a partir de los cuales pueda inferirse una alta probabilidad de daño al interés público protegido.³²

Ahora bien, la información que cumpla con estas características no pierde su carácter de pública, sino que se reserva temporalmente del conocimiento público. Mucho se ha debatido sobre el plazo de reserva, que puede razonablemente establecerse entre siete y doce años. Sin embargo, éste es en realidad un falso debate, pues, la información debe permanecer reservada mientras subsistan las causas que dieron origen a la reserva. En el mismo sentido, en cuanto estas causas se extinguen, la información debe ser divulgada, independientemente del plazo por el que haya sido reservada.

Finalmente, la legislación en la materia deberá establecer los procedimientos de clasificación de información. Éstos resultan particularmente

³⁰ Véase por ejemplo las excepciones contenidas en Mendel, Toby *et al.*, *A Model Freedom of Information Law*, Londres, Article XIX and Centre for Policy Alternatives, 2001.

³¹ Véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, nota 18.

³² Véase por ejemplo el artículo 403 del CBP.

relevantes, porque no existe a nivel nacional una práctica en esta materia, y los documentos, aun aquellos que realmente requieren un tratamiento especial por contener información sensible, suelen circular libremente por las oficinas públicas. Las preguntas específicas más importantes que deberá responder el legislador se refieren a quién está facultado para clasificar —o desclasificar— la información, cuándo debe reservarse (desde el momento de creación del documento o sólo en el momento en que se solicita su acceso), a partir de qué momento corre el plazo de reserva y qué tratamiento debe dársele a los documentos reservados.

2. Información confidencial

La fracción II del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional se refiere a un conjunto de información distinto al de la información pública, y al que nos referiremos genéricamente como “información confidencial”. Esta información protege dos derechos fundamentales distintos al derecho de acceso a la información, que son el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales.³³

La información confidencial, a diferencia de la reservada, no está sujeta a un plazo de reserva, sino que se encuentra indefinidamente sustraída

³³ Respecto de este último derecho conviene recordar que se encuentra en proceso una reforma al artículo 16 constitucional que, de proceder, establecería de manera expresa en la Constitución el derecho a la protección de los datos personales. De acuerdo con la minuta de la Cámara de Diputados del 20 de septiembre de 2007 que aprobó el dictamen correspondiente, tal reforma adicionaría con un segundo y tercer párrafos el artículo 16 en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos, y en su caso, obtener su rectificación, cancelación y manifestar su oposición en los términos que fijen las leyes. La Ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para proteger derechos de tercero”. Al momento de escribir este texto la reforma se encuentra en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, de la Cámara de Senadores para su estudio y elaboración de dictamen, que previsiblemente será positivo. Existe una segunda iniciativa que propone reformar la fracción XXIX del artículo 73 constitucional para otorgarle al Congreso Federal la facultad de legislar “en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”. De progresar esta reforma los datos personales en posesión de los órganos gubernamentales serían materia local, mientras que aquéllos en posesión de sujetos privados, tales como bancos, aseguradoras, tiendas comerciales, proveedores de servicios, etcétera, sería materia federal. La iniciativa es técnicamente correcta y sigue las tendencias internacionales en la materia.

da del conocimiento público, y sólo su titular puede tener acceso a ella. Adicionalmente, la interpretación de la protección debe hacerse en sentido amplio, y no está sujeta al principio de máxima publicidad.

La información confidencial está constituida por los datos personales (véase *infra*), los secretos comercial, industrial, bancario, fiduciario, fiscal y profesional, y la información protegida por los derechos de autor y la propiedad intelectual. Incluye también la información relativa al patrimonio de las personas físicas o morales que no sean sujetos obligados, y aquella que comprenda hechos y actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo relativos a una persona física o moral, que pudiera ser útil para un competidor; por ejemplo, la relativa a detalles sobre el manejo del negocio del titular, sobre su proceso de toma de decisiones o información que pudiera afectar sus negociaciones, acuerdos de los órganos de administración, políticas de dividendos y sus modificaciones o actas de asamblea, innovaciones tecnológicas o proyectos futuros.³⁴

Lo anterior no significa, sin embargo, que se trate de un derecho absoluto. La propia Constitución precisa que la protección será en los “términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Así, por ejemplo, las propias leyes de acceso han establecido que la información relativa al salario de los servidores públicos, que en principio constituye un dato personal, debe ser divulgada en la Internet. Asimismo, se ha establecido, y estimamos pertinente que así lo hagan las nuevas leyes de acceso a la información, que la información relativa a las cuentas bancarias y los fideicomisos constituidos por los sujetos obligados, protegida en principio por los secretos bancarios y fiduciario, debe ser divulgada cuando exista una solicitud de acceso.

Además de las excepciones de carácter legislativo, la doctrina ha establecido que existen circunstancias excepcionales en que la protección a la vida privada o los datos personales pueden subordinarse al interés público. Esta determinación se hace mediante un procedimiento que se conoce como la “prueba de interés público”,³⁵ que debe ser establecida por una ley, y que conlleva una cuidadosa ponderación de los intereses en juego para poder determinar que cierta información perteneciente al ámbito privado puede ser divulgada por existir una razón de interés público que así lo justifique. Resulta obvio que lo anterior requiere garantizar al

³⁴ Véanse los artículos 502y 503 del CBP.

³⁵ Véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, nota 18.

particular afectado la debida garantía de audiencia de manera previa a la divulgación de la información que le concierne.³⁶

V. LOS DATOS PERSONALES

Un subconjunto de la información confidencial que reviste la mayor importancia lo constituyen los datos personales. A nivel internacional, particularmente en Europa, el derecho a la protección de los datos personales es considerado como un derecho fundamental a título propio, distinto del derecho a la intimidad.³⁷ En México, este derecho está en proceso de ser reconocido constitucionalmente (véase nota 33), pero independientemente de lo anterior, la fracción II del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional lo contiene ya de manera expresa, y por ello las leyes de acceso a la información deberán ser también leyes de protección de datos personales, al menos respecto de aquellos que se encuentran en posesión de las entidades gubernamentales.

Un dato personal es una información que concierne a una persona física, identificada o identificable, y cualquiera que sea el soporte en que se encuentre (numérico, gráfico, alfabético, acústico, etcétera). Ejemplos de datos personales son el nombre asociado a las características físicas o emocionales, el estado de salud, la cuenta de correo electrónico, el patrimonio, la religión, la huella digital, la fotografía o el número de se-

³⁶ Así por ejemplo el artículo 507 del CBP establece que: “La información a que se refiere los artículos 502 a 504 podrá divulgarse cuando se compruebe, a juicio del órgano garante, que existen razones de interés público relacionadas con los objetivos de este CBP debidamente acreditadas. Para este efecto, podrá mediar petición del recurrente quien aportará los elementos de prueba necesarios o bien el órgano garante podrá investigarlo de oficio.

Además, durante el procedimiento de sustanciación del recurso, deberá respetarse la garantía de audiencia de los titulares de la información confidencial y realizarse una valoración objetiva, cuantitativa y cualitativa, de los intereses en conflicto que permita razonablemente asegurar que los beneficios sociales de divulgar la información serán mayores a los costos. En la valoración que se haga al respecto se considerará si la información fue entregada de manera voluntaria u obligatoria por los particulares”.

³⁷ El artículo 8o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

guridad social de una persona. Lo importante es la asociación de dos o más datos que permitan referirlos a una persona física específica e identificable.

Internacionalmente se reconocen los principios que rigen la protección de los datos personales, a saber: los de consentimiento, información previa, licitud, calidad de la información, confidencialidad y seguridad.³⁸ A continuación los examinaremos brevemente.

El principio del consentimiento es el eje fundamental a partir del cual se ha construido el derecho a la protección de los datos personales, y conlleva la idea de la autodeterminación informativa; implica que todo tratamiento de datos personales requiere ser autorizado previamente por el titular de estos últimos. En este sentido, la manifestación de voluntad por parte del titular de los datos deberá ser libre, informada y específica.

El segundo de los principios es el de información. Éste supone que el responsable del tratamiento de los datos tiene la obligación de dar a conocer a su titular la existencia del tratamiento, los fines de éste, así como la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (véase *infra*). Del cabal cumplimiento de este principio depende que el consentimiento sea válido, pues de no conocerse de manera precisa los alcances del tratamiento, aquél puede considerarse cómo inválido.

El tercer principio es el de calidad. Propone que los datos recabados deben ser adecuados, exactos, pertinentes y no excesivos, según sea la finalidad para la que fueron recabados. Por su parte, el principio de licitud consiste en que las entidades gubernamentales sólo deben desarrollar o tener sistemas de datos personales relacionados directamente con sus facultades y atribuciones. La posesión de sistemas de datos personales que no estén directamente relacionados con las atribuciones de una entidad gubernamental violenta directamente este principio.

El principio de confidencialidad establece que los sujetos obligados deben asegurar el manejo confidencial de los sistemas de datos personales, y que su transmisión o divulgación sólo puede darse previo consentimiento del titular.

Finalmente, el principio de seguridad conlleva la obligación de quien recaba los datos de adoptar las medidas de carácter técnico y organizati-

³⁸ Para una visión completa de la legislación comparada e internacional en la materia véase la página de la Agencia Española de Protección de Datos en www.agpd.es, en particular la sección de legislación.

vo que aseguren un tratamiento seguro. En esta materia se reconoce que no todos los datos personales requieren del mismo grado de seguridad, por lo cual pueden establecerse diferentes niveles. Así por ejemplo, los datos de identificación de una persona —por ejemplo el domicilio, el número telefónico, el RFC o la fecha de nacimiento— requieren de un nivel de protección bajo, a diferencia de los “datos sensibles”, que son aquellos relacionados, por ejemplo, con las preferencias ideológicas, religiosas, la vida sexual o la salud, que necesitan un nivel de protección alto.

Desde luego que todos los principios arriba descritos admiten excepciones, principalmente cuando los datos hayan sido recabados por un mandato legal o para el cumplimiento de las facultades legales de las entidades gubernamentales.

Ahora bien, estos principios se complementan con cuatro derechos específicos e independientes, a saber: los de acceso, rectificación, cancelación y oposición, que la doctrina reconoce como los “derechos ARCO”, y que brevemente describiremos a continuación.

El derecho de acceso corresponde a cualquier persona física para obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento por una entidad gubernamental, así como las transmisiones hechas o que se prevea realizar de los mismos. El de rectificación es el derecho de modificar o corregir los datos cuando sean inexactos o incompletos. El de cancelación es el derecho de solicitar el bloqueo de los datos personales cuando hayan sido objeto de tratamiento en violación a alguno de los principios arriba referidos. Finalmente, las personas tienen derecho a oponerse al tratamiento de sus datos cuando hayan sido recabados sin su consentimiento.

VI. LA GESTIÓN DOCUMENTAL Y LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS

Uno de los más graves déficit de la organización administrativa en México lo constituyen los archivos administrativos. Esto no es casual, sino que corresponde a una visión patrimonialista de la documentación administrativa, en donde el lema podría ser “el documento es de quien lo trabaja”. Como hemos afirmado, el principio de publicidad de la información implica un giro radical en esta visión y obliga a repensar todo el proceso de gestión documental en las organizaciones públicas. En efecto, no se trata sólo de la conservación de los documentos —cuestión que por lo demás se está modificando significativamente debido al uso cada vez

más generalizado de las tecnologías de la información— sino de una revisión completa del ciclo de vida de un documento y del uso de la información que contiene.

La reforma constitucional recogió esta preocupación. En efecto, la fracción V del párrafo segundo del artículo 6o. establece que los sujetos obligados deben “preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados”. Ello significa, en primer término, el reconocimiento pleno del Constituyente Permanente de que un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información supone la existencia de archivos administrativos actualizados y confiables. Pero más allá de lo anterior, implica una obligación implícita para los sujetos obligados de documentar sus actividades y de mantener esta información de manera que se permita su utilización y consulta de manera organizada.

Los congresos deberán entonces enfrentar el reto de legislar en materia de archivos. Esta cuestión enfrenta varios dilemas importantes, a algunos de los cuales nos referiremos brevemente.

El primero se refiere a la necesidad de establecer una ley de archivos distinta a la Ley de Acceso a la Información. Aunque ésta es decisión importante, nos parece que el desarrollo de una legislación especial en este momento puede resultar compleja, especialmente porque se trata de una materia técnicamente muy desarrollada respecto de la cual existen muy pocos recursos humanos capacitados en México. Ello nos lleva a considerar que las leyes de acceso pueden establecer algunos principios generales en la materia, que pueden desarrollarse posteriormente mediante disposiciones reglamentarias, en función de las capacidades institucionales que se vayan desarrollando y que permitirán no sobrerregular una materia en la que resulta necesario invertir urgentemente para superar las deficiencias tanto de infraestructura como de conocimiento técnico.

Una segunda cuestión, que resulta crucial, es diferenciar entre el archivo histórico y los archivos administrativos de gestión y concentración, pues se trata de materias que si bien responden a principios similares, tienen lógicas de operación distintas. Entonces, resulta importante considerar quién debe ser la autoridad responsable de la materia. En nuestra opinión, estas autoridades no deben ser aquéllas de los archivos históricos, sino las secretarías de la función pública o sus equivalentes, los órganos garantes del derecho, o ambas como una responsabilidad compartida. Ello permitiría un enfoque con énfasis en la gestión documental y en el uso de la información y no sólo en su conservación.

En cuanto a las disposiciones sustantivas, tengamos en cuenta que existen en la materia una serie de normas internacionalmente reconocidas que constituyen la base de la gestión archivística contemporánea, incluso respecto de los documentos electrónicos. Por ello, no es necesario “inventar” nuevos principios o reglas, sino bastaría con seguir aquéllos ya bien desarrollados en la práctica internacional y adaptarlos a las posibilidades locales.

De manera muy sintética, la legislación relativa a archivos debería contener los principios de la materia (disponibilidad, eficiencia, localización expedita, integridad y conservación); la obligación de contar con responsables de los archivos de trámite y concentración al menos por cada sujeto obligado, quienes serían los encargados de asegurar la debida organización, descripción, localización y conservación de los documentos; la obligación de contar al menos por cada sujeto obligado del cuadro general de clasificación archivística, el catálogo de disposición documental y los inventarios documentales (general, transferencia y de baja), y la definición de las autoridades responsables de establecer los lineamientos específicos en materia de organización de archivos administrativos, con base en las normas internacionalmente reconocidas, y con al menos los niveles de fondo, sección y serie documental. Finalmente, se debería establecer la obligación de publicar un índice por serie documental, el cual debería actualizarse al menos trimestralmente.³⁹

VII. EL DISEÑO INSTITUCIONAL

Analizaremos en primer término la cuestión relativa al diseño de las instituciones internas de cada entidad gubernamental para la gestión de las solicitudes de acceso a la información, para posteriormente revisar algunas cuestiones relacionadas con los órganos garantes del derecho de acceso a la información.

1. *El diseño interno*

El diseño institucional de los órganos que deben administrar al interior de cada sujeto obligado las leyes de acceso a la información es quizá uno de los aspectos más arduos, pues resulta indispensable tener en con-

³⁹ Véanse al respecto las disposiciones del capítulo VI del CBP.

sideración las especificidades de cada entidad federativa, de la Federación y del Distrito Federal. Una conclusión que quizá debe adelantarse es que no existe un modelo idóneo o único; las condiciones, necesidades y voluntad política locales serán un factor determinante en el diseño.

De manera muy general, conviene disponer de una ventanilla única de acceso en cada sujeto obligado, fácilmente identificable para los ciudadanos. Esta ventanilla, con el tiempo, será para muchos el uso de los medios electrónicos para realizar solicitudes de acceso, tal y como se deriva del artículo 3 transitorio del decreto de reformas, que establece la obligación de contar en un plazo de dos años con sistemas electrónicos que permitan el uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y los procesos de revisión.⁴⁰ Pero la función de esta ventanilla no se limita a la recepción de solicitudes, sino también a su gestión dentro de las organizaciones y, más allá, a una función de apoyo y orientación para el ciudadano. En este sentido, la creación de unidades administrativas especializadas, a las que denominaremos genéricamente como “unidades de enlace” o “unidades de información”, permite establecer una buena vía de comunicación entre el solicitante y la dependencia o entidad. Estas unidades se convierten así en los “socios” o “gestores” de los ciudadanos frente al resto de las autoridades, y facilitan la operación de los procedimientos.

Junto con las unidades de información, es deseable también, como lo muestra la práctica, contar con órganos especializados al interior de cada sujeto obligado, a los que denominaremos “comités de información”, responsables de la supervisión de la aplicación de la ley, expedir las reglas y procedimientos internos para su mejor operación, resolver los problemas relacionados con la clasificación de información, asegurar la documentación de las actividades de la entidad, y establecer y conducir la política de transparencia al interior de cada sujeto obligado. Asimismo, es preferible que estos órganos sean cuerpos colegiados con funcionarios del mayor rango jerárquico posible, de manera tal que tengan la autoridad y legitimidad necesarias para generar y conducir esa política.

Esta estructura de dos niveles admite diversas combinaciones posibles. Así por ejemplo, puede pensarse en:

⁴⁰ En materia municipal, esta obligación corresponde a los municipios con población superior a los 70,000 habitantes.

- Una unidad de información y un comité de información en cada uno de los sujetos obligado (modelo federal).
- Una unidad de información única y centralizada para todos los sujetos obligados y un comité de información independiente en cada uno de ellos.
- Una unidad de información en cada una de las dependencias, entidades u órganos de cada uno de los sujetos obligados y un comité de información en cada sujeto obligado.
- Una unidad de información en cada una de las dependencias, entidades u órganos de cada uno de los sujetos obligados y un comité de información único para todos los sujetos obligados.
- Una unidad de información única y centralizada que realice también las funciones del comité y que opere a través de enlaces en cada uno de los sujetos obligados.

Los legisladores deberán optar por el modelo que mejor convenga a sus necesidades y en función de éste determinar las facultades que tendrá cada uno de los órganos a que hemos hecho referencia.

2. Los órganos garantes

La nueva fracción IV del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional establece que los procedimientos de revisión de los mecanismos de acceso a la información deberán sustanciarse ante “órganos u organismos, especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”. Este párrafo establece las características generales que deberán tener las entidades responsables de garantizar el derecho de acceso a la información. Su desarrollo legislativo plantea diversas cuestiones, que analizaremos a continuación.

El uso de los términos de “órgano u organismo” no fue casual, sino revela una intención expresa del Constituyente Permanente, que no quiso prejuzgar sobre la naturaleza de estos cuerpos, y dejó a los legisladores la responsabilidad de determinar su forma jurídica. En efecto, el concepto de organismos se refiere a entidades públicas que administran asuntos específicos con diferentes grados de autonomía. Así, “además de ser un principio de organización, constituye un reparto de competencias públicas, integrándose una persona de derecho público, con personalidad jurí-

dica, recursos propios, y a la cual se le han delegado poderes de decisión”,⁴¹ mientras que el de órgano “materializa un reparto de atribuciones dentro de la misma persona pública, no ya la creación de un ente diverso y ajeno a ella, pero que se le dota de facultades para su actuación y decisión, asimismo imparcial”.⁴² En otras palabras, los legisladores podrán determinar si establecen organismos garantes, con personalidad jurídica y patrimonio propios, o bien si los constituyen simplemente como una unidad especializada y autónoma dentro de la propia entidad gubernamental.

Esta diferencia se explica por la dificultad de resolver en el texto constitucional el diseño institucional de estas entidades respecto de realidades tan diversas como las que presenta el escenario nacional. Así, por ejemplo, el problema del diseño de los órganos garantes no presenta las mismas características a nivel federal que estatal. La experiencia muestra que respecto de los estados y el Distrito Federal conviene la creación de un solo organismo que vele por el ejercicio del derecho respecto de todos los sujetos obligados. En el mejor de los casos, este órgano debería tener un nivel de organismo constitucional autónomo.⁴³ Esta situación no es igual en la Federación, donde convendría tener organismos u órganos diferenciados para cada sujeto obligado o al menos para un grupo de ellos.

Ahora bien, estos órganos u organismos deben tener ciertas características. La primera de ellas es la especialización. Ello parece excluir, por ejemplo, que las facultades de revisión se le otorguen a los tribunales de lo contencioso administrativo, pues éstos difícilmente pueden ser considerados como órganos especializados en materia de acceso a la información. La necesaria especialización de estos organismos sugiere además que debería establecerse la creación de un servicio civil de carrera para sus funcionarios. La segunda característica es la independencia. Se trata de un mandato claro que busca impedir la subordinación de estos organismos a cualquier otra autoridad en el ámbito de su competencia. Para ello se les dota de tres autonomías: operativa, de gestión y de decisión.

41 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2207-II, martes 6 de marzo de 2007.

42 *Idem*.

43 Este es el caso por ejemplos de los Estados de Chihuahua, Morelos, Tlaxcala. En otros estados los órganos garantes tiene el rango de organismos autónomos, pero no a nivel constitucional.

El propio Constituyente, en el dictamen, expuso el contenido específico de estas autonomías:

...operativa, que consiste en la administración responsable con criterios propios; de gestión presupuestaria que se refiere a la aprobación de sus proyectos de presupuestos y ejercer su presupuesto con base en los principios de eficacia, eficiencia y transparencia sujetándose a la normatividad, la evaluación y el control de los órganos correspondientes... y finalmente la de decisión, que supone una actuación basada en la ley y en la capacidad de un juicio independiente debidamente fundado y motivado, al margen de las autoridades en turno.⁴⁴

Debe notarse que el constituyente no les otorgó de manera expresa la autonomía presupuestaria; sin embargo, quiso implicarla en la autonomía de gestión. Por ello, nos parece que no existen obstáculos para que los legisladores puedan otorgársela en beneficio de una mayor independencia para estos organismos.

El diseño de las atribuciones de los órganos garantes admite varias posibilidades. Su primera e ineludible función es la de sustanciar los recursos de revisión, es decir, la de resolver las controversias que se generan entre los particulares y los sujetos obligados tanto respecto de las solicitudes de acceso como de las del ejercicio de los derechos ARCO. Junto con esta facultad, existen otras, que pueden o no ser atribuciones de estos órganos, tales como las de administración de la ley y supervisión de su cumplimiento; de promoción del ejercicio de los derechos de acceso y protección de datos personales; de órgano regulador en la materia, incluyendo las cuestiones relacionadas con los archivos; de órgano sancionador, y de administración y relaciones interinstitucionales. Finalmente, los órganos garantes podrían tener atribuciones adicionales para actuar subsidiariamente en materia municipal, supliendo a los municipios en el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley.

Una revisión de las facultades antes enunciadas permite agruparlas en cuatro funciones: supervisión, regulación, promoción y solución de controversias. Conceptualmente puede objetarse el otorgamiento a los mismos órganos de facultades de regulación y resolución de controversias, pues los hace “juez y parte”. No obstante, la práctica ha demostrado que en realidad es mejor agrupar todas estas funciones en la misma entidad,

⁴⁴ *Idem.*

pues le dota de mayor eficiencia. En todo caso, el diseño debe atribuir estas facultades de manera expresa e inequívoca a algún órgano u organismo, para asegurar una correcta operación de la ley.

En cuanto a su integración, conviene que se constituyan como cuerpos colegiados, de tres a cinco miembros, en según las cargas de trabajo. Los cuerpos colegiados están mejor dotados para resistir presiones y adoptar mejores decisiones, resultado de un debate público.

Una condición adicional es la calidad de las personas que los conforman. Para ello, los legisladores deberán establecer claramente el perfil de los integrantes de los órganos garantes, y procedimientos claros y objetivos de selección. En esta dirección, la experiencia muestra que es deseable la participación de al menos dos poderes en la designación de las personas que tendrán la responsabilidad de integrar a los órganos garantes. Además, resulta altamente recomendable la participación de las organizaciones de educación superior y de la sociedad civil.

VIII. LOS PROCEDIMIENTOS

Un buen diseño procedimental es fundamental para asegurar un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la información. Ésta es, sin embargo, una cuestión que suele descuidarse en el diseño legislativo. Ello genera procedimientos largos, onerosos, complejos, con amplios márgenes de discrecionalidad en su sustanciación, y sin las debidas garantías para los ciudadanos.

El diseño de los procedimientos debe responder a algunos principios básicos, entre los que debemos señalar los de máxima publicidad; simplicidad y rapidez; gratuidad del procedimiento; costo razonable de reproducción de la información; suplencia de la queja; auxilio y orientación a los particulares; claridad en las etapas procedimentales; plazos cortos, pero razonables, y definitividad de las resoluciones.

Conceptualmente el procedimiento de acceso, así como aquellos relacionados con el ejercicio de los derechos ARCO, son procedimientos de naturaleza administrativa que tienen dos etapas. La primera se sustancia ante la autoridad que tiene (o debe tener) la información. Esta etapa se inicia con una solicitud presentada en la unidad de información o por medios electrónicos, que debe contener la información mínima necesaria para poder identificar los documentos que se requieren. En principio, la identificación (nombre) del solicitante no parece ser un requisito neces-

rio, pues el principio de universalidad del derecho otorga legitimación activa a cualquiera persona. Tampoco se requiere justificar interés alguno o el uso que se dará a la información. El plazo para resolver estas solicitudes debe ser relativamente breve, pero no demasiado, para permitir una adecuada gestión de las solicitudes al interior de las dependencias y entidades. Plazos muy breves tienen resultados contraproducentes, pues simplemente resultan incumplibles. La experiencia muestra que un plazo de entre 10 y 20 días hábiles es adecuado para desahogar la mayor parte de las resoluciones.

Ahora bien, resulta importante que en el diseño de este procedimiento se prevea que cuando la información que se solicita esté clasificada o bien se vaya a declarar su inexistencia, exista un mecanismo interno de revisión de la clasificación o la inexistencia. Esta función puede recaer en los comités de información o en las unidades de enlace, y aseguraría una adecuada y uniforme aplicación de los criterios de clasificación —particularmente si consideramos que no existe en la práctica administrativa mexicana experiencia en esta materia—, un mejor desempeño de la prueba de daño, y una búsqueda exhaustiva de la información dentro de la dependencia o entidad. Se trata en realidad de un mecanismo de revisión interna que se dispara automáticamente sin la intervención del particular y que busca garantizar un mejor ejercicio del derecho.

La segunda etapa se sustancia ante el órgano u organismo garante, en el caso de que la autoridad haya negado el acceso a la información, declare su inexistencia, haya incumplido con los términos, plazos o modalidades de entrega requeridos en la solicitud de acceso, o menoscabe el ejercicio de alguno de los derechos ARCO. El procedimiento ante el órgano garante debe ser diseñado como un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, en el cual debe otorgársele a las partes derecho de audiencia, y su duración no debería exceder de tres meses. Es preferible, asimismo, otorgar a los órganos garantes facultades de conciliación que les permitan, cuando así sea posible, encontrar soluciones más rápidas, y que podrán ser plasmadas como resoluciones para darles la fuerza y definitividad necesarias.

Las resoluciones que dicte el órgano garante deben tener el carácter de definitivas. Contra ellas no debe proceder recurso alguno por parte de la autoridad ni deben ser objeto de revisión por los tribunales administrativos. Un diseño legislativo que no prevea estas condiciones corre el riesgo de violentar el principio constitucional que asegura un procedimiento

de revisión expedito. Por otro lado, no debe perderse de vista que contra las resoluciones del órgano garante los particulares podrán siempre interponer un juicio de amparo. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental, corresponde a los tribunales federales ser los garantes últimos de su ejercicio.

Una última consideración en esta materia obliga a advertir que el diseño del procedimiento deberá asegurar que sea posible utilizar medios electrónicos remotos. En este sentido, las leyes deberán establecer las previsiones necesarias para permitir el uso de medios electrónicos para la presentación de las solicitudes y recursos, para las notificaciones y aun para la presentación de pruebas y alegatos.

IX. LAS SANCIONES

La fracción VII del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional establece que la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública deberá ser sancionada. Esta disposición no deja de ser peculiar en el texto constitucional, pues resulta una obviedad que la violación al ejercicio de un derecho fundamental requiere de una sanción. Al respecto, el dictamen de la Cámara de Diputados dice “la iniciativa quiere evitar la generalización de leyes imperfectas cuyo incumplimiento no tiene consecuencias”.⁴⁵ El concepto es loable, pero es cierto para cualquier ley.

Quizá sea una realidad que se ha mostrado reacia y resistente a la aplicación adecuada del régimen de responsabilidad y sanciones a los servidores públicos la que impulsó al constituyente permanente a subrayar esta condición. Sin embargo, también es cierto que se trata de un problema general, no limitado al problema del derecho de acceso a la información. Por ello, querer resolver un problema general en las leyes de acceso debe evitarse, pues simplemente no es el lugar apropiado y tiene que ver con condiciones legales y estructurales que se escapan a esta materia.

Resulta indispensable que las leyes de acceso contengan un catálogo bien estructurado de las conductas administrativas que ameriten una sanción por constituir violaciones a los derechos de acceso a la información y protección de datos personales. En esto hay un amplio consenso. El

⁴⁵ *Idem.*

problema se plantea respecto de quién debe aplicar las sanciones. Hay dos posiciones.

La primera de ellas considera que los órganos garantes, siguiendo el ejemplo de varias leyes estatales,⁴⁶ deben contar con facultades sancionatorias, las cuales deben incluir la destitución y la inhabilitación. Se sostiene que es una condición indispensable para un adecuado funcionamiento de estos órganos. La segunda considera que los órganos garantes, cuando identifiquen probables responsabilidades, deben limitarse a dar vista a los órganos internos de control (OIC) o sus equivalentes, quienes serían los responsables de iniciar los procedimientos administrativos que correspondan. En su caso, se ha propuesto que exista una obligación de los OIC de informar a los órganos garantes del resultado de esos procedimientos y que esta información deberá ser pública.

En nuestra opinión, la aplicación directa de sanciones por los órganos garantes resulta problemática. En primer lugar, menoscabaría su función como coadyuvantes en el desarrollo de las capacidades institucionales de los sujetos obligados en materia de derecho de acceso a la información. En efecto, los órganos garantes deberían conducir y facilitar el proceso de cambio organizacional y cultural, tarea no menor. Una operación adversarial y sancionatoria modificaría sus condiciones para llevar a cabo esta función. Desde otro punto de vista, la correcta aplicación de sanciones administrativas supone la generación de capacidades institucionales que desviarían recursos que podrían dedicarse a otras cuestiones más urgentes y necesarias. Finalmente, la aplicación de sanciones tiene innegables connotaciones políticas, que podrían politizar innecesariamente la operación de estos órganos. Por ello, considerados los riesgos, nos parece que los órganos garantes deben tener únicamente la capacidad de interponer denuncias en la materia.

X. REFLEXIONES FINALES: MÁS ALLÁ DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La reforma al segundo párrafo del artículo 6o. constitucional en materia del derecho de acceso a la información fue para muchos un punto de llegada. Para otros, la mayoría, es apenas el principio de un largo cami-

⁴⁶ Este es el caso, por ejemplo, de la leyes de Aguascalientes, Chihuahua, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco y Morelos, Nuevo León, Tlaxcala y Tabasco, entre otros.

no, cuyo horizonte es una transformación profunda de la vida institucional y de la cultura política en nuestro país. Como hemos afirmado, este derecho supone un giro de 180 grados en el manejo de la información pública y en los mecanismos institucionales de rendición de cuentas, e implica una nueva relación entre gobierno y ciudadanos. Es un instrumento para crear ciudadanos y fortalecer la democracia que, en el largo plazo, nos debe conducir a tener instituciones más fuertes y legítimas, a crear un entorno de confianza y responsabilidad, a transparentar y mejorar la gestión pública, a establecer principios de responsabilidad más efectivos y a generar una mayor y más sólida participación ciudadana. Todo ello es el sentido profundo del derecho de acceso a la información, y la revolución silenciosa que supone crear las condiciones para su ejercicio efectivo.

La reforma constitucional estableció los principios y bases del derecho de acceso a la información. Sin embargo, resulta necesario aún desarrollar su contenido preciso y crear el marco normativo que permita darle viabilidad al ejercicio del derecho, así como generar los incentivos adecuados para una implementación exitosa. En México hemos sido —debe reconocerse— muy ambiciosos en la creación de derechos, pero muy poco exitosos en la creación de las condiciones necesarias para su implementación. En general, nuestras leyes son técnicamente de mala calidad y frecuentemente producen resultados contrarios a los que se espera lograr. Tenemos que luchar contra el fetichismo legislativo, que parte de la creencia de que bastan reformas constitucionales o legales para transformar la realidad. Tenemos que entender cabalmente que los instrumentos jurídicos son apenas el marco que debe orientar las acciones de política pública, pero que un mapa de ruta mal diseñado lleva necesariamente a errar en el camino.

Los legisladores de todo el país tienen frente a sí un reto enorme. La reforma constitucional implica modificar el conjunto de las leyes de acceso a información en todo el territorio nacional. Pero los grandes retos ofrecen las mejores ventanas de oportunidad para avanzar, y las debemos aprovechar. A diferencia de 2002, en que poco sabíamos de esta materia, hoy hemos acumulado varios años de experiencia, y tenemos mejores instrumentos para el diseño de buenas leyes. Existen varias dimensiones a las que nos referiremos en seguida.

Una primera es el impacto de la reforma constitucional en el diseño de las leyes de acceso a la información. Resulta obvio que la mayor parte

de ellas requerirían cambios de fondo en diferentes aspectos, tales como el diseño de los procedimientos de acceso a la información, los criterios y procedimientos de clasificación de información, los sujetos obligados, las obligaciones de transparencia y el desarrollo de las pruebas de daño y de interés público.

Aunque mucho se ha avanzado en el conocimiento técnico en los últimos años, la masa crítica de expertos en el tema es aún muy pequeña. Los cambios de la reforma constitucional implicarán modificaciones importantes a la legislación vigente en todas las entidades federativas. En este sentido, cabría considerar —como en otros campos— el desarrollo de una “ley modelo”. Pero existen otras alternativas. Una de ellas, ya completada, ha sido el desarrollo de un Código de Buenas Prácticas que busca sistematizar la experiencia adquirida y ofrecer alternativas concretas para el diseño de estas leyes. Este instrumento, a diferencia de una ley modelo, no pretende establecer un camino único, sino contribuir al debate legislativo. Producto de un amplio consenso y de una participación significativa de diversos actores, el Código marca una ruta que deberá ser completada por los legisladores de todo el país.

Respecto de las cuestiones institucionales, deben diferenciarse dos ámbitos: en primer lugar el de los sujetos obligados, y en segundo el del diseño de los órganos autónomos responsables de administrar y aplicar la ley.

En cuanto a la primera cuestión, parece necesario avanzar en la especificidad de la aplicación de la ley a los diferentes órganos estatales. En efecto, las administraciones públicas tienen modelos organizativos, y manejan información diversa a las de los poderes legislativos o judiciales. Si bien resulta pertinente considerar que el derecho de acceso es universal y obliga a todos los órganos del Estado, también es necesario reconocer las diferencias y establecer modelos de gestión de información específicos a cada órgano.

En todo caso no debe perderse de vista que la reforma constitucional en la materia implica cambios organizacionales mayores en el conjunto de los órganos públicos, y que su implementación es costosa, difícil y requiere recursos técnicos y de infraestructura importantes. En esta materia, resulta urgente profundizar en la reflexión y en el acopio de las experiencias exitosas que existen en el país, que permitan un diseño adecuado y específico, muy en particular si una reforma con el ámbito que aquí hemos discutido ha de aplicarse el ámbito municipal.

En cuanto a los órganos responsables de la administración de la ley, deben considerarse los aspectos relacionados con su integración (el número de sus miembros, los mecanismos para su selección, designación y remoción, así como el establecimiento de los perfiles profesionales y éticos que deben tener), sus facultades, presupuestos, mecanismos de rendición de cuentas y relaciones con los poderes judiciales.

En particular, respecto de sus facultades debe evaluarse si resulta pertinente que concentren la facultades de resolución de controversias, promoción regulación, supervisión y sanción, o diferenciarlas de manera que aquéllas relacionadas con la regulación, la supervisión y la sanción queden en manos de las secretarías estatales de contraloría o función pública, y limitar las del órgano a la resolución de controversias y promoción del derecho. La experiencia muestra que el otorgar a estos organismos facultades sancionatorias, si bien ha sido útil —y aun necesario— en algunos estados, es también cierto que al otorgárselas se crean conflictos jurídicos potenciales de larga duración, enorme desgaste político y desvió de sus funciones como promotores del derecho, pues necesariamente deben asignársele recursos a la sustanciación de los conflictos que se generan.

El otro aspecto central tiene que ver con los recursos presupuestales para estos órganos. Resulta obvio que en un contexto de recursos escasos es difícil otorgarles el nivel óptimo, pero también lo es que con recursos insuficientes, los órganos no tendrán condiciones para ejercer sus funciones adecuadamente. Por ello, es indispensable entender que el acceso a la información supone costos que deben ser considerados y que, en este cálculo, una adecuada distribución de funciones facilita su distribución eficaz.

También es necesario reconocer que carecemos de los recursos humanos capacitados para implementar las leyes de acceso a la información, en particular en materia de gestión documental y archivos. El país necesita hacer un enorme esfuerzo institucional para generar en un tiempo corto estos recursos humanos, sin los cuales resulta ilusorio pensar que lograremos los objetivos de la reforma constitucional recientemente aprobada.

Desde otra perspectiva, requerimos capacitar a los funcionarios de todos los niveles de gobierno. Esta capacitación tiene ciertamente una dimensión técnica, pero también una política ligada estrechamente al ejercicio de la función pública en un entorno democrático.

Finalmente, debemos insistir en que la rendición de cuentas tiene implicaciones profundas en la construcción de la ciudadanía. La democracia se ejerce plenamente sólo cuando existen ciudadanos capaces de exigir una adecuada rendición de cuentas, y funcionarios y políticos convencidos ética y políticamente de la necesidad de rendirla.

Por ello, una auténtica política de transparencia debe entenderse como una política de Estado que va más allá de generar flujos de información. Ésta se construye desde la perspectiva de la cultura política de los ciudadanos —y por ello la necesidad de capacitar y orientar acciones para generar conocimiento y capacidad social de usar instrumentos como las leyes de acceso a la información— y de la visión política y ética de políticos y funcionarios que entiendan que el acceso a la información no es una carga o lujo, sino una parte inherente al ejercicio del poder en una sociedad que se quiere democrática. De ahí que una reforma constitucional debe ser vista como un punto de partida de una responsabilidad compartida entre el Estado y sus ciudadanos, y un enorme desafío para los legisladores de todo el país, a quienes corresponde ahora dar un nuevo aliento al ejercicio del derecho de acceso a la información en sus diferentes dimensiones. Este es el tamaño del reto.

LA REFORMA AL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN
MEXICANA: CONTEXTO NORMATIVO Y ALCANCE
INTERPRETATIVO

Pedro SALAZAR UGARTE*
Paula S. VÁSQUEZ SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. *Primera parte: el contexto normativo internacional.* II. *Segunda parte: alcances interpretativas del nuevo párrafo constitucional.* III. *Tercera parte: un vistazo esquemático al derecho comparado.* IV. *Anexo.*

I. PRIMERA PARTE: EL CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL

I

La búsqueda de un derecho cosmopolita —basado en los principios democráticos— ha sido una guía poderosa para la creación de instituciones internacionales: desde Kant —que pensaba que la *Paz perpetua* sería posible entre naciones constituidas como Repúblicas—, pasando por H. Kelsen, sobre todo en la primera etapa de su pensamiento, y por Bobbio, cuando se ocupó de filosofía política, hasta Habermas y Ferrajoli en la actualidad, a lo largo de la historia del pensamiento político los grandes pensadores jurídicos y políticos liberales han abonado en esa dirección prometedora. En consonancia, a pesar de las vicisitudes y los retrocesos de la historia, en las últimas décadas algunos Estados han promovido la creación y el fortalecimiento de organismos internacionales que sirvan como instrumentos de conciliación y, en especial, como

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Facultad de Derecho.

elementos de cooperación entre los países que se proponen alcanzar objetivos comunes.

Uno de los ejes centrales de esta cooperación ha girado en torno a la universalización y salvaguarda de los derechos humanos. Éste ha sido uno de los fines primordiales por los que se han creado organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y muchas otras organizaciones de carácter regional, como la Organización de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea o la Unión Africana, por mencionar sólo algunos que destacan por su relevancia continental. Estos organismos, a su vez, facultados por los propios Estados miembros, han creado una serie de instrumentos legales mediante los cuales han refrendado su compromiso con el respeto y protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito doméstico como en el supranacional. Éste es uno de los propósitos expresamente recogido en la Carta de Naciones Unidas, el documento primigenio de la ONU:

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.¹

En el mismo sentido, mediante la creación de estos organismos internacionales los Estados han manifestado como aspiración conjunta que no sólo éstos, sino también las propias organizaciones, se constituyan y funcionen bajo reglas de carácter “democrático”. De esta manera se ha establecido un vínculo entre democracia y derechos humanos, que ha quedado plasmado en múltiples documentos internacionales. De hecho, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la OEA, texto constitutivo de dicha organización, en su preámbulo, expresa textualmente lo siguiente:

Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad

¹ La Carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 y entró en vigor en octubre del mismo año, <http://www.un.org/aboutun/charter/>.

individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.²

Esta misma organización —que nos interesa especialmente por tratarse del organismo regional más importante del que México forma parte— ha creado un documento específico sobre el tema de la democracia. Se trata de la Carta Democrática Interamericana, en donde se reitera el vínculo profundo entre derechos humanos y democracia. En dicho documento, entre otras cosas, se establece:

...que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y (se reconoce) la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia.³

Así es como, en el ámbito internacional, se ha venido materializando el ideal kantiano que, en versión contemporánea, Norberto Bobbio ha identificado como un *signum prognosticum* de la modernidad: el paulatino reconocimiento en sede internacional de que los derechos humanos, la democracia y la paz son tres eslabones de un mismo movimiento histórico.⁴

II

En este contexto de construcción institucional internacional se ha venido afirmando la idea de que el derecho de acceso a la información es

2 Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. <http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>.

3 Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

4 Cfr. Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996. Sobre el argumento, entre otros, cfr. Córdova, L. y Salazar, P. (coords.), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

uno de los derechos fundamentales que juega un papel relevante para la consolidación de regímenes democráticos —en todos los ámbitos: político, económico y social— y que contribuye, incluso, al buen funcionamiento de las relaciones internacionales. Por lo mismo, ese derecho ha sido regulado, cada vez con mayor precisión, por el derecho internacional. Si bien en un principio fue considerado un instrumento para garantizar la libertad de expresión y no tanto un derecho fundamental en sí mismo, posteriormente, en parte debido a los retos impuestos por los paradigmas de la democracia y por los cambios que en las últimas décadas representó para estos regímenes el desarrollo de nuevas tecnologías, el derecho de acceso a la información fue adquiriendo una nueva dimensión.

Actualmente, el derecho de acceso a la información se considera una precondition de la democracia, y por lo tanto, es un elemento central en la agenda internacional de los últimos años. De hecho, como veremos hacia el final de este ensayo, las estadísticas internacionales de la última década indican una tendencia creciente en el número de países que han emitido leyes o disposiciones legales en materia de acceso a la información. Pero, además, esta tendencia se reproduce al interior de los propios organismos internacionales. Por ejemplo, el Comité de Información de las Naciones Unidas, órgano subsidiario de la Asamblea General, en 2007, elaboró un documento de trabajo en materia de información en el que, entre otras cosas, exige:

...a todos los países, al sistema de organizaciones de las naciones unidas en su totalidad y a todos los demás involucrados, reafirmando su compromiso con los principios de la carta de las Naciones Unidas y con los principios de libertad de prensa y libertad de información, así como a todos aquellos concernientes a la independencia, el pluralismo y diversidad de la información... asegurar la diversidad de fuentes y el libre acceso a la información, reconociendo en este caso lo que las Naciones Unidas ha llamado en varios foros internacionales información y comunicaciones de un nuevo orden mundial, vistas como un proceso evolutivo y continuo.⁵

⁵ Comité de Información, resolución A/62/21, Reporte de la 29a. Sesión (30 de abril-11 de mayo de 2007) Draft resolution A: Information in the Service of Humanity, p. 13. <http://www.un.org/ga/coi/29/reports.shtml>.

Esta tendencia ha impactado al régimen internacional público y se ha traducido en la inclusión del derecho de acceso a la información en los pactos y tratados internacionales más relevantes. De hecho, es posible encontrar unas indicaciones primigenias en esa dirección desde el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que expresa textualmente lo siguiente:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el *de investigar y recibir informaciones y opiniones*, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.⁶

Para Jorge Carpizo esta declaración supone el derecho de acceso a la información como una garantía fundamental de la que todas las personas son titulares, y que se traduce en el derecho para atraerse información, informar y ser informada.⁷ De hecho, la misma disposición, con el pasar de los años, ha sido refrendada también en diversos instrumentos tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en donde, además, siguiendo la tendencia hacia una regulación coherente en la materia, también se contemplan algunas reservas al derecho de acceso a la información.⁸

6 La carta, como es sabido, fue adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. Las cursivas son nuestras.

7 Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto, "El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México", en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R., *Derechos humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, 2001.

8 En los documentos legales de carácter internacional que también consagran el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental se encuentran la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Sin embargo, como se verá mas adelante, existen diferencias en la manera de delimitar la definición del derecho de acceso a la información. Mientras que la Corte Interamericana de Justicia considera que este derecho está compuesto por el derecho de las personas a buscar, recibir y difundir información y de una obligación del Estado a proveerla (caso *Claude v. Chile*, 2003), la Corte Europea de Derechos Humanos considera que, si bien el acceso a la información es un derecho fundamental, en cuanto al derecho de toda persona a buscar y difundir información, el Estado no tiene la obligación de proveerla (caso *Leander v. Suecia*, 1987).

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁹

Esas disposiciones generales, en un cierto sentido, constituyen el marco de referencia para el desarrollo normativo que se ha venido realizando en el ámbito regional y, posteriormente, nacional en la materia.

III

Como ya lo hemos advertido, para los fines de este breve estudio, el trabajo realizado por la OEA, reviste una especial importancia y, por lo tanto, merece una mención especial. Esto es así porque, además de las razones de contexto, este organismo internacional ha establecido algunos lineamientos claros acerca de los alcances del acceso a la información y de su protección dentro de los estados. En este sentido, conviene, a pesar de su extensión, reproducir el texto del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José, en el que se establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.¹⁰

Es importante advertir que el artículo segundo de todos los instrumentos legislativos en materia de derechos humanos creados por esta misma organización incluye el “*deber de adoptar disposiciones de derecho interno*”.¹¹ Esto significa que los Estados firmantes de esos documentos no sólo quedan comprometidos a respetar lo convenido en ellos, sino también se les exhorta a crear disposiciones legales que garanticen al interior de los países su cabal cumplimiento.¹² En otras palabras, pensando en el tema que nos ocupa, los Estados firmantes tienen la obligación —adquirida en virtud de sus compromisos internacionales— de crear las garantías primarias y secundarias tendientes a ofrecer protección efectiva al

¹⁰ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

¹¹ Pacto de San José, artículo 2o. También, artículo 2o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

¹² Vale la pena también mencionar las disposiciones hechas por este mismo organismo acerca del derecho de acceso a la información en materia de Combate Internacional a la Corrupción, esta reglamentación está contenida en la Convención Interamericana contra la Corrupción, donde se eliminan como justificación a negar información los secretos bancario y fiduciario, tanto para la OEA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como para los propios ciudadanos del país.

derecho de acceso a la información (así como de los demás derechos contemplados en ésta y otras disposiciones).¹³

La decisión de la OEA de consagrar el derecho de acceso de información en sus instrumentos legales ha sido confirmada también en el plano judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano judicial de la organización, en el caso *Claude v. Chile*, determinó que el artículo 13 del Pacto de San José establecía el derecho de todas las personas a pedir información y también la obligación del Estado a proveerla.¹⁴ De hecho, esta decisión constituye el primer precedente en el que una corte internacional sanciona a un Estado por negar el derecho de acceso a la información. Jorge Islas, en un interesante ensayo en el que compara las interpretaciones en la materia que han hecho las instancias jurisdiccionales americanas con las realizadas por las autoridades europeas, advierte lo siguiente:

En el caso *Claude v. Chile* la Corte Interamericana de Justicia, amplía aun más la protección otorgada por el artículo 13 de la Convención, al convertir de carácter colectivo a individual el derecho de recibir informaciones. Para la corte, el artículo 13 del pacto de San José, ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la “obligación positiva” del Estado de entregarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. El Tribunal considera también de especial relevancia que a nivel mundial, varios países han adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado.¹⁵

La conclusión de Islas es interesante, porque subraya los alcances que desde el punto de vista jurisprudencial en el ámbito internacional/regional ha venido alcanzando el derecho que nos ocupa.

13 Sobre el tema de las garantías a los derechos fundamentales es obligado hacer referencia a la obra de Luigi Ferrajoli. *Cfr.*, entre otros, Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

14 *Claude v. Chile*, IHRC, abril de 2004.

15 Islas, J., “La información pública y la jurisprudencia internacional”, en Carbonell, M. (coord.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, México, InfoD.F.-IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

IV

Como ya lo hemos adelantado, otro factor que evidencia la importancia del derecho de acceso a la información en el contexto internacional es que la exigencia de transparencia y de contar con una reglamentación del derecho de acceso a la información no se restringe sólo a los países que conforman a los organismos internacionales, sino que alcanza las estructuras de estos propios organismos. En 1979, la Organización de Naciones Unidas creó un Comité de Información —del cual México forma parte—, cuya función es la creación de políticas en materia de organización, desarrollo y acceso a la información de la propia organización. Dicho Comité busca crear una base de datos “comprensible, precisa, imparcial y actualizada” que abarque todos los aspectos estructurales, así como los resultados obtenidos en los diferentes ámbitos en los que participa la organización. La información será disponible para cualquier persona, asociación, organización o Estado que lo solicite.¹⁶

Por otra parte, como un elemento complementario y también sintomático de esta tendencia internacional, vale la pena mencionar el surgimiento y la relevancia que han cobrado en los últimos años algunas organizaciones no gubernamentales (ONG's) de carácter internacional dedicadas en específico a la materia de derecho de acceso a la información. Destacan Transparency Internacional, Freedom Info y Article XIX, organizaciones que, mediante la investigación, la difusión de la cultura de la transparencia o la elaboración de leyes modelo en la materia, han contribuido a crear un contexto de exigencia para que los gobiernos garanticen un mayor y mejor acceso a la información. Aunque algunas organizaciones no gubernamentales puedan obedecer a distintas clases de intereses, en ciertos casos, no necesariamente vinculados con sus objetivos declarados, éstas son un importante actor en el campo de la protección e implementación de los derechos humanos a nivel mundial.¹⁷ Las tres que

¹⁶ ONU, Comité de Información, Reporte de la Sesión número 28 (abril-mayo de 2006) A/61/21.

¹⁷ En este sentido como advierte Ermano Vitale, “[E]n esta ocasión en el plano de la política internacional... que tiene como protagonistas o como co-protagonistas a determinados actores diferentes de los estados... al amplio mundo de las ONG —que en realidad a pesar de su nombre, todas dependen más o menos de las fortunas y de la disponibilidad de sus patrocinadores... las ONG's, constituyen el vehículo de la solidaridad planetaria y del intento por poner en practica el ethos mundial de los derechos humanos”. Vitale, E., “La sociedad civil entre la impotencia y el superpoder. Algunas reflexiones sobre gober-

hemos mencionado, por ejemplo, se han convertido en una referencia constructiva y propositiva para los países que han emprendido reformas para construir normas, instituciones y mecanismos de garantía del derecho de acceso a la información.

La garantía de este derecho ha sido particularmente significativa, por ejemplo, en la reconstrucción de la verdad después de la caída de algunos regímenes autoritarios. En países como Argentina, Chile o Sudáfrica, donde en las últimas décadas del siglo XX desde el poder se perpetraron crímenes de lesa humanidad, las llamadas “Comisiones de la Verdad” creadas para el esclarecimiento de estos crímenes, sólo han podido realizar su tarea gracias al acceso a determinada información. Si la garantía de ese derecho sería imposible conocer y dar a conocer al país y a familiares y amigos de las víctimas la verdad acerca de las desapariciones y exterminios de miles de personas. Si bien los testimonios y las pruebas presentadas por la ciudadanía fueron de vital importancia, también fue necesario que los propios gobiernos entregaran a las Comisiones documentos militares o gubernamentales secretos o “clasificados”. Esto, por supuesto, a pesar de la reticencia de muchos actores gubernamentales. En el caso de Argentina, por ejemplo, en parte gracias a la presión de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, fue posible superar la negativa de entregar información mediante un decreto presidencial (Decreto núm. 2107/84) que obligó a ciertos organismos tanto administrativos como de seguridad a satisfacer las peticiones de información realizadas por la Comisión Nacional de Desaparecidos.¹⁸

Desde nuestro punto de vista, estos casos extremos evidencian el poder constructivo que puede tener la comunidad internacional —en su dimensión pública o privada— para el reconocimiento en el derecho interno de los diferentes países, entre otros, del derecho de acceso a la información. Un derecho fundamental que no sólo vale para la reconstrucción de verdades terribles sino que, en el día a día de la vida democrática, constituye un instrumento de control sobre el poder y de real “empoderamiento” de las personas.

nanza y democracia”, ponencia presentada en la Reunión Nacional de Jueces electorales, Villahermosa, Tabasco, México, octubre de 2007.

¹⁸ Reporte del CONAPEP, capítulo IV, 1984, www.nuncamas.org.

V

En México, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución los tratados internacionales suscritos por el presidente de la República con aprobación del Senado, son ley suprema de la nación. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según una tesis publicada en abril de 2007,¹⁹ esto significa que dichos tratados, en virtud del principio de supremacía constitucional, sólo se encuentran por debajo de la propia Constitución y, en consecuencia, tienen mayor jerarquía que todas las demás leyes generales (leyes federales, Constituciones locales, decretos presidenciales, etcétera).

A pesar de ello, en todos los niveles de gobierno y en todas las esferas del poder, en México todavía existe mucha resistencia para observar las disposiciones de carácter internacional. Nuestro país ha manifestado una voluntad cada vez más abierta para formar parte de organizaciones internacionales y para suscribir tratados en materia de protección a los derechos humanos, pero el derecho internacional ha permeado muy poco y muy lentamente en la toma de decisiones políticas y jurídicas de carácter interno. Esto vale tanto en el ámbito de las autoridades legislativas —que, como vimos, tienen la obligación de adecuar la legislación interna a las disposiciones internacionales—; en el de la administración pública en general —que casi nunca recurre al derecho internacional para fundar sus actuaciones—, y en el ámbito judicial —federal y local— porque la mayoría de los jueces ignoran que los pactos, tratados o las resoluciones de organismos internacionales constituyen una parte fundamental del derecho mexicano que, en cuanto tal, debe ser observada y aplicada.

De ahí que sea tan significativa la reforma al artículo 6o. constitucional, que analizaremos a continuación. En efecto, en materia de derecho de acceso a la información, podemos identificar cinco momentos en la relación de México con el derecho internacional:

a) Un primer periodo es el que antecede al año de 1977. Hasta entonces en nuestro país no existía ninguna disposición respecto al derecho de acceso a la información. Ello, a pesar de que nuestro país ya era miem-

19 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, Tesis Aislada P. VIII/2007, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, abril de 2007, p. 6.

bro de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, que, como sabemos, establecen en sus respectivas cartas constitutivas la salvaguarda al derecho de acceso a la información. En este sentido, es lícito afirmar que hasta 1977 México no cumplía sus obligaciones internacionales en la materia.

b) El segundo momento inicia a partir de ese año y llega hasta el año 2000. En efecto, como bien nos recuerda Raúl Trejo en su colaboración para este mismo estudio, con la llamada “reforma política” de 1977 se adicionó al artículo 6o. constitucional una referencia al derecho de acceso a la información, en el siguiente sentido: “*El derecho a la información será garantizado por el Estado*”.²⁰ Esta disposición, sintética e incompleta, fue objeto de algunas discusiones, pero tuvo muy pocos efectos. De hecho, a lo largo de ese largo periodo la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió dejar la definición del “derecho de acceso a la información” a la legislación secundaria, lo que implicó que no se le considerara como un derecho fundamental ni fuera objeto de ningún desarrollo. Así las cosas, a pesar de la reforma de 1977, desde el punto de vista de nuestras obligaciones internacionales, seguíamos en falta.²¹

c) El tercer momento inicia en el año 2000, cuando el pleno de la Suprema Corte de Justicia afirmó por primera vez que el derecho a la información debía ser entendido como una garantía individual.²² Con esta tesis de jurisprudencia México dio un paso importante hacia el cabal cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia. De hecho, con esta decisión judicial, en un cierto sentido, se preparó el terreno

20 Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de 1977. Modificado por la reimpresión de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de octubre de 1986.

21 Esto es evidente si tomamos en cuenta, por ejemplo, que en 1983, mediante una Observación General, la Organización de Estados Americanos advertía lo siguiente: “3. Muchos Estados se limitan a mencionar que la libertad de expresión está garantizada por la Constitución o por las leyes. Ahora bien, con el fin de conocer el régimen preciso de la libertad de expresión en la legislación y en la práctica, el Comité necesita además información adecuada sobre las normas que definen el ámbito de expresión así como otras condiciones que en la práctica afectan al ejercicio de este derecho. Es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determinan el ámbito real del derecho de la persona”.

22 Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6o. constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del Estado a informar verazmente. Novena época, Pleno, tesis aislada num. P.XLV/2000, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril de 2000, t. XI, p. 72.

para la creación de una legislación secundaria en la materia en 2002: la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.²³

d) A partir de la aprobación de la misma Ley podemos hablar de un cuarto momento en el que los estados de la República comenzaron a crear sus propias disposiciones estatales. Además, en el ámbito federal se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), y poco a poco surgieron instancias similares en el ámbito local. Las funciones generales de esas instancias —a pesar de los desequilibrios en las legislaciones correspondientes— eran formalmente las mismas: garantizar el derecho de acceso a la información, la protección de datos personales, así como resolver sobre las negativas de acceso a información que las dependencias o entidades del gobierno federal hayan formulado.²⁴ Se trató de un avance muy importante pero todavía insuficiente: la normatividad se desarrolló de una manera irregular a lo largo del territorio nacional. Por lo mismo, resultó necesario promover una reforma de rango constitucional para decretar los mínimos indispensables que debían contemplar las legislaciones, federal y locales, en la materia.

e) La aprobación de dicha reforma, en julio de 2007, marca el inicio del quinto momento con el que México cumple a plenitud con sus compromisos internacionales, y al hacerlo incluso se coloca en algunos sentidos a la vanguardia mundial en materia de regulación del derecho de acceso a la información.²⁵ Con la reforma al artículo 6o. constitucional de julio de 2007 se incluyó un nuevo párrafo segundo a dicha disposición que será analizado en la segunda parte de este trabajo, y que, como vere-

23 Publicada el 11 de junio de 2002.

24 <http://www.ifai.org.mx/QuienesSomos>.

25 En efecto, como se analizará en la segunda parte de este ensayo, con esta adición, se establece constitucionalmente el principio eje del derecho de acceso a la información en el plano internacional: el principio de máxima publicidad. Además, se determinan los presupuestos básicos sugeridos por los organismos internacionales: quiénes serán los sujetos obligados por este precepto; las facultades del órgano garante tanto en el ámbito federal como en el estatal y el municipal; los procedimientos para que las personas puedan acceder a la información. Otro avance de gran importancia es que al elevar al texto constitucional los presupuestos mínimos de acceso a la información, se podrá por fin homologar la serie de legislaciones y los órganos garantes estatales en la materia. Además, con la reforma, se establece cuáles son los tipos de información, cuál información es pública, cuál se considera como pública de oficio e introduce la prueba de daño diferencial para establecer cuál y por qué se considerara como reservada alguna información y especialmente delimita, preservando así el derecho a la privacidad, qué información será confidencial.

mos, sienta las bases para el desarrollo —que será lento y complejo— de una regulación coherente y completa a nivel nacional.

II. SEGUNDA PARTE: ALCANCES INTERPRETATIVOS DEL NUEVO PÁRRAFO CONSTITUCIONAL

El nuevo párrafo del artículo 6o. constitucional, a la letra, señala lo siguiente:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

En los párrafos que siguen ofrecemos algunas claves para interpretar y entender los alcances que tiene esta nueva disposición en algunos de sus rubros y aspectos más relevantes. Pero antes de hacerlo consideramos que es conveniente ofrecer al lector una breve explicación de lo que im-

plica “constitucionalizar” —es decir, incorporar en el texto de una Constitución— una materia determinada: en este caso, el derecho fundamental de acceso a la información. Esto, obviamente, en el marco del paradigma democrático constitucional contemporáneo que nuestro país ha decidido venturosamente adoptar.²⁶ De ahí que en este breve análisis introductorio se hará referencia a ciertas disposiciones constitucionales mexicanas que ayudan a dar contexto a las reflexiones.

I

Desde el punto de vista jurídico, la constitucionalización de una materia determinada está grávida de consecuencias. Veamos cuáles son las más importantes:

a) En primer lugar, dado que las Constituciones contemporáneas en su mayoría —y la mexicana no es la excepción— son “rígidas”, es decir, contemplan mecanismos agravados para su propia reforma. Esto es: los procedimientos para modificar las normas constitucionales son más complejos que los necesarios para crear, modificar o derogar las leyes secundarias. En México, por ejemplo, mientras que para modificar una ley es suficiente el voto de la mayoría simple de los legisladores (diputados y senadores) presentes; para modificar el texto constitucional, por mandato del artículo 135 de la propia Constitución, se requiere una votación calificada en el Congreso de la Unión (dos terceras partes de los legisladores presentes) y, además, el voto aprobatorio de la mayoría de las legislaturas de los estados. Esta particularidad de las Constituciones contemporáneas —propias de lo que se conoce como “modelo democrático constitucional”— tiene importantes implicaciones políticas, porque supone que en un país plural y organizado, según las reglas de la democracia representativa, será complicado alcanzar las mayorías necesarias para alterar el contenido constitucional. De ahí que cada reforma constitucional pueda valorarse como el resultado de una operación política —de un “compromiso” democrático en términos de la teoría de Hans Kelsen— inclu-

²⁶ Sobre el tema, nos permitimos remitir, entre otros, al volumen: Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

yente.²⁷ Pero, sobre todo, la rigidez supone que la Constitución es una norma difícil de modificar y, por lo mismo, las normas que se han logrado incorporar a la misma —en principio— tendrán una larga vigencia. De hecho, la rigidez es un mecanismo tendiente a garantizar la estabilidad y la supremacía de la Constitución.

b) En efecto, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y por ello, las normas que se incorporan a la misma se convierten en un parámetro de validez de las normas inferiores. Así las cosas, todas las decisiones infraconstitucionales —que pueden ser leyes, decretos, sentencias o actos de naturaleza administrativa— deben necesariamente ajustar su contenido a lo que dice la Constitución. En México la supremacía constitucional, como ya sabemos, se encuentra establecida en el artículo 133 de la propia Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

c) En la práctica, la supremacía constitucional sienta las bases para hacer efectivos los diferentes mecanismos de control de constitucionalidad. Es decir, una vez que contamos con un referente normativo —con un parámetro— para determinar la (in)validez de las normas jurídicas (y, en general, de los actos de las autoridades) inferiores, entonces, es posible verificar si estas últimas cumplen con los requisitos suficientes para formar parte del ordenamiento. Y esa verificación, normalmente, quedará a cargo del Poder Judicial: de los jueces y magistrados en el caso del amparo (artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana) y de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales (artículo 105 constitucional). De esta manera, las normas que se incorporan a la Constitución sirven de criterio para que los jueces declaren la validez o invalidez de las normas y actos jurídicos que se ubican por debajo de la Constitución y, por lo tanto, para que decreten (i) legitimidad para surtir efectos jurídicos.

d) Todo lo anterior es particularmente relevante cuando se trata de normas constitucionales que atañen a los derechos fundamentales de las personas (en México llamados, genéricamente, garantías individuales, y contenidos en los primeros 29 artículos de la Constitución). Para la teoría constitucional contemporánea, estos derechos integran el apartado principal de la Constitución —su parte dogmática— y merecen una protección especial. Los derechos fundamentales son, por decirlo, con una

²⁷ Cfr. Kelsen, H., *La democracia*, Bologna, Il Mulino, 1998.

fórmula retórica, pero efectiva, el corazón de las Constituciones democráticas. De hecho, se suele afirmar que constituyen la “sustancia” constitucional, su constitucionalización suele realizar mediante normas de principio —fórmulas abstractas o conceptos ambiguos: libertad, integridad, no discriminación, igualdad, equidad— que son, inevitablemente, susceptibles de interpretación. Este dato de hecho aumenta la relevancia que tienen los jueces constitucionales en las democracias constitucionales porque son ellos quienes —a través de ejercicios de argumentación— deberán definir el alcance y significado de esos principios.

Manuel Atienza, en consonancia con lo que se ha expuesto en los puntos anteriores, resume con las siguientes ideas los rasgos particulares de los llamados Estados democráticos constitucionales:

- i) El reconocimiento de la importancia de los principios —además de las reglas— como un componente esencial del orden jurídico; ii) La incorporación del modelo del constitucionalismo o garantista, lo que implica, entre otras cosas, concebir la validez jurídica en términos sustantivos y no simplemente formales; iii) Una nueva idea de sujeción a la ley, ya no como una sujeción a la letra de la ley sino una sujeción a la “ley válida”, es decir, conforme con la Constitución, y iv) La atención creciente a la argumentación jurídica, es decir, la necesidad de que los fallos judiciales estén fundados en razones, como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder.²⁸

Si tomamos en cuenta las implicaciones estructurales de la rigidez y de la supremacía constitucionales y asumimos que el parámetro —en manos, sobre todo, de los jueces constitucionales— para determinar la validez jurídica de las normas infraconstitucionales es un parámetro “sustantivo” compuesto también por normas “de principio” y no sólo por reglas formales, tenemos elementos objetivos que nos servirán para valorar la importancia jurídico/política de la reforma al artículo 6o. de la Constitución en materia de transparencia y de derecho de acceso a la información.

²⁸ Cfr. Atienza, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 309 y 310. Citado por J. Orozco en una ponencia presentada en el panel “Medios de control constitucional”, en el marco del acto intitulado “La Suprema Corte de Justicia de la Nación a 10 años de su reestructuración”, organizado por la SCJN, con motivo de la celebración de una década de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre de 1994.

II

Quizá lo primero que conviene advertir es la ubicación constitucional de las normas que se incorporaron al texto de la Constitución mexicana (mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007). La modificación —o, para mayor precisión, el agregado constitucional— se realizó en un artículo —el 6o.— que se encuentra incluido en la parte dogmática de la Constitución: en concreto dentro del título primero, capítulo primero que se intitula “De las garantías individuales”. Este solo hecho estructural, de forma constitucional, nos anuncia que se incorporaron nuevas normas en materia de derechos fundamentales y/o de sus respectivas garantías. En concreto se incorporó de manera expresa un nuevo derecho fundamental a la Constitución, “el derecho de acceso a la información”, que incluye también el derecho de todas las personas de acceder a “sus datos personales o a la rectificación de éstos”, y que viene acompañado por un conjunto de disposiciones —distribuidas en siete fracciones de nuevo cuño— tendientes a ofrecerle las debidas garantías.

La sola inclusión del derecho de acceso a la información —que, conviene recordarlo, es sólo una parte del “derecho la información” en sentido amplio—²⁹ en el texto constitucional, constituye una primera garantía (una garantía primaria, en términos de Luigi Ferrajoli)³⁰ del mismo, porque supone su reconocimiento jurídico y, como hemos visto, su condición de norma de rango supremo dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Pero como veremos a continuación, la propia Constitución también delinea cuáles son —y qué características deben tener— las garantías secundarias (los procedimientos e instituciones) destinadas a la protección efectiva del derecho. En este sentido, se trata de una reforma completa que, desde la propia Constitución, recoge un derecho fundamental y lo arropa delineando mecanismos específicos de protección.

De hecho, por tratarse de una reforma constitucional en un país organizado bajo el sistema federal (artículo 40 de la Constitución) que, además versa sobre un derecho fundamental, resulta atinado señalar que las normas contenidas en el nuevo párrafo de la Constitución (y en sus siete

²⁹ Al respecto, véase el texto de Raúl Trejo Delarbre en este volumen.

³⁰ *Cfr.*, además de las referencias ya citadas, su obra magna, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

fracciones) constituyen un “mínimo” —como ha señalado Miguel Carbonell— que ofrece las bases y los principios que deben observar todas las leyes secundarias —federal y locales— en la materia, pero que pueden ser ampliadas en aras de una mejor garantía del derecho en cuestión. Para decirlo con otras palabras: como también nos recuerda Mauricio Merino en este mismo estudio, la Constitución establece el piso, pero no el techo. Y, por lo tanto, siempre que se respete esa base general y que se legisle buscando normas que amplíen las garantías del derecho de acceso a la información, el legislador federal y los legisladores de las entidades federativas pueden “ir más lejos” de lo que establece la Constitución cuando redacten las normas secundarias en esta materia.³¹ Así las cosas, la Constitución contempla el derecho y traza los rasgos mínimos de las garantías para el mismo pero deja a los legisladores la tarea —y la responsabilidad— de precisar las particularidades de los procedimientos y autoridades especializados en la protección de este derecho fundamental.

III

Miguel Carbonell ha calificado la reforma al artículo 6o. constitucional como una “verdadera reforma estructural” y, en el mismo sentido, Mauricio Merino³² advierte que a partir de la misma deberemos emprender “una verdadera revolución organizacional y reglamentaria” a nivel nacional.³³ Ambos especialistas —uno en derecho constitucional y el otro en administración pública— tienen razón.

Para entender las razones que justifican sus dichos, conviene analizar, una por una, las siete fracciones del nuevo párrafo constitucional. Advertimos al lector que —dado que la reforma en cuestión aún no despliega sus efectos— algunas de las afirmaciones que se hacen en el análisis pueden contener errores de apreciación que pueden ser evidenciados por

³¹ Conviene recordar que la propia Constitución, en un artículo transitorio, estableció el plazo de un año, a partir de la publicación de la reforma en el *Diario Oficial de la Federación*, para que se realicen los ajustes a las normas secundarias correspondientes (esto es, el 20 de julio de 2008).

³² Las referencias provienen de los textos publicados por ambos autores en el libro coordinado por M. Carbonell al que ya hemos hecho referencia: *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, cit., nota 15.

³³ *Idem*.

los operadores jurídicos al poner en práctica las nuevas disposiciones, pero pensamos que —más allá de ciertos defectos o excesos puntuales en la lectura legal que hacemos, y que son imposibles de prever—, en lo general, nuestras interpretaciones serán confirmadas por los operadores e intérpretes del texto constitucional.

1. El encabezado del párrafo confirma que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental, y que, por lo mismo, tal como lo confirman los dictámenes de las dos cámaras del Congreso de la Unión, y como ha insistido Sergio López-Ayllón, todo el Estado mexicano es sujeto pasivo del mismo.³⁴ Pero, en concreto, ¿cuáles son los sujetos obligados por la nueva norma constitucional?

La Constitución expresamente señala que las bases y principios contenidos en las siete fracciones del nuevo párrafo constitucional aplican para “la Federación, los estados y el distrito federal”, pero más adelante, en la fracción I, afina la mira, y señala como sujetos obligado a “cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”. Esta redacción es puntual, pero deja en el aire algunas interrogantes: ¿la obligación alcanza también a los partidos políticos; a las organizaciones o personas privadas que realizan funciones públicas (sindicatos, notarios, concesionarios de servicios, etcétera), y a las personas físicas o morales que reciben o ejercen recursos públicos? Para atender estas importantes interrogantes que surgen de inmediato al leer el nuevo párrafo constitucional, el propio López-Ayllón ha propuesto una salida original, y, desde nuestra perspectiva, correcta: siguiendo la lógica de la Ley de Amparo y de las definiciones del Poder Judicial en este tema, este especialista sugiere que el concepto de “autoridad” debe entenderse en sentido amplio, y alcanzar a toda persona que “realiza actos de imperio”. A partir de esta premisa se deducen conclusiones grávidas de implicaciones prácticas.

Para empezar, según el propio López-Ayllón, aunque el término “entidad” recogido en la Constitución no se refiera —porque así lo aclaró la Cámara de Diputados en el dictamen referido— a las “entidades de interés públicos” que llamamos partidos políticos, la legislación secundaria sí puede considerarlos como sujetos (directamente o indirectamente) obligados. Esto es así porque la Constitución no estableció una prohibición para hacerlo, y porque es una lectura que quedó abierta en los pro-

³⁴ Cfr. el texto de Sergio López-Ayllón en el mismo libro coordinado por Carbonell, *Hacia una democracia de contenidos:..., cit.*, nota 15, y su ensayo para este estudio.

pios dictámenes legislativos (sobre todo en el del Senado de la República). Se trata de una conclusión de consecuencias estratégicas porque la información de los partidos políticos es de gran importancia en una democracia.³⁵ Además, su lógica puede hacerse extensiva para otras instancias de naturaleza jurídica ambigua pero de innegable relevancia pública, como es el caso de los sindicatos.

Por otra parte, por lo que hace a las personas privadas que ejercen funciones públicas, la conclusión de mismo autor también es prometedora: se trata de personas que ejercen funciones de “autoridad”, y, por lo tanto, sí son sujetos obligados. Lo único que varía es que en estos casos la obligación “debe ejercerse a través de las autoridades que ejercen supervisión o control sobre estos sujetos”.³⁶ Finalmente, al abordar la situación del amplio conjunto de las personas físicas o morales que reciben recursos públicos, López-Ayllón concluye que en este caso “la obligación de rendir cuentas respecto de la entrega de los recursos públicos corresponde en principio al sujeto obligado que los entrega”. Es decir, para el autor, los receptores de esos recursos no son los sujetos obligados directos en la materia. Se trata de una conclusión controvertida, que desde nuestra perspectiva sólo se puede aceptar si la legislación secundaria es clara al respecto. No debemos perder de vista que lo importante es garantizar que no existan resquicios legales en los que el reino de la opacidad logre imponerse. Y que los potenciales receptores de recursos públicos son muchos y de muy diversa naturaleza: no son lo mismo, por ejemplo, los grandes proveedores de algunos servicios o las grandes consultorías que prestan servicios al Estado, que las personas físicas que reciben recursos a través de los programas sociales. En este sentido, son interesantes las reflexiones de Mauricio Merino en este mismo estudio.

Para concluir el análisis de este encabezado al nuevo párrafo del artículo 6o. constitucional conviene realizar una mención aparte de los que se conocen como “otros sujetos obligados” (los llamados OSO’s.) —las universidades, los órganos constitucionales autónomos, los poderes legislativos y judiciales, etcétera—, cuya regulación en el nivel secundario también deberá ser profundamente revisada. En efecto, siguiendo la lógica del argumento de López-Ayllón, al ser instancias que se ubican dentro

³⁵ Esta interpretación, eventualmente, podría ser confirmada mediante una reforma específica a la legislación electoral o a través de una ratificación de la misma por parte de las autoridades jurisdiccionales en la materia.

³⁶ *Idem.*

del conjunto delimitado por la frase “cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”, podemos confirmar su carácter de sus sujetos obligados. Sin embargo, como veremos más adelante, dada su naturaleza y características escapan de la potestad de los órganos u organismos garantes del derecho, y, por lo mismo, conviene identificarlos desde ahora.

2. En la misma fracción I, además del tema de las autoridades responsables o de los sujetos obligados, se establecen otras dos cuestiones relevantes: *a)* el principio de máxima publicidad, y *b)* el tema de la información reservada. Conviene comenzar por el primero, porque es el que da sentido al segundo.

En México, gracias a la reforma constitucional, en virtud del principio de máxima publicidad, toda la información en manos de los sujetos obligados es pública. Este principio, además, como lo ha señalado Miguel Carbonell, constituye un “canon hermenéutico”, que deberá orientar las interpretaciones de las normas jurídicas constitucionales y secundarias relacionadas con el derecho de acceso a la información. Esto es de la máxima importancia, porque, como ya hemos advertido, las normas constitucionales son el parámetro de la validez de las norma/decisiones inferiores y, al mismo tiempo, el parámetro o referente para la interpretación de dichas normas. Por lo tanto, el principio de máxima publicidad es obligatorio para todas las autoridades en el país.

La reserva de información, por su parte, constituye una excepción a esta regla —al principio de máxima publicidad— y sólo procede —tal como lo establece la propia Constitución— por razones de interés público y de manera temporal. Esto supone que las autoridades que pretendan “reservar” una información determinada deben fundar y motivar su decisión —de hecho, la Constitución remite a la ley secundaria en donde quedarán establecidos los términos para hacerlo—, y dicha reserva sólo tendrá una vigencia temporal. Por lo mismo, es lícito afirmar que la información correspondiente, la información “reservada”, también está sujeta al principio de publicidad, aunque el acceso a la misma estará, por decirlo de alguna manera, diferido. O, en otras palabras, se trata de información pública a la cual, por un tiempo determinado, no es posible acceder.³⁷

³⁷ En este sentido, se recomienda analizar el texto del Código de Buenas Prácticas al que hace referencia Mauricio Merino en este trabajo y que fue elaborado por un grupo de investigadores bajo la coordinación de Sergio López-Ayllón.

3. El párrafo segundo del artículo 6o. constitucional hace referencia a otro tipo de información: la relativa a la vida privada y a los datos personales de los individuos. En este caso, por la naturaleza de la misma, la información estará protegida “en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Sobre este delicado tema se incluye un estudio específico de Fernando Escalante en este estudio, por lo que limitamos nuestro análisis a un par de cuestiones generales.³⁸

Lo primero que conviene advertir es que, por el momento, como se deduce de la cita constitucional que acabamos de realizar, sabemos que la regulación relativa a este tipo de informaciones —vida privada y datos personales— se encuentra delegada a la legislación secundaria, y, por lo mismo, su protección no se ubica en el mismo plano normativo que las garantías que la Constitución ofrece para el derecho de acceso a la información.

Sin embargo, vale la pena señalar que el tema de los datos personales es particularmente delicado, porque si el legislador así lo determina, su protección puede rebasar el ámbito de las autoridades y —como nos enseña el propio Escalante— obligar también a los particulares que cuentan con bases de datos personales de diversa naturaleza. De hecho, si observamos lo que establece la Constitución, no existe una limitante para el “ámbito personal” de la regulación en la materia por lo que es posible extender la protección también frente a los particulares. Una interpretación en este sentido —que podría ser confirmada por una eventual reforma al artículo 16 de la Constitución, cuya iniciativa ya está en curso— tendría efectos muy positivos, porque, si lo que se quiere es proteger el llamado “derecho a la intimidad” de las personas, entonces, es importante que dicha protección opere ante los poderes públicos, pero también ante los poderes privados. De lo contrario se tratará de una protección insuficiente, que dejará la información relativa a la vida privada y a los datos personales a disposición de entidades privadas, que suelen utilizarlos sin escrúpulo en aras de sus intereses (normalmente comerciales).

Lo cierto es que, por lo pronto, con la reforma al artículo 6o. constitucional esta clase de información —relativa a la vida privada y a los datos personales— se encuentra regulada en la Constitución con la lógica contraria a la que impera en el caso de la información pública: la primera queda protegida por razones de interés privado. La máxima que rige la

³⁸ *Cfr.* el trabajo de Fernando Escalante. Además, sobre este mismo tema, se encuentra en trámite una nueva reforma a la Constitución —en este caso al artículo 16— que podría cambiar en breve la regulación en la materia.

ecuación en ambos casos es una máxima invertida: para el caso de la información en posesión de las autoridades, como hemos visto, vale el principio de máxima publicidad (su reserva es una excepción que debe fundarse y motivarse); para el caso de la información personal, en cambio, vale el principio de la confidencialidad (su publicidad es una excepción que debe argumentarse y que, en todo caso, siempre estará regulada).

4. La fracción III del nuevo texto constitucional, por su parte, introduce tres elementos de mucha relevancia. Por una parte, nos dice que para que una persona acceda a la información pública o a la información de sus datos personales no deberá acreditar “interés alguno o justificar su utilización”. En segundo lugar, establece que el acceso a la información pública será gratuito. Asimismo, en tercera instancia, señala que la gratuidad también vale cuando una persona pretende acceder a sus datos personales o busca la rectificación de ellos. Estas reglas constituyen la confirmación de que estamos ante un derecho fundamental de toda persona (sin importar su nacionalidad, ciudadanía, etcétera).

Se trata de tres garantías constitucionales para el derecho en cuestión que pueden glosarse de la siguiente manera: *a)* nadie —ninguna autoridad— puede exigir como condición para la entrega de información pública o relativa a los datos personales (de la persona en cuestión) que el solicitante acredite por qué la quiere o para qué la quiere; *b)* nadie —ninguna autoridad— puede cobrar por entregar la información pública que posee; *c)* nadie —ninguna autoridad— puede cobrar por entregar la información relativa a los datos personales del solicitante o por la rectificación de estos últimos. En este último caso, obviamente, el acceso es un derecho exclusivo del titular de los datos, y su rectificación debe ser pertinente en aras de la veracidad.

Para decirlo de manera categórica y en positivo: todo sujeto obligado debe entregar la información pública que se le solicite sin preguntar quién, por qué y para qué la quiere; todo sujeto obligado debe entregar la información relacionada con los datos personales de un solicitante, o realizar la rectificación de éstos, sin preguntar por qué o para qué ha hecho dicha solicitud. Además, debe hacerlo sin cobrar nada por ello. Esta gratuidad, como se desprende de los dictámenes legislativos que soportan a la reforma constitucional, no debe entenderse de manera absoluta ya que no alcanza a la reproducción de la información. Para decirlo sin ambages: el acceso a la información es gratuito, pero la reproducción de dicha

información —fotocopias, respaldos informáticos, etcétera— no. La Constitución no dice nada sobre el costo de las copias certificadas. Al respecto, desde nuestra perspectiva, la legislación secundaria deberá ofrecer una regla general que, en principio, en congruencia con el principio de gratuidad constitucional, señale que dicha certificación —cuando provenga del propio sujeto obligado— también deberá ser gratuita.

5. La fracción IV se refiere, en primera instancia, a los mecanismos de acceso a la información y a los procedimientos de revisión, que deberán ser “expeditos”; además, nos dice que estos procedimientos se “sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”.

Por lo que hace a los mecanismos y procedimientos de revisión, como nos ha recordado M. Carbonell,³⁹ la propia Constitución utilizaba desde antes el término “expedito” en su artículo 17, cuando afirma que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...”. Si hacemos extensivo el sentido de dicho término en el ámbito de la administración de justicia a la materia que nos ocupa, tendremos que lo que se busca garantizar es que los procedimientos de revisión sirvan para ofrecer una protección efectiva y oportuna —sin dilaciones indebidas— al derecho que se protege. En otras palabras, con la redacción constitucional se dotó de una característica a los procedimientos en cuestión, que tiene como finalidad prevenir al legislador secundario para que diseñe instrumentos —mecanismos y procedimientos— que permitan a las personas acceder efectivamente a la información a la que tienen derecho. Si los instrumentos —mecanismos y procedimientos— contemplados en la legislación secundaria —federal y local— no cumplen con esa finalidad, serán inconstitucionales.

De hecho, como una garantía secundaria para hacer efectivo el derecho, también se contempla la creación de los llamados órganos (u organismos) garantes que deberán ser especializados, imparciales y gozarán de tres formas de autonomía (operativa, de gestión y de decisión). Y ello tanto para el nivel federal como para el ámbito de las entidades federativas y del Distrito Federal. No debemos olvidar que una de las finalidades últimas en la reforma fue dotar de las mismas garantías en todo el país al derecho fundamental que nos ocupa. La especialización, inde-

³⁹ Nos referimos a su ensayo en el libro que él mismo coordina y que ya ha sido citado, *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, cit., nota 15.

pendencia y autonomía de los órganos responsables de ofrecer estas garantías son algunas características mínimas para el diseño de las autoridades correspondientes.

En principio, por ejemplo, se debería tratar de órganos u organismos permanentes, integrados por funcionarios de tiempo completo, debidamente remunerados y con relativa estabilidad e inamovilidad en sus encargos. Es relevante tomar en consideración que, sobre todo en el ámbito local, el desempeño de estos organismos puede estar sujeto a presiones políticas considerables y que, por lo mismo, sus integrantes deben contar con el blindaje jurídico indispensable para cumplir con sus tareas. Las leyes secundarias son el instrumento idóneo para que ello suceda, y, entre otras cosas, atendiendo las particularidades de cada entidad, deberán establecer el número de integrantes de los órganos u organismos, el procedimiento de selección y nombramiento, la duración en los cargos, las causales de remoción, etcétera.

Al analizar el texto que encabeza al nuevo párrafo constitucional hicimos mención de los “otros sujetos obligados” (los llamados OSO’s) —las universidades, de los órganos constitucionales autónomos, de los poderes legislativos y judiciales, etcétera,— que exigen una especial atención en la legislación secundaria. Esto, particularmente, por lo que hace a los mecanismos y procedimientos de garantía el derecho. Esto es así, entre otras cosas, porque dada su naturaleza jurídica, se trata de entidades que escapan a la potestad de los organismos u órganos garantes que acabamos de analizar. Y, sin embargo, como es evidente, detentan y producen información pública o información relacionada con datos personales de la máxima relevancia. Por lo mismo, en la legislación secundaria deben ser objeto de una regulación especial —idealmente en un capítulo especial— que, entre otras cosas, contemple que los OSO’s contarán con instancias en su interior —órganos resolutorios de transparencia— que serán órganos garantes en la materia y, por lo mismo, tendrán las características que la Constitución contempla para éstos (especialización, imparcialidad y autonomía); que estos órganos resolutorios tendrán un carácter colegiado y serán integrados por personas —hasta entonces— ajenas a la institución; que se garantizará la especialización de los mismos y se les dotará de las facultades necesarias para realizar su

tarea (facultades normativas, capacidad resolutoria, definitividad de sus resoluciones, cierta capacidad de sanción, etcétera).⁴⁰

Después de todo, de lo que se trata es de garantizar, en todos los casos, la existencia de órganos u organismos profesionales y comprometidos con el derecho de acceso a la información que se coloquen del lado del ciudadano y que contribuyan a la construcción de una cultura en la que funcionarios públicos, actores privados, ciudadanos y personas en lo general entiendan que la información en posesión de los sujetos obligados es propiedad de todos —es, en ese sentido, pública—, y, por lo tanto, debe estar a alcance de todos —debe estar, en este otro sentido, abierta al escrutinio público—.

6. El párrafo V introduce algunos elementos técnicos que se encuentran grávidos de implicaciones prácticas. Por una parte, nos advierte que los sujetos obligados deberán “preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados”. La Cámara de Diputados, en el dictamen relativo a la reforma, remató que la finalidad es contar con archivos “actualizados y confiables” hasta hoy inexistentes. De hecho, se trata de un tema poco estudiado en nuestro país, y que, como advierte Mauricio Merino, nos obligará a renovar “los métodos que hasta ahora se han seguido en las administraciones públicas de México”.⁴¹ Se trata de construir un sistema de información ordenado, sistematizado y accesible, en el que quede constancia de todos los actos a cargo de los sujetos obligados. El tema es técnicamente complejo y, por lo mismo, al no ser expertos, es prudente no abonar en su desarrollo. En todo caso, lo único que podemos decir es que, precisamente por su complejidad, quizá será necesaria una legislación especial y específica en la materia.

Inmediatamente después de la referencia a los archivos, en la misma fracción constitucional se establece lo siguiente: “(los sujetos obligados) ubicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”. De nuevo, se trata de un tema muy complejo, con innumerables implicaciones técnicas, y cuyo desarrollo teórico y legislativo supone un reto mayúsculo para los expertos en administración y política públicas. Mauricio Merino, en este mismo estudio y en diversas

⁴⁰ En este mismo sentido argumentan Ricardo Becerra, Maura Liévano y Paulina Mancebo en su ensayo publicado en *Hacia una democracia...*, *cit.*, nota 15.

⁴¹ *Cfr.* su texto en *Hacia una democracia...*, *cit.*, nota 15. Asimismo, para un detallado análisis, sobre todo, de esta fracción constitucional, véase su ensayo en este estudio.

publicaciones, ha sostenido que esta frase de la Constitución supone la necesidad inminente de modificar las normas que regulan los procedimientos administrativos en todo el país y el imperativo de diseñar políticas de transparencia integrales. Esto es así porque por sí sola plantea tres desafíos ineludibles: “ordena que haya indicadores de gestión para cada uno de los sujetos obligados; que el ejercicio de los recursos públicos sea igualmente público; y, finalmente, que se produzcan los medios electrónicos para cumplir este mandato”.⁴²

Si observamos con atención, el desafío organizacional al que se refiere Merino y que se desprende de esta disposición constitucional comienza por definir con precisión qué debemos entender por “indicadores de gestión” y cómo debemos vincularlos con los recursos públicos. Para lograrlo, advierte el propio Merino, es necesario contar con una teoría —hoy inexistente— sobre la transparencia organizacional. Si lo que buscamos es abrir la gestión de todos los asuntos públicos a la vigilancia y al escrutinio ciudadanos, entonces, primero, necesitamos contar con las herramientas conceptuales y teóricas que sirvan como brújula para orientar los cambios.

7. La fracción VI, por su parte, aborda un aspecto que ya fue indirectamente tratado cuando analizamos el contenido del encabezado del nuevo párrafo constitucional: la publicidad de la información “relativa a los recursos públicos que (los sujetos obligados) entreguen a personas físicas o morales”. En este sentido, como lo señalamos, siguiendo a Sergio López-Ayllón, en principio, parecería sensato concluir que la obligación de rendir cuentas sobre dichos recursos públicos —que no son exclusivamente de carácter económico— corresponde, en principio, solamente al sujeto obligado que los entrega. Esto tiene sentido, porque de lo contrario, nos dice el propio López-Ayllón, tendríamos que concluir que también serían sujetos obligados, por ejemplo, las familias que reciben recursos de los programas sociales. Pero también es cierto, como hemos señalado, que los destinatarios de recursos públicos son de muy diversa naturaleza y, por lo mismo, no vale la misma lógica para todos, ni deben valer las mismas reglas. En este aspecto la legislación secundaria debe ser particularmente escrupulosa. Nosotros pensamos que cuando los entes que reciben recursos públicos no lo hacen en ejercicio de sus derechos —en su carácter de beneficiarios de los servicios públicos—,

⁴² *Idem.*

sino en tanto prestadores de servicios, contratistas, etcétera, sí deben compartir la obligación de la publicidad.

La propia redacción constitucional se orienta en esa dirección, y expresamente delega en la legislación secundaria el reto de determinar “la manera” en la que dicha información deberá hacerse pública. Se trata de un reto de considerable monta porque, entre otras cosas, como evidencia el ejemplo propuesto por López-Ayllón, en ciertas situaciones posiblemente se tendrá que encontrar el equilibrio entre el imperativo de la máxima publicidad y la protección de los datos personales de algunos individuos. Pero otros casos, como hemos advertido, los destinatarios de los recursos públicos son verdaderos poderes privados que también deben estar sujetos al principio general de la transparencia. En todo caso, lo que la legislación debe garantizar es que impere el principio de la transparencia, porque se trata de uno de los aspectos —los recursos públicos— más sensibles para los gobernados, entre otras razones, porque la publicidad en su manejo es un fuerte instrumento contra la corrupción.

8. Finalmente, en la fracción VII del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional se estableció que la “inobservancia a las disposiciones” en esta materia “será sancionada en los términos que dispongan las leyes”. La intención del poder reformador constitucional es clara: evitar que ante la falta de consecuencias los sujetos obligados omitan sus responsabilidades en materia de acceso a la información pública. Desde esta perspectiva, se trató de una garantía adicional para este derecho fundamental. Pero la Constitución no nos dice cuáles son las acciones específicas en las que procederá la sanción, quiénes son las autoridades competentes para imponerlas y en qué consistirán las mismas. Todas estas cuestiones, entonces, deberán ser precisadas por el legislador secundario.

Incluso, corresponde a los legisladores —federal y locales— determinar si dichas sanciones quedarán contempladas en la propia legislación de transparencia o si, por el contrario, serán contempladas en otros cuerpos legislativos. En el primer caso, por coherencia, podría establecerse que los propios órganos u organismos garantes aplicarán las sanciones correspondientes (que pueden ir desde el apercibimiento, la amonestación, las multas, hasta la destitución del cargo); en el segundo, podría considerarse que la vía y las instancias facultadas para sancionar sean las que ya establece el régimen de responsabilidad de los servidores públicos. O, incluso, puede imaginarse una alternativa intermedia: que los órganos garantes tengan facultad para sancionar determinados actos con

medidas que van desde el apercibimiento hasta la multa, pero que otros actos de mayor gravedad que pudieran implicar sanciones más severas —por ejemplo, la destitución— sean materia del régimen de responsabilidades ordinario. La cuestión no es sencilla, pero lo cierto es que la Constitución no contempla una sola ruta de solución.

Miguel Carbonell nos dice que las eventuales sanciones que serán establecidas en la materia forman parte de lo que se conoce como “derecho administrativo sancionador”, y nos recuerda que en esta materia, según lo indica la jurisprudencia, deben aplicarse algunos principios propios del derecho penal.⁴³ En efecto, según lo han indicado los tribunales, en materia administrativa también resultan aplicables principios como el de “exacta aplicación de la ley” (*nullum crime, sine lege; nulla poena, sine lege*), y ello implica que todo aquello que el legislador secundario no contemple con acto sancionable (y para el cual establezca una sanción específica) quedará sin sanción. Asimismo, según nos recuerda el propio Carbonell, resultan aplicables otros principios, como la “reserva de ley”; la “taxatividad”, el principio de “proporcionalidad” y la “prohibición de analogía”. Por lo mismo, conviene insistir, en que los legisladores secundarios deben ser muy precisos al legislar en esta delicada manera. Tampoco en este caso el reto es sencillo: por un lado, es fundamental garantizar que los servidores públicos que vulneren el derecho fundamental de las personas de acceder a la información sean efectivamente sancionados pero, por el otro, es importante garantizar que dichas sanciones recaigan sobre la persona responsable, se apliquen siguiendo los procedimientos legales correspondientes, se ofrezcan las garantías del caso a los responsables y se garantice la proporcionalidad de las mismas. De lo contrario, en aras de la garantía de un derecho, se correría el riesgo de vulnerar otros.

9. Finalmente, la reforma se culmina con un apartado de artículos transitorios. Dos de ellos establecen los plazos, por un lado, para que los legisladores federal y locales adecuen las normas secundarias a la reforma (un año a partir de su entrada en vigor) y, por el otro, para que se implementen —a todos los niveles de gobierno: incluidos los municipios de más de 70,000 habitantes y las dieciséis delegaciones del Distrito Federal— los sistemas electrónicos remotos para acceder a la información

43 *Idem.*

(dos años desde la reforma). Una omisión, en cualquiera de los dos supuestos, supondría una violación de la Constitución.

III. TERCERA PARTE: UN VISTAZO ESQUEMÁTICO AL DERECHO COMPARADO

I

La “ola de transparencia” que se ha experimentado a nivel global, en especial en los últimos treinta años, ha alcanzado a los sistemas jurídicos de un gran número de países que han creado disposiciones en esta materia. De hecho, hasta mediados de 2007 sesenta y ocho países han promulgado leyes de acceso a la información. Debido a los diferentes contextos de cada país en los que se han establecido disposiciones en la materia, en un estudio general como este sólo es posible constatar que las aproximaciones y los niveles de reconocimiento del derecho de acceso a la información son muy variados.

De hecho, para valorar las bondades y debilidades de cada uno de los sistemas normativos en la materia sería necesario tomar en cuenta tanto el contexto como el sistema jurídico completo de cada país. Por ejemplo, en el caso de los países de tradición jurídica anglosajona —o bien de aquellos que forman parte del *Commonwealth* británico— se ha optado por promulgar *Actas* de acceso a la información, cuya función es ser un complemento, o, mejor dicho, una extensión de los derechos fundamentales contemplados dentro de la Constitución pero no se ha explorado la necesidad de constitucionalizar —como en México— directamente el derecho. Y suponer que, en automático, lo primero implica necesariamente menores garantías para el derecho fundamental en cuestión, sería equivocado. En estos casos, como diría Dieter Nohlen, el contexto —político y jurídico— importa.

II

Como el objetivo de este apartado conclusivo no es ofrecer un análisis exhaustivo respecto al derecho de acceso a la información en el mundo, sino brindar un panorama de la situación específica en la que se encuentra el derecho de acceso a la información en México con respecto a otros

países, centraremos nuestra atención —mediante un cuadro comparativo que se incluye como anexo único al trabajo— en algunos países que, al igual que el nuestro, han constitucionalizado el derecho de acceso a la información. Lo anterior en atención a la importancia tanto teórica como práctica que los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa tienen en las democracias constitucionales contemporáneas y a los que ya hemos hecho referencia.

De los sesenta y ocho países antes mencionados, cuarenta y cinco de ellos han constitucionalizado el derecho de acceso a la información. Sin embargo, las aproximaciones que se le han dado a la regulación del derecho son variadas: algunos países lo han reconocido como derecho fundamental; otros lo consideran un derecho auxiliar de la libertad de expresión o de la libertad de prensa por lo que sólo vale para determinados sujetos, tales como los medios de comunicación. Inclusive, para algunos países, es una garantía de tipo procesal, o una especie de procedimiento administrativo.⁴⁴

III

En el documento *The Public's Right to Know*⁴⁵ la organización no gubernamental Article XIX, que está dedicada específicamente a estudios en materia de libertad de expresión y acceso a la información, ha establecido una serie de principios o presupuestos “mínimos” que debería contener una regulación en materia de acceso a la información. Estos principios han sido refrendados por la Organización de las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos⁴⁶ como los “mínimos” nece-

44 Por ejemplo, Turquía, en el artículo 26 de su Constitución establece el derecho a recibir información como un complemento al derecho a la libertad de expresión y Croacia señala que el derecho de acceso a la información solo está garantizado para los periodistas. Banisar, D., *Freedom of Information Around the World 2006. A Global Survey of Access to Government Record Laws*, julio de 2006.

45 *The Public's Right to Know. Principles on Freedom of Information Legislation*, Londres, Article XIX, 1999.

46 Estos principios fueron refrendados por Mr. Abid Hussain, el comisionado especial en Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas, en su reporte a la sesión del año 2000 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También fueron aprobados por Mr. Santiago Canton, comisionado especial en Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos en 1999 (volumen III del Reporte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA).

sarios para garantizar un óptimo acceso a la información en los Estados.⁴⁷

A partir de estos principios ofrecemos un panorama comparativo entre el artículo 6o., después de la reforma de 2007, y el articulado de otros países que han constitucionalizado este derecho (véase anexo). Es conveniente advertir que, aunque algún principio no se encuentre especificado en un artículo o artículos constitucionales, ello no implica que el país en cuestión no lo aplique *de facto*. En algunos casos, la enunciación constitucional en materia de acceso a la información puede ser breve, pero los principios están remitidos de alguna manera u otra a legislaciones secundarias, o a disposiciones de tipo administrativo. Por ejemplo, uno de los sistemas jurídicos en materia de acceso a la información más completo y efectivo es el de Sudáfrica, en el que, sin embargo, el artículo 32 de la Constitución sólo establece que se debe crear legislación a nivel nacional para dar vigencia a este derecho, así como tomarse todas las medidas administrativas y financieras necesarias.⁴⁸

El cuadro que se anexa arroja un dato elocuente: México es el país que tiene la disposición constitucional mas completa, ya que su artículo 6o. expresa casi en su totalidad los principios establecidos por el derecho internacional como presupuestos básicos del derecho de acceso a la información. Esta disposición, además, gracias a los principios de supremacía y rigidez constitucionales vigentes en México, otorga al derecho de acceso a la información una mayor protección tanto en el ámbito federal como en el estatal.

⁴⁷ Los principios se refieren a las siguientes cuestiones: 1) máxima publicidad (que, como sabemos, implica un criterio general por el que toda la información en manos de los sujetos obligados debe considerarse como información pública); 2) sujetos obligados (que, a quienes les exige la norma tanto proveer como publicar la información); 3) obligación de publicar (que, implica que los sujetos obligados deben hacer pública por todos los medios posibles según sea el caso, la información que este en su poder); 4) ámbito de excepciones limitado (que, en concordancia con el principio de máxima publicidad, los casos de excepción en el acceso a la información, estén claramente delineados y sujetos a la prueba de daño o interés diferencial); 5) procedimientos sencillos de acceso a la información (los requisitos para acceder a la información deben ser sencillos y las peticiones de acceso deben ser satisfechas rápidamente); 6) costos (los costos no deben ser excesivos, no deben ser un impedimento para que los individuos hagan uso de este derecho); 7) asambleas públicas (los debates y asambleas legislativos y judiciales deben ser abiertos al público) y 8) adecuación de la legislación con el derecho de acceso a la información (todo el aparato legal del Estado tiene la obligación de proteger y promover el derecho de acceso a la información).

⁴⁸ Banisar, *op. cit.*, nota 44, p. 110.

IV. ANEXO

<i>Article XIX</i>	<i>DAI como D. fundamental</i>	<i>Máxima publicidad</i>	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Ámbito de excepciones delimitado</i>	<i>Procedimientos de acceso a la información y respuesta</i>	<i>Costos</i>	<i>Adecuación de la legislación con el DAI</i>	<i>Asambleas públicas</i>
<i>México</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>		
<i>Albania</i>	<i>X</i>		<i>X</i>					<i>X</i>
<i>Antigua y Barbuda</i>								
<i>Austria</i>	<i>X</i>		<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Azserbaijan</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>Bélgica</i>	<i>X</i>	<i>X</i>		<i>X</i>				
<i>Bulgaria</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>Colombia</i>	<i>X</i>				<i>X</i>			
<i>Corea del Sur</i>								
<i>Croacia</i>								
<i>Ecuador</i>				<i>X</i>				
<i>Eslovaquia</i>			<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Eslovenia</i>				<i>X</i>				
<i>España</i>				<i>X</i>				
<i>Estonia</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>			
<i>Filipinas</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				

Continuación

<i>Article XIX</i>	<i>DAI como D. fundamental</i>	<i>Máxima publicidad</i>	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Ámbito de excepciones delimitado</i>	<i>Procedimientos de acceso a la información y respuesta</i>	<i>Costos</i>	<i>Adecuación de la legislación con el DAI</i>	<i>Asambleas públicas</i>
<i>Finlandia</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>Francia</i>								
<i>Georgia</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>Grecia</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>			
<i>Hungría</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>India</i>	<i>X</i>							
<i>Israel</i>	<i>X</i>		<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Latvia</i>	<i>X</i>			<i>X</i>				
<i>Lituania</i>								
<i>Macedonia</i>	<i>X</i>					<i>X</i>		
<i>Moldova</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Noruega</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Países Bajos</i>								
<i>Pakistán</i>				<i>X</i>				
<i>Panamá</i>	<i>X</i>		<i>X</i>					
<i>Perú</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>		<i>X</i>		

Continuación

<i>Article XIX</i>	<i>DAI como D. fundamental</i>	<i>Máxima publicidad</i>	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Ámbito de excepciones delimitado</i>	<i>Procedimientos de acceso a la información y respuesta</i>	<i>Costos</i>	<i>Adecuación de la legislación con el DAI</i>	<i>Asambleas públicas</i>
<i>Polonia</i>		<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Portugal</i>	<i>X</i>		<i>X</i>		<i>X</i>			
<i>República Dominicana</i>								
<i>Rumania</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Serbia</i>			<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Eslovaquia</i>			<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Eslovenia</i>				<i>X</i>				
<i>Sudáfrica</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>		<i>X</i>		
<i>Suecia</i>	<i>X</i>							
<i>Suiza</i>	<i>X</i>							
<i>Tajikistán</i>	<i>X</i>		<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Tailandia</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Turquía</i>								
<i>Uganda</i>	<i>X</i>		<i>X</i>	<i>X</i>				
<i>Uzbekistán</i>	<i>X</i>		<i>X</i>					

REFORMA AL ARTÍCULO 6o.: CONTEXTO Y ALCANCE

INTERNET LLEGA A LA CONSTITUCIÓN
(EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
Y LOS SISTEMAS ELECTRÓNICOS)

Ricardo BECERRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una manera de interpretar su relevancia*. III. *La Constitución se moderniza*. IV. *Transparencia y propagación tecnológica*. V. *Una plataforma nacional para el acceso a la información pública gubernamental*. VI. *Las razones de la Constitución*. VII. *Coda: Constitución, sistemas electrónicos y ciudadanía*.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva redacción al artículo 6o. de nuestra Constitución contiene muchas novedades radicales. Entre ellas hay una que ha sido muy poco comentada, poco subrayada y mucho menos estudiada, pero que acarrea una consecuencia social de primer orden. En unas pocas líneas, despoja a la propia carta magna de su atávica escritura decimonónica para hacerla reconocer —por primera vez— la realidad de la tecnología moderna —el Internet y los sistemas electrónicos— dentro de su concepción y mandato normativo. Es un salto que vence las resistencias culturales, técnicas y legislativas de muchos años para situar a la Constitución, las leyes y las prácticas gubernamentales mexicanas que se deriven en la fase electrónica de la comunicación y la escritura universal.¹ Si lo vemos con detenimiento, el viraje es de este tamaño.

* El autor fue director general de Atención a la Sociedad y Relaciones Institucionales del IFAI; fue el responsable institucional, ante los gobiernos estatales de la República, para la adopción y el uso del sistema electrónico (Infomex).

¹ Véase Piscitelli, Alejandro, *Internet, la imprenta del siglo XXI*, Barcelona, Gedisa Editores, 2005, p. 13.

Pero antes de reconocerlo, apuntemos otras novedades decisivas, que dan marco y ayudan a entender la inclusión del sistema electrónico en la adición ocurrida el 20 de julio de 2007 al artículo 6o. de la Constitución.

II. UNA MANERA DE INTERPRETAR SU RELEVANCIA

I. En primer lugar, hay que aludir al enorme alcance y extensión de la reforma. Dice el primer párrafo de la adición: “Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública...”.

Esto quiere decir que ningún gobierno y ninguna institución pública mexicana —desde Tijuana hasta Tapachula, desde Mérida hasta La Paz y más allá— podrá evadir sus responsabilidades de transparencia, que todos los documentos que poseen se consideran en principio accesibles por cualquier persona. Estamos hablando del gobierno federal con sus 240 dependencias; de la Cámara de Diputados, la de Senadores y de todo el Poder Judicial federal. De 32 gobiernos locales completos y sus respectivos poderes equilibrantes (Judicial y Legislativo), además de 2,443 municipios, los órganos constitucionales autónomos y toda aquella entidad u organismo que reciba dinero público. Por acción de esa sola frase, la transparencia se convierte en una obligación abarcadora y nacional, una característica y una condición de ser de cualquier órgano estatal mexicano.

Pero hay algo más: la Constitución dice “Toda la información”, es decir, no estamos hablando solamente de los documentos que tengan que ver con el origen, uso o destino del dinero público, sino de mucho más: de toda aquella información que dé sustento a las decisiones de los gobiernos, a las facultades y funciones de los servidores públicos, a los análisis, diagnósticos, deliberaciones y comunicaciones de los órganos del Estado. El mensaje de fondo es este: como las actividades del Estado no pueden ser arbitrarias; como deben estar apegadas a la ley, como deben ser legítimas, rigurosas y fundadas, han de ser públicas y publicadas.

La radicalidad de este precepto no puede disimularse y no da lugar a equívocos: toda información y todo documento que genere todo poder y toda institución mexicanos, tiene carácter público.

II. El único principio que se opone a la publicidad de la información, la única excepción consagrada que tiene el mismo valor y es del mismo tamaño que la publicidad es el derecho a la privacidad.

Dice la iniciativa: “La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”.

Esta redacción constituye un paso más allá de las nociones que estaban plasmadas en el artículo 16 de la propia Constitución, a saber: ya no se trata sólo de evitar que la autoridad invada físicamente el domicilio o los bienes de una persona; de impedir que se le prive de su libertad arbitrariamente o de salvaguardar la privacidad de las comunicaciones entre particulares. La reforma al artículo 6o. va más allá, pues los documentos que obren en los archivos de los gobiernos y que informen de los datos íntimos de los mexicanos adquieren un nuevo estatus y no pueden ser divulgados o circulados sin autorización de ellos mismos o sin una poderosa razón legal.

Ya no se trata sólo de impedir abusos de parte de la autoridad invasiva, sino de obligar a la autoridad a proteger la información íntima de las personas, otorgando una nueva jerarquía jurídica a sus datos. Se trata, pues, de colocar un nuevo, moderno, anillo protector a la privacidad de los mexicanos.

III. Los párrafos tercero y cuarto, de la adición al artículo 6o. constitucional, colocan en el centro del derecho y de las leyes de transparencia al solicitante de información. A partir de allí, las personas solicitantes se vuelven actor privilegiado de los procedimientos, las herramientas y las instituciones de la transparencia; además, esos preceptos fundadores abren la puerta jurídica para la instauración de los sistemas electrónicos, como veremos más adelante. La redacción dice: “III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos”.

En seguida, en el párrafo siguiente dice: “IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expedidos...”.

El primer punto es clave, pues convierte el derecho de acceso a la información en un derecho objetivo, uno que se desarrolla y se dirime por el contenido de la información solicitada, y no por el sujeto que la pide. Para nuestra Constitución resulta indiferente quién es el peticionario y la

utilidad que vaya a obtener —o no— con los documentos públicos. Lo relevante es la naturaleza del documento. Por lo tanto, es un derecho que puede ser ejercido por cualquier persona (ciudadanos, gobernados, jóvenes, adultos) sin importar su personalidad, sin requerir identificación o cualquier otra taxativa, desechando la obligación de firmar, plasmar la huella digital o acreditar interés jurídico. Al convertirse en garantía individual, al residir en el capítulo dogmático de la Constitución, el derecho de acceso a la información se vuelve un derecho de cualquier *persona*.

Por eso mismo, se obliga a que todas las leyes del país fijen procedimientos que resulten claros, sencillos de usar, de ejercer y que no resulten morosos. Todo gobierno y toda institución públicos mexicanos, deben evitar la pulverización o la fragmentación de procesos, nunca introducir a las personas en un laberinto de formalidades, una fragmentación de trámites o agregar instancias que prolongan el acceso, y que se interponen durante meses entre el solicitante y la información pública. Por eso, el escenario ideal es rigurosamente binario: 1) un trámite para que las personas soliciten información, y si existe negativa, de manera directa, y 2) un trámite para interponer una controversia legal, poniendo en acción a la institución, órgano u organismo garante, para que éste disponga todo lo necesario en defensa de su derecho.

Es en esta sencillez donde adquiere sentido el carácter “expedito” del procedimiento que obliga la Constitución. Hasta antes de esta reforma, en México se solían diseñar leyes que permitían la forma “expedita” en el procedimiento para solicitar información, pero fallaban en el segundo paso, al complicar innecesariamente el recurso de revisión. Por eso, resulta especialmente importante subrayar la obligación de establecer “procedimientos expeditos” en toda la trama y en todo trámite que, típicamente, estructuran nuestras leyes (solicitud, acceso a datos personales, recurso de revisión, resolución de la autoridad garante, notificación, entrega de información, etcétera).

Como se ve, el futuro del derecho se concibe como un entramado legal y procedimental que proporcione las mayores facilidades y las mayores garantías para el solicitante, y por eso es el sujeto central de las leyes. De tal suerte que los sistemas electrónicos son obligados: porque son ellos los instrumentos que facilitan radicalmente el derecho, el ejercicio de esta nueva garantía individual.

IV. Pero la reforma tendrá efectos multiplicadores, más allá de las leyes de transparencia; el párrafo número seis dice: “Las leyes determina-

rán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales”.

Es decir, el país queda obligado a emprender una ronda de reformas no sólo en las leyes de transparencia; debe encargarse de otras áreas y entidades que no son autoridades públicas, pero que toman decisiones de interés público y que reciben recursos públicos. Dice el dictamen de los senadores: “Esta disposición constitucional es particularmente importante porque abre un ciclo de ajuste normativo muy extenso en el orden jurídico del Estado nacional: partidos políticos, fideicomisos, organizaciones de la sociedad civil y cualquier otro que recibe recursos públicos. Atendiendo a sus especificidades, estas entidades también deben cumplir con las presentes bases constitucionales”. O sea, la transparencia llegará a más leyes, organizaciones y áreas de la vida pública. Se respeta su especificidad, pero se les obliga a ejercer la transparencia bajo la guía de la Constitución.

Creo que esta es una forma de resumir la importancia del cambio; su impacto será general, en todas direcciones, para hacer universal una nueva regla democrática: que quien ejerce algo de poder, quien ejerce recursos públicos debe ser capaz de publicarlo y explicarlo.

III. LA CONSTITUCIÓN SE MODERNIZA

Decíamos al principio que hasta la reforma a su artículo 6o., la Constitución mexicana era refractaria y resistente a la realidad tecnológica de nuestros días. En ningún otro capítulo y en ningún otro artículo se mencionan o se aluden los dispositivos e instrumentos electrónicos y remotos que ya forman parte de la vida social de los mexicanos. Tal situación no es excepcional; según Alejandro Piscitelli “La resistencia legislativa a la Internet es más bien típica en casi todas las sociedades (salvo quizás Estados Unidos), pues resulta difícil reconocer la aparición de ese nuevo régimen cognitivo, en un tiempo en que la escritura y la imprenta convencionales mantienen fuerte presencia en nuestras vidas”.² La reforma constituye una suerte de *aggiornamento*, de puesta al día para una nueva época, que se expresa por partida doble en dos párrafos diferentes de la

² *Ibidem*, p. 24.

adición constitucional: “V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”.

Es decir, gobiernos, poderes e instituciones deben cumplir sus obligaciones de transparencia mediante instrumentos electrónicos predeterminados por la Constitución (páginas electrónicas accesibles por Internet). No se trata de una alternativa ni de una opción, sino de una asignatura que en adelante, no podrá ser eludida. En el apartado de disposiciones transitorias se remarca esta voluntad constitucional de modernización tecnológica:

Tercero. La Federación, los Estados y el Distrito Federal deberán contar con sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda hacer uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y de los procedimientos de revisión a los que se refiere este Decreto, a más tardar en dos años a partir de la entrada en vigor del mismo. Las leyes locales establecerán lo necesario para que los municipios con población superior a setenta mil habitantes y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal cuenten en el mismo plazo con los sistemas electrónicos respectivos.

Así las cosas, puede decirse que la Constitución establece un programa de actualización en la infraestructura técnica de todo el Estado nacional por partida doble: mediante el mandato de “colgar” la información actualizada que se refiere a sus indicadores de gestión y al ejercicio de los recursos públicos en todo organismo gubernamental; y por otra parte, mediante el imperativo de instalar, en el curso de los siguientes veinticuatro meses, sistemas de comunicación remota (vía Internet) para que las personas puedan solicitar información gubernamental y para interponer controversias en caso de negativas.

Ninguna de las dos dimensiones es gratuita o caprichosa. Ambas han formado parte de la concepción de transparencia y acceso a la información con las que México echó a andar sus leyes en la materia. Un cúmulo de información que se expone sin que medie ninguna solicitud, y el instrumento jurídico (y ahora, también electrónico) para solicitar cualquier otro documento que no haga parte del universo colocado en Internet.

Estas dos vertientes, insisto, han articulado históricamente la idea del acceso a la información en nuestro país.³

Lo que es más: la experiencia de cinco años de leyes de transparencia⁴ a lo largo y ancho del territorio ha demostrado que se trata de objetivos perfectamente posibles, aun por las instituciones públicas con menos recursos,⁵ y que por el contrario, en su despliegue hacen practicable la aspiración de gobiernos abiertos, transparentes y en permanente diálogo con la sociedad.

El nuevo artículo 6o. constitucional obliga a la publicidad electrónica de la gestión de los recursos entregados a personas físicas y morales y a una sistemática revisión de la actualidad y veracidad del contenido de las páginas de transparencia,⁶ lo que ya implica un nuevo campo, muy arduo, de trabajo institucional. No obstante el mayor reto que presenta la reforma constitucional en este rubro es el de exponer en los portales ins-

3 Véase, Concha, Hugo *et al.*, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, Proyecto Atlatl-Innovación México-USAID-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

4 Véase López-Ayllón, Sergio y Marván, María, *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007.

5 Tal y como ha sido demostrado por un municipio pobre adscrito al estado más pobre de la República. El Ayuntamiento de Cintalapa desde el año 2005 —incluso antes de que la entidad tuviera ley de transparencia— desarrolló un programa pionero, denominando “Transparencia y acceso a la información pública en el municipio”. Se trataba de poner en marcha una página web, amigable y de muy fácil manejo (www.cintalapa.gob.mx), y de instalar en la planta baja de la Presidencia municipal un módulo electrónico de información documental, en el que todo ciudadano puede acudir en busca de información (nominas de salarios, declaraciones patrimoniales, obras ejecutadas, proyectos, estado de ingresos y egresos, ingreso por aportación, participación y propios, egresos detallados por fondo, por cheque, por proveedor, licitaciones de obras, concursos por adquisiciones, ingresos de ferias, apoyos económicos, trámites, entre muchos otros rubros de interés para la sociedad local). Lo más notable de este programa, es que el acceso ocurre a los documentos fuente (oficios, cheques, contratos, etcétera), directamente, y no a resúmenes hechos ex profeso para la publicación. Esta política de transparencia, realizada en medio de recursos escasos, le valió al Ayuntamiento, el Premio Nacional “Gobierno y Gestión Local”.

6 Una lectura amplia y comprehensiva de la propia reforma, obligaría a la publicación regular de los índices de expedientes reservados, es decir, los expedientes que las dependencias clasifican de manera regular. Conocer que información es la que ha sido resguardada temporalmente proporciona certeza jurídica (se sabe de antemano lo que no es accesible, lo que ha sido clasificado por los sujetos que la generaron, lo que puede ser sujeto a controversia) y es un elemento de juicio para las personas. Por eso constituye una práctica que debería generalizarse como obligación regular, electrónica, de transparencia.

titucionales de Internet sus *indicadores de gestión*, es decir, la manera en que está trabajando y el avance en el cumplimiento de sus metas.

Prácticamente en las 33 leyes de transparencia del país, todavía no es obligatorio informar sobre el cumplimiento de los objetivos institucionales y de su desempeño a lo largo del tiempo, haciendo caso omiso del citado párrafo cinco de la reforma constitucional (“Los sujetos obligados... publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”). Es un tema y un reto nacional que puede desglosarse así: en primer lugar, definir con exactitud qué son los indicadores de gestión; en segundo lugar, cuál es la mejor manera de publicarlos regularmente vía electrónica, y en tercer lugar, dejar constancia, al paso del tiempo y del año presupuestal, de los montos de gasto que ejerce cada gobierno y cada institución.

Este es un trabajo técnico que merecería la mayor atención de las áreas de acceso a la información, de la función pública y de desarrollo tecnológico en la República.

Como se ve, la Constitución moderniza y se moderniza gracias al nuevo artículo 6o., pues por primera vez se hace cargo del estadio tecnológico de nuestra época, al tiempo que pone en movimiento una reforma organizativa e institucional gubernamental muy amplia que incluye extensas medidas de rendición de cuentas y de apertura cuyo vehículo central es la Internet.

IV. TRANSPARENCIA Y PROPAGACIÓN TECNOLÓGICA

El artículo tercero transitorio tiene una especial relevancia, pues le impone al Estado mexicano una tarea de propagación tecnológica, una vasta obra de infraestructura moderna, para que la sociedad, las autoridades federales, locales, municipales y las comunidades que las constituyen en todo el país dispongan de recursos para acceder y relacionarse con sus gobiernos, en todos sus niveles, gracias a la generalización de instrumentos remotos. En sí misma, esta disposición es ya una forma práctica y material para la difusión de una cultura tecnológica, para que esos instru-

mentos nos sean familiares y no vistos por la ciudadanía “como inentendibles o inalcanzables extravagancias”.⁷

Bien planteada y bien llevada, la creación de una red gubernamental para el acceso a la información mediante la Internet es una manera de reforzar los lazos y multiplicar las formas de comunicación de los ciudadanos con sus gobiernos, es un utensilio contra el aislamiento y el sentimiento de lejanía y desprotección.

Prácticamente todos los países desarrollados cuentan con un plan estratégico propio, de fomento, innovación, regulación y coordinación para la comunicación y la interconexión cibernética. En Estados Unidos, la pieza maestra fue la que elaboró Al Gore, en la administración de Clinton: *Tecnología para el crecimiento económico de América* (1993). En la Unión Europea, el *Libro Blanco* coordinado por Jacques Delors (1993) y especialmente, el *Reporte Bangemann: Europa y la sociedad de la información global* (1994); en Japón, las *Reformas hacia la sociedad intelectualmente creativa del siglo XXI* (1994).⁸ Sin importar matices, orientaciones políticas o ideológicas, el común denominador de estos proyectos de futuro es el de acelerar la construcción de redes y la creación de servicios y aplicaciones (*hardware* y *software*) para las autopistas de la información y para la comunicación de los ciudadanos, las empresas y el gobierno.⁹

En las “Conclusiones de la conferencia ministerial del G-7 sobre la sociedad de la información”, celebrada hace ya diez años, se planteaba:

Los avances conseguidos por las tecnologías de la información y las comunicaciones originan cambios en nuestra forma de vida; la forma en que trabajamos, comerciamos y nos relacionamos; el cómo educamos a nuestros hijos, cómo estudiamos e investigamos, la información que recibimos y las diversiones que disfrutamos. La sociedad de la información no sólo afecta las relaciones entre las personas, sino también las relaciones entre ellas y las institu-

⁷ Véase Trejo, Raúl, *La nueva alfombra mágica (usos y mitos de Internet, la red de redes)*, México, Editorial Diana-Fundesco, 1996, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 175.

⁹ En México no fue sino hasta el año 2001 que se formuló un programa específico para el desarrollo de Internet: el Proyecto e-México. Eran dos sus objetivos centrales: de un lado, crear un solo portal con identidad única, mediante ligas a docenas de sitios de entidades gubernamentales. De otro lado, instalar más de 7,000 “Centros comunitarios digitales” en todo el país, dotados de computadoras y conexión a Internet. Los resultados son muy desiguales y están analizados en Trejo Delarbre, Raúl, *Viviendo en El Aleph. La sociedad de la información y sus laberintos*, Barcelona, Gedisa, 2006.

ciones gubernamentales, y esto exige, organizaciones más flexibles, abiertas a la participación y la descentralización.¹⁰

Así pues, la reforma al artículo 6o. constitucional apunta directamente a ese desarrollo, porque le confiere al Estado la responsabilidad en la ampliación de condiciones materiales para el acceso de las personas a la información que producen sus instituciones, pero también —y como consecuencia de ello— a la promoción de una cultura de la comunicación electrónica entre los individuos, los grupos de la sociedad y las instituciones públicas.

No se trata de imponer ningún modelo a los mexicanos. Suele decirse que son pocos, muy pocos (dos de cada diez) los que poseen esa posibilidad y ese hábito tecnológico, pero no es menos cierto que pocas, muy pocas cosas se han multiplicado tanto en los últimos años como los usuarios nacionales de Internet: de escasos 94,000 en el año de 1995, a 22.7 millones en el 2007.¹¹ Visto así, la Constitución de la República trata de pavimentar la trayectoria de un proceso social y cultural que de todos modos está en marcha, y que tarde o temprano exigirá el vehículo electrónico para establecer su relación con el gobierno. Un dato más puede resultar elocuente: el gobierno federal afirma que para el año 2012, 70 millones de mexicanos serán usuarios regulares de Internet. Si ese cálculo tan optimista es cierto, “México se convertiría quizá en la nación con más intenso crecimiento en la cobertura de ese servicio en tan sólo un lustro. Entonces podríamos hablar, con certeza, de un país plenamente incorporado a la sociedad de la información”.¹²

Más allá de las proyecciones oficiales, sin embargo, están las ineludibles obligaciones constitucionales: para el 2009, más precisamente, para julio de ese año, la Federación, las 32 entidades y 267 grandes municipios de todo el país, donde se concentra el 60% de la población:

...deberán contar con sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda hacer uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y de los procedimientos de revisión a los que se refiere este Decreto... Las leyes locales establecerán lo necesario para que los municipios con población superior a se-

¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹ Estimados por INEGI, AMIPCI e Internet World Stats, 2007.

¹² Trejo Delarbre, Raúl, “La Cultura en línea (el rezago digital)”, *Revista Nexos*, num. 362, febrero de 2008.

tenta mil habitantes y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal cuenten en el mismo plazo con los sistemas electrónicos respectivos.

Se trata de una creación electrónica masiva y obligada para miles de organismos, entidades, poderes, instituciones, funcionarios en México; es una obra —jurídica, informática y cultural— única en su tipo, que fue catapultada y dispuesta gracias a la irresistible expansión del derecho de acceso a la información y la transparencia.

V. UNA PLATAFORMA NACIONAL PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL

Ninguna otra experiencia en el mundo ha vinculado tan estrechamente el derecho de acceso a la información con la tecnología de Internet.¹³ Y puede decirse algo más: este derecho ha crecido desde la cuna, de la mano de las herramientas tecnológicas: portales gubernamentales, páginas de transparencia, solicitudes electrónicas, posibilidad de interponer recursos de revisión vía Internet, buscadores de información gubernamental, etcétera, se han vuelto parte esencial de la concepción y de la operación del acceso a la información. No ha ocurrido así en otros países, dueños de leyes más antiguas, como Colombia, que han caminado por otro tipo de mecanismos para el ejercicio del derecho.

Como quiera que sea, por experiencia, porque la evidencia ha enseñado que el derecho de acceso a la información se expande y fortalece si los ciudadanos cuentan con la opción tecnológica, las adiciones constitucionales parecen absolutamente pertinentes. Algunos datos vuelven a ser elocuentes: a nivel federal han cursado 273,000 solicitudes de información en 54 meses (del 12 de junio de 2003 a finales de enero de 2008). Hablamos de un ritmo de 160 solicitudes por día calendario. El 96% de ese vasto universo ha cursado a través de los sistemas electrónicos, para no hablar de los 5,954,122 consultas directas a los portales habilitados las entidades y organismos del gobierno federal entre 2007 y 2008.

Se deben extender las cifras y las comparaciones para apreciar todavía más el efecto de estos sistemas en la marcha del acceso. Alonso Lujambio, comisionado presidente del IFAI, daba estos datos correspondientes

¹³ El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y la Cultura de la Transparencia, *Informe para la Fundación William y Flora Hewlett*, México, 2006.

al 2005: sin un sistema electrónico, el gobierno de Nuevo León recibió 468 solicitudes de parte de sus propios habitantes; pero gracias al sistema remoto de solicitudes con el que cuentan las oficinas federales, los neoleoneses hicieron en 1,619 preguntas directas al gobierno federal, es decir, cuatro veces más. En el Distrito Federal las cosas no fueron distintas: en 2005 hubo 4,493 solicitudes para el gobierno local; pero dado que los capitalinos disponían del sistema vía Internet, hicieron 23,495 solicitudes a la Federación, o sea, 5 veces más. Y en el mismo año, el gobierno del Estado de México recibió 552 solicitudes de información; pero la misma sociedad mexiquense, mediante el sistema electrónico, le hizo a la Federación 5,795 solicitudes, ¡10 veces más!¹⁴

La lección es irrecusable: allí donde se pone a disposición del ciudadano la opción electrónica, el derecho de acceso a la información se expande, se multiplica y, por supuesto, se consolida. Pasa exactamente lo contrario en las zonas y los estados donde no ha existido este sistema: la curva de las solicitudes arranca, alcanza rápidamente su cima en algunas centenas de solicitudes para luego descender inexorablemente (fue en su momento la experiencia de Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Zacatecas, entre otros). Así pues, la naturalización del derecho de acceso a la información en México; las innumerables controversias a favor de la apertura; la instalación de la rutina democrática de preguntar y responder entre decenas de miles de mexicanos y sus instituciones públicas, se debe, en gran medida, a la vigencia del medio electrónico. Dicho lapidariamente: sin el sistema de solicitudes electrónicas, la Ley Federal de Transparencia y el IFAI serían hoy inexplicables.

VI. LAS RAZONES DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque la obra tecnológica en ciernes tiene todas las implicaciones señaladas más arriba, y todavía más. En el dictamen aprobatorio de la Cámara de Diputados, se reconoce que “La gran aportación mexicana al derecho de acceso a la información es la construcción de un sistema electrónico de solicitudes de información”,¹⁵ y se dice que el Congreso de la Unión no podía dejar de incorporarlo en la concepción de la refor-

¹⁴ Lujambio, Alonso, *Discurso para la entrega del sistema Infomex al gobierno del Distrito Federal*, IFAI, 31 de octubre de 2006.

¹⁵ *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, IFAI, junio de 2007 p. 32.

ma, pues “el país cuenta con la experiencia, la tecnología (y ahora también con las disposiciones constitucionales indispensables, agregamos nosotros) para hacer funcionar en todo gobierno, un sistema remoto de acceso a la información”.¹⁶

Es necesario aclarar que el constituyente no ha ordenado la apertura de simples correos electrónicos gubernamentales ni de accesos de gestión, sino la puesta en marcha de “sistemas integrales que faciliten la comunicación entre el ciudadano y las autoridades... que contabilicen los plazos perentorios establecidos en la ley, permitan la entrega de información de manera expedita y sencilla y que abarate los procedimientos”.¹⁷

Eso es justamente lo que el país ha desarrollado a través del federal “Sistema de Solicitudes de Información Electrónico” —SISI— y luego del nacional Proyecto Infomex.¹⁸ Una herramienta construida ex profeso que convierte a una ley de acceso a la información pública en un sistema remoto, vía Internet. Un entramado legal que permite interponer con gran facilidad una solicitud de acceso a la información y, con la misma sencillez, controversias legales en caso de respuestas negativas de la autoridad.

Como anotábamos en un apartado precedente, la existencia de los sistemas electrónicos de solicitudes de información materializa un principio básico del derecho a la información: no importa quién solicita la información ni para qué quiere la información; lo verdaderamente relevante es reconocer si los documentos solicitados son de naturaleza pública o no. En un sistema electrónico se vuelve imposible la exigencia de identificación al solicitante; es imposible que acredite formalmente su personalidad, y es impracticable dentro de la tecnología asociada. Así, el sistema electrónico ensancha el derecho, pues concibe la identidad del solicitante como un dato claramente irrelevante. De esa suerte, un periodista, un empresario, un investigador o un campesino aparecen en el sistema electrónico en igualdad de condiciones, lo que disminuye las posibilidades de discriminación por condición social (tienden a desvanecer el odioso “como te ven, te tratan”).

¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸ Véase *Proyecto Infomex*, Carpeta oficial, IFAI, 2007. Otra característica vital de este proyecto es que no tiene costo para los gobiernos subnacionales (ni estatales ni municipales) que lo adopten, pues el precio es absorbido por el Banco Mundial y por el Instituto Federal de Acceso a la Información.

La Constitución ordena movilizar instrumentos transparentes para la transparencia gubernamental, pues toda solicitud de información es conocida inmediatamente por la dependencia de gobierno y por cualquier persona en el mundo, en tanto queda grabada en el ciberespacio. Lo mismo ocurre con las respuestas del gobierno: todos están en posibilidad de escudriñar todas las respuestas de los gobiernos. De esa suerte, se cumple otra aspiración democratizadora, al hacer públicos, para todos, los contenidos de la información declarada pública, al tiempo que permite al ciudadano entrar en contacto con el órgano resolutor en casos de controversia y conocer, por los mismos medios, la decisión de la autoridad especializada respecto de la publicidad, la reserva o la confidencialidad de la información solicitada. De esta manera, la publicidad de las preguntas y de las respuestas convierte a todo el flujo de la información gubernamental en un bien público.

Lo que busca la Constitución es que el ejercicio del derecho de acceso a la información en toda la República sea homogéneo, que cualquier mexicano —un sonorenses o un campechano, un veracruzano o un guerrerense— realicen un tipo de trámite semejante ante cualquier institución o nivel de gobierno en México. Que la experiencia del acceso sea prácticamente la misma entre los mexicanos.

Los sistemas electrónicos, por su naturaleza, se erigen como herramientas que permiten acceder a información del gobierno federal, de los subnacionales o municipales, desde cualquier parte del país y del mundo. Son pues una herramienta de la interconexión y de la globalización.

Sus aplicaciones son útiles también para la gestión interna de las instituciones y gobiernos, pues permite que todo órgano gubernamental reciba, gestione, administre, ordene, archive y responda solicitudes de información pública y de acceso a datos personales con seguridad, facilidad y rapidez.

Económicamente hablando, lo más importante es que el sistema electrónico abarata radicalmente, casi a cero, los costos de transacción en el flujo de la información. El solicitante se ahorra el costo y el tiempo de traslado hasta la oficina burocrática; evita hacer fila; identificarse y regresar otro día, repetir la faena y recoger la información pedida. Y le ahorra al gobierno los costos de reproducción y de envío de los documentos, pues lo puede hacer por la vía electrónica. A la larga, la disposición constitucional permitirá la construcción de una plataforma nacional de acceso a la información pública gubernamental.

El dictamen de la Cámara de Senadores se hace cargo del hecho de que poco más del 22% de la población mexicana tiene hoy acceso a Internet; pero no cancela ninguna alternativa: en todo caso, al lado de los sistemas electrónicos permite y propicia otras formas de solicitudes a los gobiernos: personalmente, en la ventanilla de las dependencias, por vía postal o a través de un representante legal.

Finalmente, la Constitución determinó que todo el gobierno federal, los poderes y las entidades autónomas; que todas las entidades federativas (las 32) y los municipios cuya población sea mayor a 70,000 habitantes, desarrollen los sistemas electrónicos de solicitudes de información. Esta frontera tuvo una razón poderosa: se trataba de que todas las capitales de la República quedaran incorporadas a la lógica de la plataforma electrónica y por eso, Tlaxcala —que es la capital más pequeña— trazó el umbral poblacional. La decisión permite que las demarcaciones donde habita el 65% de la población nacional cuenten, todas, sin excepción, con esos sistemas para el diálogo permanente y la vinculación con su gobierno.

En resumen: la adición constitucional abre otra posibilidad democrática muy importante para la modernidad mexicana: el derecho de todos los habitantes a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.

VII. CODA: CONSTITUCIÓN, SISTEMAS ELECTRÓNICOS Y CIUDADANÍA

Hemos argumentado que la reforma al artículo 6o. de la Constitución reconoce la existencia de una tecnología que antes le resultaba fundamentalmente ajena (la Internet); hemos dicho que ello propiciará nuevos cambios y que en sus imperativos añadidos deberá provocar una obra tecnológica (*software*) de interconexión institucional, masiva y nacional. También analizamos las dos grandes vertientes del derecho de acceso a la información y la transparencia, que exigen a su vez, el despliegue de dos instrumentos electrónicos: los portales de transparencia con información obligatoria y los sistemas de solicitudes de información para la interacción entre los ciudadanos y las autoridades de todo el país; vimos también que este último utensilio es dueño de varias características que abaratan los costos de transacción del flujo de información, que democra-

tiza la relación con el gobierno y que globaliza poderes, instituciones y dependencias.

En suma: hemos dicho que el nuevo artículo 6o. de la Constitución mexicana va a generar una de las transformaciones y generalizaciones tecnológicas más promisorias y democráticas de los últimos tiempos en México. Pero no debemos terminar sin un último apunte a propósito del impacto que este entramado traerá a cultura política, a la acción de la ciudadanía y a las condiciones en las que se desarrollará el trabajo del Estado nacional.

Gracias a la reforma de julio del año pasado, la Constitución empieza a superar los atavismos de la vieja sociedad, que concebía al poder y al gobierno, anclado en un mundo tecnológico, social y culturalmente antiguo. Como ha dicho el sociólogo Manuel Castells,¹⁹ eso debe cambiar rápidamente y entender a la Internet no como un accesorio adicional, sino como un instrumento mediante el cual las personas propician la extensión de sus propias vidas, multiplican sus propias posibilidades de relación con otras personas, pero también con otras organizaciones, instituciones y gobiernos.

La Internet y los sistemas electrónicos que se conciben a su amparo son vehículos de acercamiento, pero aún más importante, de libertad y autonomía, porque los poderes (públicos y privados) pierden la capacidad de controlar la información y la comunicación, pues por definición “Internet no se puede controlar”.

Los sistemas electrónicos como los que manda nuestra Constitución impelen ese cambio mental tanto en ciudadanos como en los gobiernos. Volviendo a Castells:

Los poderes tienen miedo de Internet. Yo he estado en no se cuántas comisiones asesoras de gobiernos e instituciones internacionales en los últimos 15 años, y la primera pregunta que los gobiernos siempre hacen es: ¿Cómo podemos controlar Internet? La respuesta es siempre la misma: no se puede. Puede haber vigilancia, pero no control.²⁰

Y eso es exactamente lo que ocurre con los sistemas electrónicos que impulsa el artículo 6o. y especialmente el tercero transitorio: los cuestio-

¹⁹ *La era de la información. Economía, sociedad y cultura: fin de milenio*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, vol. 3, p. 58.

²⁰ *El País*, 6 de enero de 2008, *Suplemento Domingo*, entrevista con Manuel Castells.

namientos sociales a las dependencias no se pueden ocultar, y lo que es más: los funcionarios quedan públicamente emplazados a responder, lo que con el tiempo, genera un nuevo tipo de relación, más democrático y menos asimétrico.

En este sentido, generalizar la herramienta Internet (y no sólo para la comunicación personas-autoridades) es una forma de crear las condiciones materiales para construir ciudadanía. En nuestra era es inconcebible un ciudadano, una persona actuante, alerta, participante en la cosa pública, si no sabe usar la Internet. Los estudios de Castells o de Trejo, citados aquí, muestran que cuanto más autónoma y actuante es una persona, más utiliza la Internet, con mayor frecuencia e intensidad.

Una pregunta al gobierno, una solicitud de información, a través de los mecanismos ordenados por la Constitución, puede llegar de modo instantáneo a centenas o incluso a miles de destinatarios, casuales o deliberados, más allá del municipio en que se formuló por primera vez, más allá de la entidad e incluso más allá del país. Así, las posibilidades que adquiere la propagación de la información gubernamental mexicana es infinita, y lo es para bien, porque ha sido catalogada como pública, legal, legítima y potencialmente útil.

Después de todo, los sistemas electrónicos de Internet son esencialmente globalizadores, están hechos para su logarítmica exposición pública. El Estado mexicano, mediante su moderno mandato constitucional (encarnado en el proyecto Infomex), no hará otra cosa que afrontar, conjunta y coordinadamente, estos nuevos cauces de intercambio y beneficio, a partir de la concepción democrática de que el poder público debe ejercerse efectivamente en público.

El proyecto emanado de la reforma constitucional es impresionante, casi utópico. Nada menos, propone o induce la construcción de una red común por donde fluya la información gubernamental de la Federación, las entidades, el Distrito Federal y los municipios. Y una forma universal, homogénea y práctica para exponer la información de todas las instituciones públicas de este país.

La decisión constitucional de hacerlo electrónicamente, mediante la red, es muy conveniente para un país lleno de contrastes, desigualdades y asimetrías. Sus posibilidades son múltiples, más allá de las que hemos explorado aquí. Podría pensarse en invertir y coordinar prácticas de digitalización (para evitar que se repitan trabajos ya hechos o que documentos digitalizados con dinero público no estén accesibles); en sus criterios

(no fotos de documentos en línea, sino textos que se puedan buscar y localizar); en normas de amigabilidad entre los buscadores y los portales (para que toda información pueda ser abierta desde cualquier punto y comparable entre sí, sea generada en Tijuana o en Oaxaca); en sistemas de interoperabilidad de archivos, descriptores, metadatos (para que desde las redes de investigación, universitarias, corporativas, personales, todo el panorama público del gobierno mexicano sea accesible); en *softwares* que permitan hacer búsquedas de todo rubro, con estándares abiertos y sirvan a los intereses de todos los colectivos; en fin, articulando una política que haga real el ideal —también constitucional— de que la información es para todos, por igual y sobre todo para quienes, en México, han tenido menos posibilidad de obtenerla.

La reforma constitucional, mediante su imperativo de generalización de los sistemas electrónicos, empieza a cerrar el desfase entre la capacidad tecnológica y la cultura política del país. Y esta dimensión debe ser subrayada.

TREINTA AÑOS DE REGATEOS.
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DESDE
SU DISCUSIÓN INICIAL

Raúl TREJO DELARBRE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma política de López Portillo: por una información más objetiva*. III. *El dictamen de los diputados: expresión imprecisa, requiere una ley reglamentaria*. IV. *El debate en la Cámara de Diputados, entre derecho social e individual*. V. *Ortiz Tejeda: diagnóstico crítico y propuestas para regular a los medios*. VI. *En el Senado, alusiones a mercantilismo, manipulaciones, democracia y locutores*. VII. *Un derecho sin reglamentar y la interesada “cuadratura del círculo”*. VIII. *El derecho a la información no se agota en el derecho de acceso*.

I. INTRODUCCIÓN

Acceso a la información es apenas una parte del derecho a la información. Con la reforma que incorporó el derecho de acceso a la información en el artículo 6o. constitucional¹ se garantiza formalmente y se promueve el ejercicio de una potestad fundamental de la sociedad. Las disposiciones que obligan a toda autoridad y organismo del Estado a hacer pública la información que posean —con las salvedades que establece esa misma adición constitucional— y que señalan pautas para que los ciudadanos soliciten y a fin de que los funcionarios públicos sean sancionados si no proporcionan esa información, solidifican y extienden ese derecho que había sido reconocido desde que, cinco años antes, fue promulgada la

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

¹ Publicada el 20 de julio de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

La reforma constitucional en materia de acceso a la información ha ocurrido tres décadas después de que en 1977 fue reconocido el derecho a la información. La falta de precisiones y la variedad de asuntos que el Congreso discutió en aquel año, cuando la modificación al artículo 6o. constitucional fue parte de una reforma política más amplia y ambiciosa, dejó al de la información como un derecho casi simbólico, y cuya aplicación plena quedaría pendiente. En aquella deliberación, ni los legisladores y los partidos políticos, ni los escasos especialistas que se ocupaban de ese tema, advertían que el *acceso a la información pública* podía ser parte del *derecho a la información*. Esa omisión inicial, pero sobretudo las acepciones equívocas con las que distintos participantes en tales discusiones ciñeron al concepto de derecho a la información, se debieron en parte a la amplitud que tiene por sí mismo, pero también, al interés por limitarlo a una facultad solamente declarativa.

II. LA REFORMA POLÍTICA DE LÓPEZ PORTILLO: POR UNA INFORMACIÓN MÁS OBJETIVA

La reforma política de 1977 obedeció al propósito del presidente José López Portillo de ampliar los cauces de participación institucional y aminsonar las tensiones sociales que el país experimentaba en aquellos años. En abril de 1977 el entonces secretario de Gobernación, Jesús Reyes Herroles, había pronunciado en Chilpancingo el célebre discurso que es considerado como señal de arranque de aquella reforma, y en donde, al oponerse al “endurecimiento del gobierno”, dijo que la alternativa era ampliar “las posibilidades de la representación política”. Entre los últimos días de ese mes y mediados de julio, el gobierno convocó a doce audiencias públicas, en donde los partidos con registro o sin él, distintas agrupaciones y dos docenas de ciudadanos, manifestaron qué esperaban de la reforma política.² La mayor parte de las propuestas allí formuladas se referían a la necesidad de acotar la hegemonía del PRI y ensanchar la diversidad en el sistema político mexicano. Las únicas alusiones a temas relacionados con la información eran para deplorar el tratamiento que los

² Salazar, Pedro *et al.*, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, México, Cal y Arena, 2000, pp. 87 y ss.

medios de comunicación más importantes hacían de los asuntos políticos y, especialmente, para sugerir que en tales medios hubiera espacios para los partidos.

La información como problema, o como derecho, prácticamente no era mencionada en esas deliberaciones. Sin embargo, en la iniciativa de reformas que presentó en octubre de 1977 el presidente López Portillo incluyó una pequeña adición al artículo 6o. Aquella iniciativa, que después del proceso legislativo correspondiente sería promulgada dos meses más tarde, comprendía modificaciones a 17 artículos de la Constitución Política. A los partidos políticos se los reconocía como instituciones de interés público, y se establecía el registro condicionado para que surgieran nuevas organizaciones de esa índole; se creaba una nueva autoridad electoral, en donde participarían los partidos; en la calificación de las elecciones se abría la posibilidad para que interviniera la Suprema Corte; la Cámara de Diputados tendría legisladores de representación proporcional electos en cinco listas plurinominales y esa modalidad existiría también en los Congresos de los estados; los partidos políticos tendrían derecho a acceder a los medios de comunicación. Ésas eran, a grandes rasgos, las novedades de la reforma política de 1977. Como parte de ellas, se incorporaría al artículo 6o. la frase “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.³ ¿Qué concepción tenían los promotores de esa reforma acerca del derecho a la información? La exposición de motivos que envió al Congreso indica que el presidente de la República pensaba antes que nada en el acceso de los partidos a los medios electrónicos. Ya en la revisión y la discusión de esa iniciativa, los legisladores apuntaron elementos para una definición más amplia de tal derecho.

En su propuesta de modificaciones a 17 artículos constitucionales, entre ellos el 6o., el presidente José López Portillo le manifestaba al Congreso:

La diversidad de opiniones expresadas de manera regular por los partidos políticos, en medios tan importantes como son la radio y la televisión, sumadas a las de otras fuentes generadoras de información, contribuirán a que ésta sea

³ Desde 1917 y hasta entonces, el artículo 6o. decía lo siguiente: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público”.

más objetiva y a que la opinión pública, al contar con una mayor variedad de criterios y puntos de vista, esté mejor integrada.⁴

La adición de diez palabras al artículo 6o. constitucional era entendida en primer lugar como complemento de la reforma política, que permitiría el acceso de nuevos partidos al escenario público mexicano y que dispondrían, entre otras prerrogativas, de espacios gratuitos en las estaciones de radio y televisión. Pero dejaba lagunas que tendrían que ser cubiertas por la legislación secundaria. Así lo entendieron los legisladores que ese mismo octubre de 1977 aprobaron aquellas modificaciones constitucionales. En ese proceso fue afianzándose la idea de que la reforma al artículo 6o., tendría que conducir a una ulterior reforma de la legislación destinada a los medios de comunicación.

III. EL DICTAMEN DE LOS DIPUTADOS: EXPRESIÓN IMPRECISA, REQUIERE UNA LEY REGLAMENTARIA

El dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados a esa iniciativa presidencial se detiene varios párrafos en la reforma que establecería el derecho a la información para recordar que la historia del derecho constitucional mexicano ofrecía diversos antecedentes de protección de la libertad de expresión, desde el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana hasta el Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza. De todos ellos, indica el dictamen, “es válido concluir que siempre fue propósito de los legisladores mexicanos, preservar como libertad política la libre manifestación de las ideas desde el punto de vista de quien las emite; sin considerar el derecho de quien las recibe para no ser víctima de lo que actualmente conocemos por «manifestación informativa»”.⁵

4 Iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 6o., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 69, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115, enviada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión el 4 de octubre de 1977. Reproducida en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional*, México, LIII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. II, pp. 6-40.

5 Dictamen a la iniciativa presidencial en *Derechos del pueblo mexicano, cit.*, nota anterior, pp. 6-55.

Allí se reconocía la carencia principal que desde 1917 —cuando se promulgó la Constitución, pero también, en marzo de aquel año, la Ley de Imprenta— había padecido la legislación mexicana acerca de los medios de comunicación. La normatividad en esa materia admitía el derecho de los emisores de información a expresarse con libertad, pero no se contemplaba el derecho de los receptores de la información. El dictamen de los diputados no aclaraba con precisión a qué se refería con el término “manifestación informativa” de la cual, según alerta, podrían ser víctimas las audiencias de los medios de comunicación. Solamente indicó: “Que así haya sido, es perfectamente explicable, porque la información propiamente dicha, producto de la sociedad moderna, ha venido a convertirse en factor de primera importancia en la modelación de la opinión pública”.

Los legisladores de 1977 convenían en que las circunstancias sociales y culturales creadas por la existencia de los medios de comunicación de masas hacían necesario que existiera educación suficiente para decodificar adecuadamente sus mensajes, así como acceso y verificabilidad en la información. Lo hacían en estos términos:

Si no se disfruta de un grado aceptable de cultura general a la vez que de educación política, y de posibilidad de consulta y comprobación en las fuentes emisoras, la información cae en el ámbito de la deformación. Como las condiciones apuntadas están muy lejos de pertenecer al común, surge la necesidad de instituir el derecho a la información como garantía social.

También era necesario definirlo. Pero la acepción específica de esa potestad la dejaron para la legislación específica:

Lo escueto de la expresión “...el derecho a la información será garantizado por el Estado”, puede originar la crítica de que no se precisa lo que debe entenderse por “derecho a la información”, ni a quién corresponde su titularidad, ni los medios legales que hará valer el Estado para hacerlo respetar.

No debe olvidarse sin embargo —añadían los autores del dictamen, incorporando una cita cuya fuente no indicaron—, que “la característica esencial de la Constitución debe ser su máxima brevedad posible; y que, en rigor jurídico, sólo le corresponde el enunciado y principios de las normas imperativas cuyas formas de operatividad serán objeto y materia de la ley reglamentaria respectiva”.

Además de ese dictamen de mayoría, antes de la discusión de las reformas constitucionales la Cámara de Diputados conoció los votos particulares de las fracciones parlamentarias de los partidos Acción Nacional (PAN) y Popular Socialista (PPS). En representación del PAN, el diputado Ramón Garcilita Partida cuestionó muchos de los rasgos de esa reforma, pero concedió: “no se puede negar la existencia de datos positivos e importantes como son el derecho a la información incorporado dentro de las garantías individuales...”⁶

Luego, el diputado Héctor Ramírez Cuéllar, en nombre del PPS, y también junto a numerosas críticas a la propuesta presidencial, convino en su apreciación acerca de la adición al artículo 6o. constitucional:

El acceso a los medios de comunicación social y la garantía del Estado a la información constituyen avances indiscutibles que reforzarán la conciencia cívica y política e incrementarán la información entre el pueblo. Para alcanzar estos objetivos se necesitan introducir profundas reformas a la estructura, al funcionamiento y al régimen de propiedad de los instrumentos de comunicación masiva.⁷

No deja de llamar la atención la coincidencia de todos los partidos para considerar que la consagración constitucional del derecho a la información era pertinente. Algunos, además, recalcaron que para que tuviera sentido harían falta precisiones en las leyes específicas y una reforma a fondo en el régimen de los medios de comunicación.

IV. EL DEBATE EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS, ENTRE DERECHO SOCIAL E INDIVIDUAL

Ya durante el debate de la iniciativa de reforma constitucional, el miércoles 19 de octubre de 1977, algunos legisladores hicieron precisiones interesantes a la definición del derecho a la información. El diputado panista Ramón Garcilita Partida subrayó la posible ambigüedad de ese concepto si no se le acompañaba de puntualizaciones en la ley reglamentaria:

⁶ *Ibidem*, pp. 6-76.

⁷ *Ibidem*, pp. 6-78.

...hay disposiciones muy importantes, hay datos positivos, precisamente como el de haber incorporado como garantía individual el derecho de información, que desgraciadamente en forma escueta solamente se adiciona en el artículo 6o. en el Capítulo de las Garantías Individuales. No se dice cómo se reglamentará este derecho. Claro, la Constitución no es para reglamentar, la Constitución es para dar principios y realmente creo que la representación nacional esperará con interés el proyecto de reglamentación al artículo 6o. para dar efectividad al derecho de información.⁸

Ese proyecto quedaría sin ser presentado cuando tropezó con los intereses de las empresas mediáticas que se opusieron a la reglamentación del derecho a la información. Antes de ello y todavía en el extenso debate de las reformas constitucionales, aquel 19 de octubre, se manifestaron dos apreciaciones acerca del alcance de tal derecho. Eduardo Andrade Sánchez, diputado del Partido Revolucionario Institucional (PRI), lo entendió como un “derecho público colectivo”. Más tarde, el legislador Jorge Garabito, del PAN, subrayó que se trataba de un derecho de la sociedad, pero también individual.

Andrade Sánchez presentó una larga exposición, a nombre del PRI. Cuando se refirió a este tema, lo hizo en los términos siguientes:

El derecho a la información que se consagra, viene a completar, viene a continuar, a modernizar el texto relativo a la libertad individual de expresión. No confundamos los conceptos. Como atinadamente lo dice el dictamen, la libertad individual de expresión es un derecho público subjetivo. El derecho a la información que se introduce es un derecho público colectivo. Ambos coinciden en el precepto constitucional pero son de una naturaleza que difiere en aspectos substanciales. No se introduce una garantía individual, junto, entiéndase bien, junto, no frente a la libertad de expresión, se establece el derecho a la información, del cual es titular toda la sociedad. Se señala tradicionalmente en las constituciones, la libertad de expresión, en la nuestra es claro que el Constituyente del 17 no pudo prever el desarrollo de los medios de comunicación que ahora, a través de esta reforma, dejan su huella en nuestra Carta Magna. La libertad individual de expresión se establece y se esgrime frente al Estado para hacer posible la disidencia, el derecho a la información se exige a través del Estado para hacer posible la democracia. (Aplausos.) Este es el verdadero sentido del derecho a la información, un derecho que es pre-requisito de un auténtico juego electoral, de un auténtico juego democrático; solamente

⁸ *Ibidem*, pp. 6-83.

puede optar conscientemente quien está verdaderamente informado, no quien está influido o desorientado.⁹

Esa concepción del derecho a la información como “derecho público colectivo” estaba articulada con el reconocimiento de los cambios que los medios de comunicación imponen en la vida democrática. Luego, el ya mencionado Garabito Martínez, del PAN, subrayó:

Saludamos con entusiasmo el advenimiento de la garantía de información, el enriquecimiento del capítulo de garantías individuales con una garantía social. Ya posteriormente habremos de conocer la reglamentación de esta garantía, pero debemos decir desde un principio que vemos con sumo interés cómo los sistemas de garantías individuales, originados en la Constitución del 57, han venido evolucionando para dar primacía a las garantías sociales, cómo las garantías sociales al mismo tiempo van preservando las garantías individuales. No hay garantías sociales exclusivamente para una colectividad, el Artículo 27 garantiza los derechos del núcleo de población pero también los de los ejidatarios. El 123 garantiza los derechos del sindicato y sociedades intermedias y agrupaciones de trabajadores, pero también los del trabajador. El artículo sexto va a garantizar los derechos de la sociedad, pero también los del individuo. Queremos señalar como laudable y positivo, el acceso de los partidos políticos a los medios masivos de difusión, principalmente la radio y la televisión. Esta reforma es trascendente, incidirá forzosamente en la politización del pueblo mexicano. El abrir los canales de información a los partidos políticos permitirá al ciudadano mexicano exteriorizarse con mucha mayor frecuencia que lo que es actualmente de la problemática nacional y de las distintas opciones que se presentan para su solución.¹⁰

No deja de resultar sugerente la diferencia que, en medio de la retórica parlamentaria que en aquella época resultaba singularmente meliflua, había entre el partido mayoritario y el más importante de la oposición. Para el priísta Andrade, el derecho a la información era componente necesario de la democracia, porque al ciudadano le hace falta estar enterado para tomar decisiones electorales, y, en tal sentido, se trataba de una prerrogativa de carácter público. En tanto, el panista Garabito consideraba que se trataba de un derecho de la sociedad, aunque se estableciera en el capítulo constitucional destinado a las garantías individuales, pero lo entendía fundamentalmente como el acceso de los partidos a los medios de comu-

⁹ *Ibidem*, pp. 6-88.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 6-91 y 6-92.

nicación: si los ciudadanos podrían “exteriorizarse” en los medios sería a través de los partidos y no de manera directa.

Una vez aprobada en lo general la reforma constitucional, la Cámara de Diputados discutió uno por uno los artículos constitucionales que serían modificados. El debate específico acerca del artículo 6o. constitucional fue agendado para el 21 de octubre. Antes de que esa discusión comenzara, la diputada Marcela Lombardo de Gutiérrez, del Partido Popular Socialista, propuso una enmienda para que la modificación al artículo 6o... dijera: “el derecho a la información será garantizado por el Estado, oportunamente, en toda circunstancia y sin cortapisas”. En su argumentación, más que justificar la adición de la última frase, que tendía a subrayar el compromiso del Estado para el ejercicio de tal derecho, la diputada Lombardo subrayó las implicaciones que el derecho a la información tendría en la modificación del régimen jurídico de los medios de comunicación. Aunque “la participación política del pueblo” y “la madurez cívica” habían aumentado seguían siendo deficientes, dijo, “entre otras cosas, porque no se ha tenido acceso a la información”. La sociedad no recibe información completa acerca de asuntos de su interés, enfatizó esa diputada, debido al acaparamiento de los medios que la difunden:

Los medios de información siempre han estado en poder de la corriente conservadora, y por tanto ésta desvirtúa la información real y verdadera que debería llegar a la población. A través de los medios de información se expresan las tesis filosóficas, económicas, políticas y educativas que corresponden a la clase social que detenta la propiedad y usufructo de esos medios de información que los utiliza para defender sus intereses, que siempre trata de justificar. Actualmente, con honrosas excepciones, los medios de información están en manos de las fuerzas más oscuras del país, las ligadas al imperialismo norteamericano. Como lo especifica el dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Puntos Constitucionales, existe una “manipulación informativa”, que en lugar de contribuir a reforzar la conciencia cívica y política del pueblo, desorienta permanentemente y es contraria a la formación de la conciencia nacionalista, constituyendo un verdadero atentado a la salud mental de niños, jóvenes y adultos. Sabemos que para evitar que la información se manipule en favor de intereses ajenos al desarrollo independiente de la nación, y ajenos al pueblo en su conjunto, es necesaria una intervención vigorosa del Estado. Deben ser nacionalizadas la radio y la televisión.

En esa tajante propuesta, que formaba parte del ideario del Partido Popular Socialista, no se dejaba margen para la propiedad mixta ni mucho menos para atemperar el acaparamiento privado de los medios de comunicación. Era todo o nada. Pero entre las inquietudes de la hija de Vicente Lombardo Toledano había, además de esa radical medida, una más compartible preocupación por la pluralidad y la calidad de los mensajes que recibe la sociedad a través de los medios de comunicación de masas. Así lo expresaba:

Cuando éste [el pueblo] tenga la posibilidad de conocer todas las opciones que le presenten los partidos que participan en la vida nacional, y las soluciones que éstos ofrecen a los problemas nacionales, los ciudadanos adecuadamente informados, por los partidos políticos, podrán participar con mayor seguridad y firmeza en la contienda cívica, impulsando a su partido, al partido que defenderá sus concepciones ideológicas y defenderá sus intereses de clase. El derecho de acceso a los medios de información, garantizado por el Estado constituye un avance indiscutible que contribuirá a ampliar la conciencia cívica y política del pueblo.

Si no fuera por el desempeño cuestionable de los grandes medios, el derecho a la información no resultaría indispensable, de acuerdo con la apreciación de la diputada Lombardo: “La necesidad de «instituir el derecho a la información como una garantía social», ha nacido de las grandes y graves deficiencias y deformaciones que hasta hoy se han mantenido en los medios de difusión masiva, debido a la posición ideológica y política de quienes los detentan”.¹¹

Ya en la discusión específica de la reforma al artículo 6o. constitucional, el diputado priísta, Manuel Villafuerte Mijangos, consideró que el propósito de la iniciativa esa garantizar un derecho y no restringirlo, por lo que no era pertinente la propuesta de la legisladora del PPS. Luego, el diputado Saúl Castorena Monterrubio, del Partido Auténtico de la Revolución Mexicana (PARM), hizo una reflexión sobre los cambios suscitados por los medios de comunicación:

La influencia masiva de los medios de comunicación electrónica, la radio y la televisión, han dado una nueva dimensión a la evolución social del hombre. Ahora estamos en posibilidad de escuchar y ver cosas que ocurren simultáneamente en cualquier parte del mundo. Vista la sociedad como un todo, vol-

¹¹ *Ibidem*, pp. 6-112 y 6-113.

vería a ser considerada como un circuito de canales de información para conocer ideas, demandas y decisiones; el Estado moderno requiere de sus ciudadanos una activa e informada participación en los asuntos de la sociedad, los medios masivos de comunicación de vital importancia para esto son fundamentales en nuestra vida democrática. El conocimiento político requiere, como enunciado previo, de la precisión del lenguaje. Esta exigencia es de elemental necesidad en la interrelación social, además de estas consideraciones políticas primera y principal, el lenguaje debe ser estimado como una de las grandes manifestaciones sociales, dirigirnos a un interlocutor concreto, abstracto o tangible o imaginarnos en el modo primario de la intercomunicación, es el inicio de la asociación humana; es aquí donde se fundamentan los principios de la interacción, base de la sociedad política.

Aunque Castorena no la desarrolló, la idea de la sociedad entendida como un circuito de canales de información, anticipaba realidades que luego se consolidarían con recursos como el Internet. En aquel 1977, sin embargo, la formulación destacada en ese discurso en la Cámara de Diputados era la alusión al lenguaje como instrumento de comunicación política. A ese diputado del PARM le parecía que la reforma al artículo 6o. era adecuada “porque cuando un mayor número de mexicanos esté informado de los problemas nacionales, tendrá una mayor participación en las decisiones que lo afectan como ciudadano, como productor, y como consumidor”.¹² Mejor información propicia una cultura ciudadana más sólida, podría decirse en los códigos imperantes treinta años más tarde. El problema era que la reforma constitucional no esclarecía con qué medidas habría de lograrse esa información de mayor calidad.

V. ORTIZ TEJEDA: DIAGNÓSTICO CRÍTICO Y PROPUESTAS PARA REGULAR A LOS MEDIOS

Esas ausencias podrían haberse resuelto si sus colegas legisladores hubieran tomado con seriedad la espaciosa disquisición que en el mismo debate presentó el diputado Carlos Ortiz Tejeda, del PRI. Debemos detenernos en esta intervención, que destacó no sólo por sus pretensiones omniabarcantes en el análisis de la información, sino especialmente por la precisión con la que especificó los temas centrales para legislar la relación de los medios de comunicación con la sociedad.

¹² *Ibidem*, pp. 6-116 y 6-117.

Cineasta durante varios años, Ortiz Tejeda era uno de los diputados más familiarizado con temas de la comunicación social. Cercano más a la práctica que a la reflexión sobre tales asuntos, aquel día presentó una extensa disquisición sobre el concepto de información, que partió de la explicación del DNA como depositario de los códigos genéticos, siguió con la teoría de sistemas, recaló en el estudioso de la cibernética, Norbert Wiener, acudió al austriaco Watzlawick y al español Eduardo Nicol para mencionar los efectos de la comunicación en la conducta; habló de la autocomunicación apoyándose en el teórico marxista Adam Schaff, y siguió así por largo rato con alusiones a veces teóricas, ora líricas, expresando muchas de las vertientes que pueden tener las implicaciones de la información.¹³

Ortiz Tejeda rescató el texto del catalán Manuel Vázquez Montalbán sobre las noticias y la información, para decir que ella, “como fenómeno social, aparece sólo en las sociedades que son conscientes de la importancia de orientar a la opinión pública”. Entresacó de otros libros retazos sobre la historia misma de la información. Se detuvo en los réditos económicos que tienen los medios: “ciertamente el lucro es el objetivo manifiesto; la información es una mercancía, un negocio por sí mismo, generador de grandes dividendos”. Y de allí, a las consecuencias políticas y culturales:

La función primordial de la información es ahora, transmitida a través de las ondas electromagnéticas, de las rotativas electrónicas, de los cables coaxiales o vía satélite, igual que en sus orígenes: instrumento de control y dominio. Ningún mensaje es ideológicamente inocuo. Los de carácter comercial provocan en la población la certeza de que su realización humana (*sic*); su triunfo social está directamente ligado con sus posibilidades de consumo y sirven para reforzar las relaciones de producción que son base de un sistema que primero explota la fuerza de trabajo y después, por la fuerza del condicionamiento conductual, induce a pagar caro la obra de ese trabajo.

Ese diputado por Coahuila llegó entonces a una franca crítica de los medios de comunicación cuyas capacidades manipuladoras quizá eran mencionadas por primera vez, al menos de manera tan directa y por un legislador de la mayoría, en la tribuna de la Cámara de Diputados:

¹³ *Ibidem*, pp. 6-117 a 6-126.

Los mensajes noticiosos y los comentarios sociopolíticos responden siempre al interés clasista de quien detenta los instrumentos de emisión. Allí es natural que no tengan cabida la voz de los estudiantes protestarios, los obreros huelguistas, los campesinos sin tierra, los consumidores burlados o los hombres sin empleo. Se puede contrainformar, mintiendo; desinformar, sacando de contexto un hecho; tornando en anécdota un problema; refiriéndose a efectos, sin hacerlo a las causas socioeconómicas esenciales. Pero, todavía más, se puede permitir una presencia dosificada de disidencia vacua, que tiene un efecto más enajenante que motivador. Tolerancia que es, al final de cuentas, la mejor legitimación de un sistema general de valores.

Para ese legislador por el PRI, el control de la información se ha convertido en parte del dominio político: “La relación entre el acceso a la información y el ejercicio del poder es una verdad históricamente comprobable”. Las concepciones de Richard Fagen sobre los medios como instrumentos para hacer política, el manejo comunicacional de los propagandistas nazis, las tácticas de Richelieu para favorecer al Estado absolutista, e incluso la Declaración de los Derechos del Hombre y los documentos del Concilio Vaticano II, fueron mencionados por Ortiz Tejeda en abono de esas tesis.

De allí que “el compromiso del Estado para garantizar el acceso del pueblo a la información debe ser contemplado como parte de una estrategia integral de desarrollo”. Para Ortiz Tejeda, en esa, que sin duda fue la intervención más importante en la deliberación acerca de la reforma al artículo 6o. constitucional, “la información tiene una función liberadora capaz de nutrir con elementos nuevos los razonamientos viejos. Informar es transformar...”. Luego, siempre acerca de ese concepto, citaba al presidente López Portillo: “El derecho a la información constituye un patrimonio del pueblo para rechazar los métodos enajenantes de la sociedad de consumo, para garantizar la efectividad de los procesos democráticos y consolidar el sistema de libertades”.

De acuerdo con Ortiz Tejeda, “la responsabilidad de los órganos de difusión y de los profesionales de la comunicación social, es precisamente el ejercicio irrestricto de la libertad; pero asumir, al tiempo, el imperativo implícito de comprometerse con esa libertad”. De esa manera se anticipaba a los cuestionamientos que surgirían contra los propósitos de reglamentar el ejercicio de tal derecho: “Y que no se aproveche la libertad de expresión para propalar la insidia de que la garantía social que pretendemos significa una forma de manipulación estatal de la informa-

ción... rechazamos la censura, exigimos la verdad, porque, a la manera de Martí, estamos convencidos: el saber nos hará libres”. Esas prevenciones cobrarían mayor sentido en los siguientes años, cuando los intentos para precisar en la legislación específica los alcances de esa garantía constitucional tropezaron, invariablemente, con el rechazo de los consorcios comunicacionales.

¿Qué sugería ese diputado para actualizar la legislación de los medios? Las únicamente cuatro pero significativas propuestas que hizo fueron: *a)* definir a la radiodifusión como servicio público; *b)* regular contenidos de los medios electrónicos; *c)* creación de una autoridad estatal autónoma para regular a los medios, y *d)* reglas para el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación.

El primero de esos objetivos lo explicaba de la siguiente manera:

...nos corresponde conseguir el acceso real y efectivo del pueblo a los sistemas de comunicación social; y no se trata en lo más mínimo de plantear su estatización, ni menos pretender nacionalizar lo que a la nación pertenece; pero, a lo que sí estamos obligados, es a entender que no se puede seguir aceptando, como lo hace el artículo 4o. de la Ley de Radio y Televisión, que esta actividad sea considerada de interés público, cuando es evidente que su definitiva importancia en la vida del país la hacen, por encima de artificios legaloides, materia que debe ser considerada como auténtico “servicio público”.

Más adelante Ortiz Tejeda dijo, concluyente:

Tenemos que legislar sobre los mensajes que diariamente penetran en nuestros hogares. Al plantear el Plan Nacional de Educación, se reconoció que la quinta parte de nuestra población es analfabeta, que el promedio de escolaridad nacional es de cuarto grado, y que de los 32 millones de mexicanos mayores de 15 años, sólo uno de cada cinco terminó la secundaria. Frente a estos datos ciertos y dolorosos, sabemos que todo niño, al llegar a la enseñanza elemental, lo hace con 5 mil horas previas de televisión, que según el “estudio Cremoux”,¹⁴ sobre alumnos de escuela secundaria diurna matutina, éstos dedican 198,333 horas (*sic*) frente a su aparato receptor. Y dado que las series y películas de la televisión doméstica son en su gran mayoría repetición de las

14 Se refiere a la investigación de Cremoux, Raúl, *La televisión y el alumno de secundaria del Distrito Federal*, México, Centro de Estudios Educativos, 1968. La cifra es sumamente exagerada. Quizá se trate de un error de transcripción o, acaso, el diputado Ortiz Tejeda quiso mencionar la cantidad de minutos que un alumno transcurre frente a la televisión en el curso de tres años. Esa cantidad equivaldría a tres horas diarias.

trasmitidas en Estados Unidos, no es aventurado reconocer como muy cercano a nosotros, el estudio del Senado Norteamericano que reconoció el hecho terrible de que un adolescente medio, al llegar a los 14 años, ha presenciado 11 mil asesinatos por televisión.

Las horas diarias que transcurren los niños y jóvenes frente al televisor han aumentado desde entonces y, también, los hechos de violencia que miran antes de ser adultos. En México, en 1997, había quienes estimaban que antes de terminar la primaria un niño promedio había visto 8,000 asesinatos en televisión.¹⁵ En todo caso el razonamiento del diputado Ortiz Tejeda era muy claro: la televisión ejerce efectos tan poderosos sobre la conducta de la gente, comenzando por los menores, que es preciso que la sociedad y el Estado cuenten con recursos legales para regular sus contenidos. No planteaba acciones de censura ideológica o política como él mismo se había encargado de aclarar, sino para moderar los programas que podían afectar a niños y jóvenes.

Ello únicamente sería posible con una autoridad reguladora capaz de administrar las concesiones de televisión y radio. Desde aquella sesión en octubre de 1977, a Ortiz Tejeda le resultaba claro que esa autoridad tenía que estar integrada por distintas voces y representaciones. Es decir, las decisiones sobre la radiodifusión no podían seguir estando solamente en manos del gobierno federal a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Así lo explicó en aquella alocución:

Tenemos que legislar sobre esto para que, respetando en nuestro régimen de economía mixta, de libre empresa, economía de mercado, el negocio que representa el uso de las ondas electromagnéticas a través del espacio propiedad de la nación, seamos nosotros, los mexicanos, quienes decidamos qué debe entrar a nuestros hogares para informarnos, divertirnos, cultivarnos. Que lo decidamos todos, no el gobierno, ni siquiera el Estado, sino todos: partidos políticos, organizaciones obreras y también organismos empresariales y clubes de servicio, y por supuesto, las universidades, las instituciones culturales y los institutos de cultura superior. Legislemos sobre esto con imaginación y patriotismo, concibamos algún organismo de derecho público, una corporación independiente del Estado pero, fincada por encima del negocio lucrativo en los intereses de colectividad.

15 Trejo Delarbre, Raúl, "Violencia en los medios. La televisión, ¿espejo o detonador de la violencia en la sociedad?", en Sánchez Vázquez, Adolfo (coord.), *El mundo de la violencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Exactamente tres décadas después de aquel debate, la regulación de los medios de comunicación en México seguía siendo tan deficiente como cuando el diputado Ortiz Tejeda formulaba esas propuestas. En los siguientes años el organismo que sugería ese legislador fue planteado en numerosas ocasiones, en iniciativas de ley invariablemente condenadas a ser satanizadas por las corporaciones mediáticas y a quedar guardadas, entonces, en los archivos de las comisiones del Congreso que presuntamente se encargan de legislar para la radio y la televisión. Llama la atención que, desde aquel debate sobre el derecho a la información, en la Cámara de Diputados se sugiriera la creación de una entidad autónoma casi veinte años antes de que en 1996 esa fuera la solución para darle confiabilidad e independencia a la organización de las elecciones con el establecimiento del Instituto Federal Electoral.

La quinta de las propuestas de Ortiz Tejeda tenía también un espíritu pionero, al ocuparse de la regulación de las nuevas tecnologías de las comunicaciones. En 1977, Internet no existía ni siquiera de manera embrionaria, y en varias universidades estadounidenses apenas se comenzaba a plantear el enlace entre computadoras a distancia. La digitalización de las telecomunicaciones, que ya a finales del siglo permitiría reconocer como un nuevo contexto a la sociedad de la información, aun era un sueño tecnológico. Pero en México ya experimentábamos, de manera incipiente, las posibilidades de la televisión a distancia que, tanto por cable como por satélite, anunciaba la transmisión de contenidos originados en otros países, especialmente en Estados Unidos.¹⁶

A pesar de la juventud de aquellas tecnologías, Ortiz Tejeda las reconocía como formas de comunicación cuyo desarrollo podía enfrentarse al interés de la sociedad. En los segmentos finales de aquel discurso, dijo:

Tenemos que legislar para que la moderna tecnología de la cablevisión no convierta, al margen de la ley, la razón y el mero instinto de conservación, am-

¹⁶ La televisión por cable había funcionado desde años atrás en algunas zonas del norte de México pero en el Distrito Federal se desarrolló, con lentitud, a partir de 1970. En 1974 había 24 sistemas de cable en todo el país y aparte de reproducir los canales abiertos que ya se difundían en México ofrecían un menú con series estadounidenses y películas. Véase García Calderón, Carola, "El cable de Televisa", en Trejo Delarbre, Raúl (coord.), *Televisa, el quinto poder*, México, Claves Latinoamericanas, 1985, pp. 111 y ss. A fines de la década de los setenta aún no había servicios comerciales de televisión satelital pero ya se libraba una disputa entre la potestad estatal y los intereses privados en ese campo de las telecomunicaciones.

plias zonas de nuestra ciudad en enclaves coloniales, en objetivos de penetración ideológica y cultural. Regiones sometidas a una extraterritorialidad del lenguaje, la cultura y los valores nacionales. Tenemos que legislar para que la comunicación vía satélite no sea violación de nuestra soberanía, radiografía impune de nuestros recursos naturales y materias primas, sino instrumento de la confraternidad universal y comprensión humana. Legislemos, sí, a partir de estos dos renglones que hoy, espero por unanimidad, agregamos a uno de los más bellos artículos de nuestra Carta Fundamental. Legislemos, sí, para el siglo XXI, ojalá que con la misma lucidez y patriotismo que lo hicieron los hombres de la Reforma para nosotros, los mexicanos de este siglo.¹⁷

El discurso de Ortiz Tejeda debe haber durado casi una hora. Cuando todavía no se disipaban los aplausos que rubricaron aquella enjundiosa intervención, pidió la palabra la diputada Marcela Lombardo para retirar la propuesta que había formulado antes. De esa manera, dijo, la modificación al artículo 6o. constitucional podría ser aprobada de manera unánime. Así ocurrió, aunque en el debate ulterior, acerca del resto de los artículos que eran motivo de la reforma constitucional, se le volvió a mencionar. El diputado Miguel Montes García, también del PRI, apuntó: “El derecho a la información significa superar la concepción exclusivamente mercantilista de los medios de comunicación; significa renovar la idea tradicional que entiende el derecho de información como equivalente a la libertad de expresión, es decir, libertad para el que produce y emite...”¹⁸

Más tarde, Gonzalo Altamirano Dimas, del PAN, respondió:

Aceptamos, efectivamente, el derecho a la información, no como una dádiva; aceptamos el derecho a la información como un elemento importante para que los partidos políticos puedan transmitir sus tesis y sus principios a todos los electores y para que éstos sean en última instancia los que determinen qué partidos políticos deben ser los de su preferencia.¹⁹

Había, de esa manera, entre los diputados, tres concepciones acerca del derecho a la información. La primera de ellas lo entendía como recurso para asegurar el derecho de los partidos a tener acceso a los medios

17 La intervención de Ortiz Tejeda la hemos consultado en *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., nota 4, pp. 6-117 a 6-126.

18 *Ibidem*, pp. 6-142.

19 *Ibidem*, pp. 6-144.

de comunicación. De allí la idea de que la garantía para la libertad de expresión, que es de carácter individual, se ampliaba para adquirir connotación social. Para otros legisladores, la idea de que se trataba de un derecho social implicaba que el Estado debía tutelar de alguna manera, aunque no acertaban a decir cómo, el derecho de los ciudadanos a recibir información completa acerca de los asuntos públicos. Y una tercera posición, a partir del reconocimiento al carácter social de ese derecho sostenía que, para que fuera efectivo, era preciso regular la actividad de los medios de comunicación.

VI. EN EL SENADO, ALUSIONES A MERCANTILISMO, MANIPULACIONES, DEMOCRACIA Y LOCUTORES

La discusión de la reforma constitucional llegó al Pleno del Senado de la República el 3 de noviembre de 1977. El dictamen que presentaron las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos indicaba, al referirse a la adición al artículo 6o. de la carta magna:

...si se perfecciona el ejercicio de la democracia con mejores procedimientos e instituciones, resulta necesario fortalecer y hacer más operante el derecho a la libre manifestación de las ideas, considerando al individuo no sólo como emisor, sino como receptor de conceptos y, muy especialmente, al grupo social que es, en el mundo contemporáneo, el objetivo preferente de los medios de difusión.²⁰

Esa embrollada formulación no fue aclarada en el resto del dictamen ni en la glosa de la reforma constitucional que tuvo lugar durante los siguientes días. Las teorías de la comunicación más conocidas solían identificar a los públicos de los medios como *receptores* de mensajes, y subrayaban la condición desigual que experimentaban delante de las empresas e instituciones *emisoras*. Pero al revés de esas interpretaciones, el dictamen senatorial decía que era preciso reconocer al individuo ya no como emisor, sino como receptor de conceptos. Con esas definiciones, el dictamen pretendía enfatizar la novedad y también la singularidad que se incorporaba al ejercicio de la libertad de expresión. A los ciudadanos ya no se les reconocería únicamente el derecho de manifestarse con libertad

²⁰ *Ibidem*, pp. 6-340.

(es decir, de ser *emisores*). En adelante, además, se les tendría como públicos con derecho a disponer de contenidos variados (esto es, a ser también *receptores*). Ésa era, por lo demás, una manera de legitimar el sesgo que se le imponía a la reforma, al considerar que sus beneficiarios eran los partidos políticos (que son o se pretende que sean representantes colectivos del interés sectorial de los ciudadanos) y no, directamente, los individuos. Tampoco se explicaba cuál era el “grupo social” considerado como destinatario preponderante de los medios de comunicación.

Más adelante ese dictamen subrayaba la imbricación del derecho a la información con la democracia:

Entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, es característica de los regímenes dictatoriales. El Estado mexicano, mediante la reforma propuesta, eleva a rango constitucional el derecho a la información, que es una de las bases de sustentación de la democracia como sistema de vida.

En otras palabras, en ese dictamen la clase política mexicana, o al menos un segmento fundamental de ella, reconocía que no habría democracia plena sin derecho a la información; entendía a esa prerrogativa social como un elemento distintivo entre los regímenes autoritarios y aquellos que no lo son, y subrayaba la necesidad de que la garantía de ese derecho residiera en el poder público y de ninguna manera en empresas privadas; “No puede quedar en manos de los particulares, ni de organismos intermedios, sino que le corresponde al Estado garantizarlo”.²¹

Durante la discusión en el Pleno del Senado hubo pocas referencias a la modificación al artículo 6o. Casi todas las intervenciones estuvieron destinadas a otros artículos, especialmente los que permitirían que hubiera más partidos políticos y con mayores prerrogativas. El senador Ignacio Castillo Mena, del PRI, resumió el propósito que su juicio era central en la modificación al artículo 6o. constitucional:

²¹ “Dictamen de las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado de la República a la minuta con proyecto de decreto de la H. Cámara de Diputados...”, *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., nota 4, pp. 6-340 y 6-341.

El derecho a la información ahora lo garantizará el Estado. Es necesario fortalecer la libre manifestación de las ideas, pero es igualmente importante la libre recepción de ellas. El ejercicio de la libertad, como causa y efecto de la democracia, debe presuponer el acceso del pueblo al conocimiento cabal del acontecer político, social, económico o cultural.²²

Según Castillo Mena, el derecho así regulado era la garantía de los ciudadanos para tener información acerca de los asuntos públicos relevantes.

Notoriamente más crítica resultó la postura de Jorge Cruickshank García, que fue el primer senador de un partido distinto del PRI, aunque no necesariamente de oposición porque fue electo como candidato de una alianza del Partido Popular Socialista (del que era dirigente nacional) y el Revolucionario Institucional. En la discusión acerca de las reformas constitucionales, consideró que la adición al artículo 6o. tendría beneficios para la sociedad: “Si el Estado va a garantizar el derecho a la información al pueblo, el pueblo ya no podrá ser manipulado por los intereses minoritarios desde el punto de vista de la conducción de los instrumentos de la información social”. Se trataba, desde la perspectiva de Cruickshank, de una reforma que modificaría el comportamiento de los medios de comunicación.

¿Qué es lo que pasa ahora? ¿En manos de quién está la televisión? ¿La prensa misma? —se preguntaba el senador del PPS—. En manos de la minoría, de una verdadera minoría, es decir, son instrumentos de desinformación, de desorientación; y resulta que la orientación de nuestro pueblo está en manos de los locutores, y a veces algunos de ellos tienen la verdad absoluta y lo que dicen es lo que hay que seguir de pauta para la acción social y política de nuestro pueblo. ¿No es grave eso que gentes sin responsabilidad, sin pertenecer a ningún grupo social, digamos definido, a un partido que tiene una responsabilidad, pueda expresar sus juicios sin ninguna cortapisa y además decir la última palabra desde el punto de vista de los problemas nacionales e internacionales? Eso es grave.²³

Lo era, en efecto, pero no tanto la situación que describía ese legislador por Oaxaca como su discutible idea de la libertad de expresión. Cruickshank partía de un diagnóstico acertado, cuando advertía que los

²² Discusión en el Senado, en *Derechos del pueblo mexicano, cit.*, nota 4, p. 6-355.

²³ *Ibidem*, pp. 6-366 y 6-367.

medios de comunicación dependían de unas cuantas manos. También atinaba, aunque con exageración, al deplorar el excesivo peso de “los locutores” en la formación de los mexicanos. Pero cuando consideraba que en los medios únicamente debieran tener voz aquellos que representaban a un grupo social o a un partido político, el senador del PPS manifestaba una concepción corporativa y excluyente. Para él, la consecuencia fundamental de la reforma constitucional para el derecho a la información no era la apertura de los medios ni la diversificación de opciones en el campo comunicacional, sino solamente la posibilidad de que los partidos obtuvieran espacios gratuitos.

“Tenemos más derecho los dirigentes políticos —decía, más adelante— porque expresamos los juicios de nuestros partidos, las ideas, los principios, el examen de lo que se realice... está avalado por lo que pensamos y por lo que tenemos detrás, respecto a responsabilidad y apoyo”. Treinta años después aquel contraste que Cruickshank hacía entre el privilegio de los locutores que acaparaban el acceso a los medios y la representatividad de los legisladores, a pesar de la cual eran marginados en la televisión, recuerda el diferendo que en 2007 protagonizaron los concesionarios de los grupos de radiodifusión con el Senado cuando fueron aprobadas las reformas constitucionales que, entre otras consecuencias, implicarían la cancelación de la propaganda política pagada en los medios electrónicos. Tanto en 1977 como en 2007 algunos senadores insistieron en que ellos, habiendo sido electos por el voto popular, tenían una representatividad que las televisoras no podían acreditar de la misma forma. Los involuntarios ecos que tres décadas más tarde alcanzó aquella queja del senador del PPS indican que entre las muchas tensiones que experimentan los líderes políticos y los propietarios de los medios se encuentra una no siempre explícita, pero latente disputa por la representación de la sociedad. Los medios alcanzan tanta audiencia que sus propietarios, a menudo, creen que tienen el respaldo de quienes miran o escuchan sus estaciones. Pero el *rating* no es, necesariamente, síntoma de adhesión a un medio, y mucho menos a quienes lo manejan. En cambio, el voto en las elecciones sí manifiesta el apoyo del ciudadano a una u otra opción política.

Otro senador, el priísta Blas Chumacero, también consideró que derecho a la información era acceso de los partidos a los medios y, de esta manera, posibilidad para irradiar su influencia social: “la información contribuirá a que la ciudadanía la reciba directa y se entere de los princi-

pios y programas de cada uno de los partidos contendientes”.²⁴ Más tarde, ya en la discusión artículo por artículo el senador Rafael Camacho Guzmán, quien además era dirigente de uno de los sindicatos nacionales de los trabajadores de la radiodifusión, le respondió a Cruickshank acerca de los locutores: “Pertencen a un cuerpo definido, el movimiento obrero; militan activamente en el partido político, el Partido Revolucionario Institucional”. A ese legislador priísta no le inquietaba la propuesta del diputado popular socialista para que todos los locutores tuvieran que estar afiliados a un partido. Lo que Camacho insistía en señalar era que quienes trabajaban al frente de un micrófono en la radiodifusión mexicana ya eran miembros de un partido y solamente de uno, el que él representaba.

Respecto del derecho a la información, el líder sindical coincidía con otros senadores: “significa superar la concepción exclusivamente mercantilista de los medios de comunicación, significa renovar la idea tradicional, que entiende el derecho a la información como equivalente de la libertad de expresión”.²⁵ En su turno, el senador Mario Carballo Pazos, también del PRI, ponderó la reforma, porque “un ciudadano bien informado será indudablemente un mejor ciudadano por su calidad participativa”.²⁶ Después de ser aprobada en los congresos estatales la reforma a 17 artículos constitucionales, entre ellos el 6o., fue promulgada el 6 de diciembre de 1977 en el *Diario Oficial de la Federación*.

VII. UN DERECHO SIN REGLAMENTAR Y LA INTERESADA “CUADRATURA DEL CÍRCULO”

La consagración constitucional del derecho a la información fue vista por un pequeño segmento de la clase política mexicana como la oportunidad para actualizar la legislación que ya regulaba a los medios, especialmente la Ley Federal de Radio y Televisión de 1960. En ese ordenamiento se establecía la entrega discrecional de concesiones por parte del gobierno, una enumeración limitada de responsabilidades en materia de contenidos y disposiciones en temas como la difusión de publicidad y la organización de los medios no comerciales que, al carecer de precisiones

²⁴ *Ibidem*, pp. 6-375.

²⁵ *Ibidem*, pp. 6-389 a 6-391.

²⁶ *Ibidem*, pp. 6-395.

en esa misma Ley o en su reglamento, por lo general quedaban incumplidas. Para la mayor parte de los beneficiarios de las concesiones de televisión y radio, en cambio, la modificación al artículo 6o. constitucional era un añadido simbólico que no debía tener consecuencias en la legislación secundaria.

Ambas posiciones se confrontaron durante más de tres décadas. No haremos aquí la enumeración de los sucesivos y por lo general infructuosos esfuerzos de algunos legisladores junto con periodistas y académicos, que durante ese lapso pugnaron para que las reglas de la radio y la televisión fueran actualizadas. En tanto las normas para la competencia entre los partidos habían sido renovadas en 1977 y experimentarían nuevos cambios en distintas oleadas de reforma electoral, las reglas para el funcionamiento de los medios de comunicación, que irradian mensajes hacia la mayor parte de los mexicanos, siguieron intocadas.

En 1980 se realizó la primera de varias consultas acerca de la legislación para los medios. Al rechazo de las empresas de comunicación que no querían que fuera modificada la legislación que les permitía usufructuar con escasa supervisión y pocas responsabilidades las concesiones que ya tenían, por lo general se añadía la complacencia del poder político. En mayo de 1981, el entonces presidente de la Cámara de Diputados y antiguo locutor de la radio y la televisión comerciales, Luis M. Farías, canceló las expectativas acerca de una reforma legal para los medios cuando anunció: “El cuerpo legislativo de la Cámara de Diputados no ha encontrado la fórmula para reglamentar el derecho a la información. Por decirlo así, no le encontramos la cuadratura al círculo. Hasta la fecha he rechazado varios proyectos porque representaban un atentado directo a la libertad de expresión”.

En las propuestas de reforma que circulaban en aquellos años se insistía en establecer nuevos parámetros para la asignación de concesiones, crear una autoridad independiente del gobierno para esa y otras tareas regulatorias, propiciar contenidos de calidad y regular la transmisión de los programas no aptos para menores, ampliar los recursos y la cobertura de las televisoras y radiodifusoras culturales. Propuestas de ese corte alimentaron iniciativas y deliberaciones durante más de un cuarto de siglo. En prácticamente todos esos documentos y discusiones al derecho a la información se le entendía únicamente en sus implicaciones relacionadas con los medios de comunicación y, desde luego, con la libertad de expresión de los ciudadanos. La idea del derecho de acceso a la información

pública no solía figurar entre esas inquietudes aunque de cuando en cuando había sido mencionada, con otras denominaciones.

En 1981, un grupo de investigadores elaboraron a iniciativa de la Presidencia de la República un complejo y extenso anteproyecto de Ley General de Comunicación Social. Allí se incluía un capítulo sobre “información gubernamental”, en donde se consideraba que “la acción de gobierno, en todas las instancias de los poderes federal, estatales y municipales, tiene carácter público y es de interés social”. Y se proponía establecer: “El Estado garantizará a todos los miembros de la comunidad el libre y oportuno acceso al conocimiento de tal acción y, en general, a la información que la misma genere”. Cada dependencia del Estado debería “establecer e implantar mecanismos de organización interna que les permitan atender oportunamente y en forma directa, las demandas de la ciudadanía en materia de información sobre hechos o situaciones que correspondan a la competencia de la dependencia que integran”. Aquella propuesta se refería al “derecho de acceso a la información oficial” y contemplaba salvedades, como la información de carácter personal y la que fuera calificada como reservada por la autoridad competente.²⁷ Aunque el capítulo acerca de ese tema ocupaba solamente 5 de las 221 que tenía la propuesta de articulado de ese anteproyecto, llaman la atención sus similitudes con algunos de los principales postulados de la legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública que sería promulgada 21 años después.

Otro antecedente por lo general soslayado en este tema es la iniciativa de reformas al artículo 6o. constitucional que presentó en octubre de 1983 el grupo parlamentario del Partido Demócrata Mexicano en la Cámara de Diputados. Allí se proponía la siguiente redacción para dicho artículo: “El derecho a la información será garantizado por el Estado, por lo cual las distintas autoridades estarán obligadas a dar a conocer los datos de sus actividades y recursos; en los términos que establezcan las leyes respectivas”.²⁸ También se proponía una adición al artículo 8o. constitucional, acerca de las obligaciones de los funcionarios públicos ante las solicitudes de datos e informes que les presentaron los ciudadanos.

²⁷ “Anteproyecto de Ley General de Comunicación Social. Tomo XX. La propuesta legal”, mimeo, 1981, pp. 4377 a 4382.

²⁸ “Iniciativas de reformas que no prosperaron”, *Derechos del pueblo mexicano*, cit., nota 4, pp. 6-468.

El anteproyecto de Ley General de Comunicación Social, para cuya preparación se había creado un amplio equipo de trabajo convocado por la Dirección de Comunicación Social de la Presidencia de la República, fue descartado en septiembre de 1981 cuando se hizo pública la existencia de ese documento sin que hubiera sido aprobado por el presidente López Portillo. La iniciativa de los legisladores del PDM en 1983 quedó congelada, hasta donde sabemos sin dictaminar siquiera, en la Cámara de Diputados.

Salvo excepciones como éstas, cuando en la discusión legislativa, académica o periodística se hablaba del derecho a la información, no se tomaba en cuenta lo que más tarde sería denominado como derecho al acceso a la información pública. No fue sino hasta 2002 cuando, como es sabido, ambas cámaras del Congreso aprobaron la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, después de un publicitado proceso de acercamientos entre varias iniciativas sobre ese tema.

VIII. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN NO SE AGOTA EN EL DERECHO DE ACCESO

La necesidad de ampliar la cobertura y precisar los principios de la Ley de Transparencia condujeron al empeño para garantizar constitucionalmente el derecho de acceso a la información. A fines de 2006 la Cámara de Diputados aprobó una moción de todos los partidos representados en ella para respaldar el proceso de incorporación de ese derecho al artículo 6o. de la Constitución. En aquella declaración se decía, entre otras consideraciones:

Que el derecho a la información, en tanto garantía fundamental de toda persona, implica el derecho al acceso a los archivos, registros y documentos públicos; el derecho a escoger de entre las fuentes que generan dicha información, las libertades de expresión y de imprenta; el derecho de asociación con fines informativos, así como el derecho a recibir información objetiva, completa y oportuna, es decir, el derecho a atraerse información, el derecho a informar y el derecho a ser informado.²⁹

²⁹ “Acuerdo de la Junta de Coordinación Política, por el que el pleno de la cámara de diputados, expresa su voluntad por fortalecer el derecho fundamental de acceso a la información y la transparencia”, mimeo, 16 de noviembre de 2006.

Pertinente por la cobertura que le proporcionaba al reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública, esa interpretación del derecho a la información (sin mayores sustantivos ni adjetivos) seguía padeciendo la pobreza que durante tres décadas se le impuso a ese concepto. Cuando en 1977 fue incorporado a la Constitución, el derecho a la información careció de tantas precisiones que cada quien lo entendió como quiso y pudo. Al cabo de los años parecía generalizarse la idea de que, siendo derecho de la sociedad, tendría que traducirse en diversas regulaciones para los medios de comunicación de masas y en garantías para que los ciudadanos reciban contenidos definidos por la pluralidad y la calidad. Más recientemente, los argumentos para justificar la constitucionalización del acceso a la información pública, que es una de las vertientes de ese derecho a la información, vuelven a tener insuficiencias. El problema central no se encuentra en lo que diga o deje de decir el texto del artículo 6o. constitucional, sino en las ausencias y omisiones de las leyes presuntamente reglamentarias de ese derecho.

Quizá varias de tales deficiencias sean resueltas en el proceso que se inició en 2006 con la aprobación de una reforma que acentuaba los privilegios de las corporaciones mediáticas, continuó con la descalificación de tales modificaciones por parte de la Suprema Corte y desembocó en una nueva reforma constitucional que reduce el poder político de las empresas de comunicación y podría propiciar la creación de una nueva legislación en esa materia. En mayo de 2006 fueron promulgadas varias reformas a la Ley Federal de Radio y Televisión —las primeras que se hacían a ese ordenamiento desde su creación en 1960— que ampliaban los beneficios de las empresas radiodifusoras que ya disfrutaban de concesiones. Aquellas reformas a esa ley federal y a la de Telecomunicaciones eran tan parciales a favor de las empresas ya existentes, que se les conoció como “Ley Televisa”, y la mayor parte de ellas fueron consideradas inconstitucionales, un año después, por la Suprema Corte de Justicia.

El rechazo de los ministros de la Corte a la Ley Televisa contribuyó de manera importante a vivificar el contexto crítico que ya existía en México respecto de los consorcios comunicacionales. Las exigencias para que las leyes destinadas a los medios —especialmente la de Radio y Televisión— fueran reformadas, pero no con el propósito de incrementar los privilegios de las empresas dominantes en ese campo sino para propiciar más diversidad y calidad, ahora fueron compartidas por legisladores

de los partidos políticos nacionales. En septiembre de 2007, senadores de los partidos Acción Nacional, el Revolucionario Institucional y de la Revolución Democrática impulsaron una nueva reforma constitucional en materia electoral que, entre otras medidas, cancelaba la contratación de propaganda política en la radio y la televisión. Los anuncios de campaña de los partidos se difundirían, de acuerdo con esa reforma, en los tiempos de los cuales dispone el Estado en esos medios. Junto con una importante colección de cambios, que serían promulgados ya en las últimas semanas de 2007, esa reforma incluyó una nueva adición al artículo 60. constitucional, ahora para garantizar el derecho de réplica. A ese artículo, para entonces, se le habrían realizado tres modificaciones: la que en diciembre de 1977 estableció el derecho a la información, la que en julio de 2007 incorporó el derecho de acceso a la información y la que a fines de ese mismo año agregó el derecho de réplica.³⁰

30 El artículo 60. constitucional quedó de esta manera:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

Las dos adiciones efectuadas en 2007 señalan con toda claridad que la consumación de tales garantías requiere de la existencia de legislaciones específicas en cada una de esas materias. El derecho de réplica, se dice, “será ejercido en los términos dispuestos por la ley”. El de acceso a la información implica que la información reservada lo será “en los términos que fijen las leyes”; la información relativa a la vida privada y los datos personales también está sujeta a “las excepciones que fijen las leyes”; la información acerca de los recursos públicos entregados a personas físicas o morales depende de los procedimientos que “las leyes determinarán”; la inobservancia a esas normas “será sancionada en los términos que dispongan las leyes”. Línea tras línea, las adiciones recientes al artículo 6o. constitucional hacen depender las garantías así consagradas de la existencia de leyes subordinadas a ese artículo.

En cambio, además de la precariedad en su definición, la garantía estatal para el derecho a la información, creada en la reforma constitucional de 1977, carece de exigencias para una legislación específica. Esa ausencia no sería relevante si la legislación destinada a los medios hubiera sido actualizada. Pero junto con la pobreza de la formulación constitucional en esa materia, el país y la sociedad han padecido la inexistencia de una legislación para medios de comunicación que se encuentre a la altura del desarrollo político y cívico de México. Con ello queremos decir que la legislación necesaria, independientemente de que exista referencia a ella en el multimencionado artículo constitucional, tendría que atender asuntos tan variados como las reglas para que el régimen de concesiones deje de ser manejado discrecionalmente, el impulso a contenidos distintos de los que han sido habituales en los medios electrónicos, la creación de un cuerpo regulador autónomo respecto del gobierno, pero también de las empresas en ese ramo, el aprovechamiento de la convergencia tecnológica para propiciar diversidad de contenidos y participación de las audiencias, y no solamente multiplicar las ganancias de las empresas comunicacionales, el establecimiento de límites a la propiedad monopólica de medios de información, etcétera.

En julio de 2007, a consecuencia de la resolución de la Suprema Corte de Justicia acerca de la “Ley Televisa”, el Senado creó un grupo de trabajo, con legisladores de todos los partidos representados en esa Cámara, para revisar la legislación en materia de radiodifusión y telecomunicaciones. Los asuntos a considerar en una legislación congruente con el desarrollo tecnológico, pero también con la diversidad política y la madurez

social que hay en México, son tan abundantes que en la agenda que dieron a conocer a fines de septiembre de ese año los senadores identifican al menos cuarenta asuntos, organizados en siete grandes capítulos, que debieran ser considerados para tal reforma.³¹

Una primera colección de temas se refiere a la jurisdicción y la competencia del organismo que regularía a los medios y las telecomunicaciones. Deslinde respecto de las atribuciones que tiene en ese campo la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, formas de integración de tal organismo, requisitos para los ciudadanos que formarían parte de él, atribuciones que alcanzaría y compromisos para que rinda cuentas de su desempeño, forman parte de ese rubro.

En segundo lugar estarían las modalidades del régimen de autorizaciones, tanto para los servicios de telecomunicaciones como para la radiodifusión y la administración del espectro radioeléctrico. Aquí se mencionan formas de descentralización y competencia, homogeneización de criterios para autorizar concesiones, modalidades de la inversión extranjera, criterios y mecanismos para el otorgamiento, la duración y la renovación de concesiones, así como para su posible revocación, y protección de los derechos de los consumidores.

Modernización y convergencia tecnológica, el capítulo tercero involucra criterios para autorizar y administrar servicios adicionales de telecomunicaciones, certificación de equipos, estándares tecnológicos para la radio, rectoría del Estado sobre el espacio radioeléctrico, diques a la concentración monopólica y formas de interconexión entre diferentes sistemas, entre otros puntos.

Un cuarto apartado se ocuparía de las condiciones para que pueblos y comunidades indígenas tengan medios de comunicación.

El quinto se refiere al régimen de los medios públicos y comunitarios.

En sexto término está el asunto de los contenidos, que incluye criterios para calificar la programación, horarios de clasificación, porcentajes de programación nacional, transmisión de los programas de televisión abierta en sistemas de televisión codificada, normas para la publicidad, uso de los tiempos de Estado y regulación del derecho de réplica.

³¹ *Agenda temática de trabajo del grupo plural para la revisión de la legislación en materia de telecomunicaciones y radiodifusión*, Documento del 26 de septiembre de 2007.

El séptimo rubro se refiere a las nuevas sanciones para empresas de radiodifusión y/o telecomunicaciones y a la creación de mecanismos para resolver controversias.

Es posible que, más de tres décadas después, los legisladores respondan al requerimiento que en 1977 hacía el diputado Carlos Ortiz Tejeda cuando instaba: “Legislemos, sí, para el siglo XXI, ojalá que con la misma lucidez y patriotismo que lo hicieron los hombres de la Reforma para nosotros, los mexicanos de este siglo”. Es posible.

EN VÍSPERAS DE LA REVOLUCIÓN INFORMATIVA

Mauricio MERINO*

I

La adición de un segundo párrafo al artículo 6o. constitucional marca un momento definitivo en la historia de la administración pública mexicana. Promulgada el 20 de julio de 2007, el propósito de la edición fue establecer los principios y las bases mínimas a partir de las cuales se daría cumplimiento al derecho de acceso a la información pública en todo el país. Esto significa que a más tardar el 20 de julio de 2008 (cuando haya concluido el plazo para expedir o reformar las leyes que se desprenden del mandato constitucional) todas las personas podrán acceder a la información pública que se genere por cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, en igualdad de condiciones. Pero también significa que las autoridades públicas enunciadas en ese párrafo tendrán que poner al día sus procedimientos administrativos y su organización interna, para responder con éxito al derecho fundamental de la información.

El debate que llevó a reformar la Constitución se originó en un diagnóstico muy extendido sobre la desigualdad de normas y procedimientos que habían generado las entidades federativas y los órganos autónomos, antes y después de la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en 2002. Tres años más tarde, y a pesar del impulso decisivo que imprimió esa Ley a la idea y la práctica de la transparencia en todo México, lo cierto es que el acceso a la información seguía siendo incipiente, incompleto y fragmentado.¹ Si bien para

* Profesor-investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

¹ Estos calificativos tienen un sustento. Su desarrollo puede verse en Merino, Mauricio, "El desafío de la transparencia. Una revisión de las normas de acceso a la información pública en las entidades federativas de México", *Democracia y transparencia*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, colección Sinergia, núm. 5, 2005.

2005 solamente había cuatro entidades que no habían aprobado ninguna ley similar o equivalente a la federal, el conjunto de ordenamientos promulgados hasta entonces reflejaba una gran disparidad de criterios sobre el alcance de la transparencia y sobre el modo de garantizarla.²

La consecuencia más importante de esa disparidad fue que el derecho fundamental de acceso a la información pública, como ya lo había calificado la Suprema Corte de Justicia de la Nación,³ no contaba con garantías de igualdad en todo el territorio nacional, ni procedimientos equivalentes para todos los entes públicos. Era un derecho parcialmente clausurado por la falta de legislaciones secundarias en varias entidades del país, y fracturado en su cumplimiento positivo por las diferencias de todo tipo entre las leyes y los reglamentos destinados a regularlo.⁴ De ahí la creciente importancia que fue cobrando la propuesta de establecer bases y principios mínimos en la Constitución, destinados a ofrecer garantías equivalentes de acceso a la información pública de México, poniendo a las personas por delante.

En ese sentido, el cambio producido en julio de 2007 es radical, por tres razones: en primer lugar, porque está basado en el cumplimiento normativo de un principio aceptado y válido para toda la República, que, sin embargo, no podía verificarse por la ausencia de una norma constitucional explícita y por las restricciones establecidas en la legislación secundaria. En el sentido planteado por Ronald Dworkin,⁵ al colocar a las personas en el primer plano como titulares indiscutibles de ese derecho (como se establece en la fracción III del párrafo añadido a la Constitución), y exigir de las autoridades una actuación consecuente con el principio invocado, se dio un giro radical a la visión previa, según la cual eran las posibilidades materiales y procedimentales de los entes públicos las que limitaban la puesta en práctica de ese derecho.

2 Cfr. López-Ayllón, Sergio y Marván, María (coords.), *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007. También vale la pena revisar las discusiones que propició el IFAI desde 2005, y cuyas relatorías y contenidos están publicados en la página web de esa institución: www.ifai.org.mx.

3 Véase, al respecto, el recuento de Sergio López-Ayllón en *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

4 Sobre estas diferencias y la necesidad de igualar el cumplimiento del derecho en toda la república, recomiendo López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

5 Me refiero a Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

En segundo lugar, porque el nuevo texto constitucional fija el criterio de *máxima publicidad* como principio de interpretación para todas las autoridades, administrativas o jurisdiccionales y aun legislativas, responsables de garantizar el derecho de acceso a la información pública. Es decir, no sólo se establece la titularidad de ese derecho de manera explícita y se cancela cualquier otra restricción que pretenda oponerse a su cumplimiento, sino que además se ordena que su interpretación sea garantista, en el sentido que Luigi Ferrajoli ha impreso a ese concepto.⁶ En otras palabras: la frase final de la fracción I del nuevo párrafo constitucional (que a la letra dice: “En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad”) no sólo modifica la técnica constitucional que hasta ahora se había seguido en México, que utilizaba la exposición de motivos para advertir y precisar el sentido de las reformas establecidas a la letra en el texto constitucional, sino que sienta un precedente que seguramente generará nuevos debates, al ordenar de modo explícito la forma en que las autoridades deben interpretar una norma constitucional, dentro del propio texto de la carta magna.

Ese cambio significa, entre otras cosas, que el derecho de acceso a la información pública no sólo se otorga de manera exacta en la Constitución, sino que además se crea otro, complementario, pero de igual fuerza jurídica, que consiste en afirmar el principio de máxima publicidad y ordenar que no haya ninguna posibilidad contraria o diferente de interpretación. No sobra señalar que ninguna otra norma constitucional vigente tiene un dispositivo semejante. En todas las demás, incluyendo las que garantizan el resto de los derechos fundamentales del país, los principios de interpretación se otorgan a los tribunales según la materia a la que aluden, a los precedentes de cada caso en particular y/o a la lectura sistemática o funcional de la carta constitucional. En cambio, el derecho de acceso a la información pública es el primero en el que, de manera taxativa, se instruye sobre el principio que deberá seguir cualquier interpretación sobre su contenido.⁷

⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

⁷ Podría decirse que los principios constitucionales de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad que rigen la materia electoral antecedieron al principio de máxima publicidad, en la interpretación de la norma constitucional. Pero no es así: aquéllos están explícitamente ordenados para regular la actuación de las autoridades del Estado, mientras que el de máxima publicidad está dirigido a proteger y garantizar un de-

La tercera razón es, sin embargo, la que me interesa desarrollar de manera más amplia en este ensayo: me refiero al cambio organizacional que el nuevo párrafo de la Constitución reclamará de todas las autoridades públicas del país. El cumplimiento de las cinco fracciones que todavía no he mencionado significará, en términos prácticos, una verdadera revolución de la forma en que las administraciones públicas de los tres niveles de gobierno habrán de producir, registrar, distribuir, archivar y publicar información. No es poca cosa: por primera vez en toda la historia mexicana los procedimientos y las actividades rutinarias, así como los procesos decisivos y las decisiones tomadas por los entes públicos, deberán quedar documentados de manera fiel a la forma en que se realizaron y deberán ponerse a la disposición del público. Será una revolución (no marxista sino kantiana), porque obligará a todas las oficinas que emplean recursos públicos (o que actúan a nombre del público, por mandato de ley) a precisar sus procedimientos internos, a establecer el modo en que éstos quedarán documentados, a salvaguardar la información que se produzca, utilice o distribuya, a ponerla a disposición del público (con solicitudes activas o sin ellas) y a fijar procedimientos de sanción (como ya queda dicho: sobre la base del principio de máxima publicidad) para los funcionarios o las personas que nieguen, oculten o modifiquen la información generada por el cumplimiento de sus atribuciones. Sería un error suponer que los cambios administrativos derivados por el nuevo párrafo constitucional se reducen a constituir autoridades y procedimientos similares a los que sigue el IFAI o a establecer medios para responder solicitudes de acceso a la información. Ésa es, en todo caso, la punta del *iceberg* organizacional. La revolución a la que me refiero está bajo esa punta.

II

No obstante, si fuera necesario establecer una secuencia para cumplir las normas recién promulgadas, mi recomendación sería iniciar por los ajustes indispensables a las leyes y a los reglamentos administrativos, de conformidad con la letra de la Constitución, a fin de crear un contexto de exigencia en el menor plazo posible. Como toda política pública, la de transpa-

recho fundamental de las personas. Al cambiar el sujeto, cambia el contenido. De ahí la importancia de esa nueva línea constitucional.

rencia y acceso a la información reclamará un periodo de diseño y un proceso más o menos largo de ajuste durante la implementación. De hecho, buena parte de la literatura sobre políticas públicas sostiene que su hechura exitosa descansa más en una dinámica de adaptación que de adopción a partir de un diseño formal.⁸ De modo que, al principio, importa más responder a las órdenes giradas puntualmente en la Constitución, que intentar una mudanza organizacional completa antes de agotar los plazos de uno a dos años establecidos en los artículos transitorios de la reforma. En otras palabras: habrá que iniciar esta revolución kantiana construyendo las normas y los sistemas electrónicos explícitamente señalados en el nuevo texto constitucional, pero a sabiendas de que tan pronto como se cumpla ese objetivo vendrá otro, más difícil y de mayor calado, que consistirá en modificar los procedimientos (e incluso la cultura organizacional) que llevan a la producción y manejo de la información.

Como sea, esa primera tarea ya supone un desafío enorme. De entrada, la Constitución ordena promulgar leyes que protejan la vida privada y los datos personales, pero sin utilizar esa legislación como pretexto para ocultar información que ha de ser pública. Como dije antes, las claves para abordar esa primera obligación residen en el principio de máxima publicidad y en el otorgamiento inequívoco de la titularidad del derecho a las personas. En consecuencia, no deben ser las dependencias públicas las que determinen el uso que habrá de darse a los datos que los individuos entreguen por cualquier razón a los gobiernos, a los poderes o a los órganos de Estado, sino las personas mismas y, acaso, las restricciones que aparezcan en el propio texto constitucional. Las leyes de protección de datos personales no deben ir en contra del principio de máxima publicidad ni violentar tampoco la voluntad de las personas para permitir o no el acceso a los datos que son de su propiedad. En este sentido, es necesario advertir que no se trata de principios contrapuestos, sino complementarios: la información que produce el Estado ha de ser pública, con las únicas excepciones que la Constitución establece. Pero la información que generan las personas respecto a su vida privada y que entregan al Estado para su administración, pertenece a ellas mismas.

La frontera que señala el límite está en la producción de la información: si los datos se originan en las oficinas públicas, ha de imperar la

⁸ Sobre ese proceso, basada en el cambio de rutinas y en aras de abreviar, me atrevo a remitir a Merino, Mauricio, *La importancia de las rutinas*, México, CIDE, DT/DAP núm. 160, 2004.

máxima publicidad; pero si proceden de los particulares y atañen a su vida privada, deben ser protegidos conforme a su voluntad. Y nadie debería llamarse a engaño: el dinero público y su asignación, por ejemplo, procede del Estado, aunque llegue finalmente a los particulares, y, en ese sentido, debería sujetarse sin reservas al principio de máxima publicidad (tal como lo señala la fracción VI del nuevo párrafo constitucional). Pero la información que yo entrego, por ejemplo, sobre mis enfermedades, se origina en mi voluntad y atañe exclusivamente a mi vida privada. La entrego al Estado para que me brinde un servicio, del mismo modo en que podría prestarle algún objeto sin cederle la propiedad. En ese punto, ha de ser mi voluntad y ninguna otra la que determine su uso público. Las leyes que se deriven de la fracción II del párrafo constitucional que aquí nos interesa tendrán que hacer compatible y clara esa diferencia sobre el origen de la información administrada por el Estado. Pero como puede apreciarse, su promulgación no será sino la punta del *iceberg* organizacional al que me referí antes, pues la clasificación, la organización y la protección de esos datos implicará la mayor responsabilidad pública.

Por otra parte, la Constitución ordena, en la fracción IV del nuevo texto, establecer “mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos (añade la carta magna) se sustanciarán ante órganos y organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”. Es decir, ordena construir las bases normativas y procedimentales para sustentar el acceso a la información pública y crear órganos responsables de garantizar su cumplimiento. El propósito de esta norma es (¿hace falta repetirlo?) igualar las condiciones mínimas a través de las cuales se garantizará el derecho en toda la República. Pero no limitarlo: fijar mínimos no equivale a señalar máximos.

De modo que todavía instalados en la punta del *iceberg*, lo que habrá de suceder antes del mes de julio de 2008 conforme a ese ordenamiento, será la reforma de los institutos locales de transparencia y acceso a la información pública, así como de las leyes que hasta ahora se han emitido en esa materia en busca de la mayor homogeneidad posible. En este sentido, encuentro tres conceptos principales que no habría que perder de vista: en primer lugar, la existencia de *procedimientos de revisión expeditos*, que en la práctica exigirán la dotación de medios jurídicos a esos institutos para modificar las decisiones de las autoridades administrativas que eventualmente se opongan al principio de máxima publicidad, y de

tal manera que no exijan más tiempo que el estrictamente indispensable para resolver. En segundo sitio, la *especialidad e imparcialidad* de esos órganos, que exigirán profesionales de tiempo completo y sujetos a las normas de responsabilidad y vigilancia pública indispensables para que sus actuaciones no se vean comprometidas por razones políticas o jerárquicas, respecto las autoridades a las que regularán. Y finalmente, la *autonomía operativa, de gestión y de decisión* que, en la práctica, representa la creación de una nueva órbita de atención especial por parte del Estado, en todas las entidades del país.

Me detengo en este tercer punto, no sólo por su importancia propia, sino porque esa instrucción modifica la lógica que se había seguido en el diseño original del IFAI, en 2002. En aquel momento se pensó que la garantía de acceso a la información pública no requería de la creación de un órgano autónomo similar al Banco de México, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o al Instituto Federal Electoral, porque la materia podía (y aun debía) ser garantizada por el gobierno. A diferencia de la protección de los derechos humanos, la política monetaria y la materia electoral, la de acceso a la información pública quedaría inscrita en la esfera de la Secretaría de la Función Pública, si bien el propio IFAI contaría con autonomía de gestión y de decisión. Con la reforma constitucional que nos ocupa, en cambio, se ha dado un paso definitivo hacia delante: este órgano y sus similares de las entidades, por mandato constitucional, de hecho se convertirán en instancias autónomas del Estado y decisivas en el cumplimiento de los nuevos mandatos constitucionales, incluso a despecho de que conserven sus adscripciones administrativas originales. En consecuencia, a la división tradicional de los poderes y la dinámica del federalismo mexicano habrá que añadir una cuarta esfera especializada de autonomía constitucional. Desde mi punto de vista, las reformas a las Constituciones locales y a las leyes que se generen como secuela de este nuevo ámbito no deberían perder de vista, a riesgo de contradecir el texto de la carta magna, este mandato fundador del constituyente.

Por otra parte, sin embargo, esa fracción IV plantea un dilema con la autonomía propia de los gobiernos municipales: al otorgar la garantía del derecho a un órgano especializado e imparcial propio de cada entidad federativa, debe asumirse que éste ha de tener plena jurisdicción sobre el conjunto de entes públicos que actúen dentro de cada estado. De ahí la importancia de la autonomía concedida a esos órganos superiores en ma-

teria de acceso a la información. Pero al mismo tiempo, ese mandato supone una restricción a la autonomía de los municipios, pues ésta no podrá invocarse para contradecir al principio de máxima publicidad ni la titularidad del derecho otorgado a las personas, ni tampoco para desacatar las decisiones tomadas por los órganos de transparencia de cada entidad. Por el contrario, el cuerpo normativo que se emita durante el plazo otorgado por la reforma constitucional deberá fijar, de manera explícita, el modo en que los gobiernos de los municipios deberán responder a los principios y las bases establecidas en la Constitución general. No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, los municipios tendrán a salvo el ejercicio de su autonomía *reglamentaria* para precisar y aun ensanchar las garantías que se ofrezcan en el cumplimiento de ese derecho. Dicho de otro modo: los municipios en ningún caso podrán obrar en contra del mandato constitucional, pero sí podrán actuar a su favor. Será muy interesante, en el marco de la revolución planteada, observar los medios y los procedimientos que esos gobiernos locales decidan ofrecer para que la información que producen sea cada vez más pública, más oportuna y más veraz.

Este punto, por sí mismo, significará un cambio radical, por ejemplo, en la forma en que se utiliza, se documenta y se da cuenta de los recursos públicos que los gobiernos de los municipios reciben como transferencias de la Federación o de los estados. Y obligará, por lo tanto, a precisar con toda exactitud los procesos decisorios que se siguen en los ayuntamientos para asignar el gasto, así como sus indicadores de gestión y los resultados que obtienen durante su ejercicio. No es necesario decir más, creo yo, para advertir que nunca antes se había tenido una obligación equivalente en la historia de la administración pública de México. Ni tampoco que el trabajo organizacional que ese mandato implica será formidable.

Para tratar de dimensionar el tamaño de esa tarea, basta con decir que el país tiene 2,439 municipios, con una enorme diversidad de condiciones económicas, sociales, políticas y administrativas. Y hasta el momento en que la reforma constitucional fue promulgada, de acuerdo con los datos proveídos por el IFAI, solamente 75 de ellos, en trece entidades, contaba con alguna reglamentación destinada a incrementar la transparencia y favorecer el acceso a la información (véase cuadro 1). Además, como se muestra en el cuadro 2, esas reglamentaciones eran todavía muy básicas: las primeras reglas apenas de un esfuerzo que, a partir de julio

de 2008, tendrá que multiplicarse de manera dramática para estar a la altura de los desafíos planteados por la Constitución.

Por otra parte, la reforma constitucional exige que a más tardar en julio de 2009 (dos años después de la entrada en vigor del decreto del constituyente) todos los entes obligados de la Federación, los estados y el Distrito Federal, así como los municipios con población superior a 70,000 habitantes, cuenten con “sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda hacer uso remoto de los mecanismos de acceso a la información”. Lo que significa que al menos 246 municipios del país, que ya tenían esa población en el año 2007, tendrán que poner al día sus sistemas electrónicos para cumplir con la norma constitucional. El resto, que conforma un universo de 2,193 municipios con población menor, podrá cumplir con los mínimos establecidos por la Constitución a través de los órganos de transparencia de los estados, pero no podrá dejar de organizar su información para cumplir los nuevos mandatos.

CUADRO 1
MUNICIPIOS CON REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA
Y CON MÁS O MENOS DE 70,000 HABITANTES

<i>Núm.</i>	<i>Entidad</i>	<i>Municipios con más de 70,000 habitantes</i>	<i>Municipios con menos de 70,000 habitantes</i>	<i>Municipios con reglamento de transparencia</i>	<i>Total</i>
1	Aguascalientes	2	9	1	11
2	Baja California	5	0	2	5
3	Baja California Sur	2	3	N/T	5
4	Campeche	3	8	N/T	11
5	Coahuila	8	30	3	38
6	Colima	4	6	5	10
7	Chiapas	13	105	N/T	118
8	Chihuahua	5	62	N/T	67
9	Durango	3	36	2	39
10	Guanajuato	20	26	34	46
11	Guerrero	6	75	N/T	81

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Entidad</i>	<i>Municipios con más de 70,000 habitantes</i>	<i>Municipios con menos de 70,000 habitantes</i>	<i>Municipios con reglamento de transparencia</i>	<i>Total</i>
12	Hidalgo	5	79	N/T	84
13	Jalisco	12	113	5	125
14	México	36	89	8	125
15	Michoacán	11	102	N/T	113
16	Morelos	6	27	1	33
17	Nayarit	3	17	N/T	20
18	Nuevo León	10	41	2	51
19	Oaxaca	4	566	N/T	570
20	Puebla	10	207	2	217
21	Querétaro	4	14	1	18
22	Quintana Roo	4	4	N/T	8
23	San Luis Potosí	6	52	N/T	58
24	Sinaloa	8	10	9	18
25	Sonora	9	63	N/T	72
26	Tabasco	10	7	N/T	17
27	Tamaulipas	9	34	N/T	43
28	Tlaxcala	3	57	N/T	60
29	Veracruz	21	191	N/T	212
30	Yucatán	1	105	N/T	106
31	Zacatecas	3	55	N/T	58
	<i>Total</i>	<i>246</i>	<i>2193</i>	<i>75</i>	<i>2439</i>

Fuente: elaboración propia.

Nota: los datos de la población son tomados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2005, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI); el número de municipios se retoma del Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED); y el compilado de los reglamentos municipales fue proporcionado por el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).

CUADRO 2
INSTANCIAS DE TRANSPARENCIA CONTEMPLADAS
EN LOS REGLAMENTOS MUNICIPALES

<i>Núm.</i>	<i>Estado / municipio</i>	<i>Comisiones de transparencia</i>	<i>Comité de información</i>	<i>Unidades municipales de transparencia</i>
<i>Aguascalientes</i>				
1	Aguascalientes Habitantes 723,043	Contraloría municipal (es la encargada de ejecutar el reglamento de transparencia) Consejo Ciudadano para la Transparencia Municipal (emite recomendaciones a la Contraloría)	No contemplado	Unidades de Enlace y Acceso a la Información
<i>Baja California</i>				
2	Mexicali Habitantes 855,962	Consejo Municipal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (órgano auxiliar del ayuntamiento, consejeros ciudadanos honorarios, un regidor, el síndico procurador y el titular de la Unidad)	Comité de Información	Unidad Municipal de Acceso a la Información (dependiente de la Secretaría del ayuntamiento)
<i>Coahuila</i>				
3	Torreón Habitantes 577,477	Instituto de Transparencia Municipal (órgano descentrado de la administración pública municipal con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión)	No contemplado	Unidad de gestión
<i>Colima</i>				
4	Colima Habitantes 132,273	No contemplado	No contemplado	Unidad de Enlace (formada por el director general de Asuntos Jurídicos del Ayuntamiento)

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Estado / municipio</i>	<i>Comisiones de transparencia</i>	<i>Comité de información</i>	<i>Unidades municipales de transparencia</i>
<i>Durango</i>				
5	Durango Habitantes 526,659	Consejo Ciudadano de Acceso a la Información Municipal (órgano ciudadano encargado de promover el ejercicio del derecho a la información y de difundir el contenido y los alcances de las normas vigentes en la materia)	Comité Municipal de Acceso a la Información Pública	Unidad Técnica de Información (subordinado al Comité Municipal)
<i>Jalisco</i>				
6	Guadalajara Habitantes 1,600,940	No contemplado	No contemplado	Dirección de Transparencia (depende de la Secretaría General)
<i>Estado de México</i>				
7	Naucalpan Habitantes 821,442	No contemplado	No contemplado	Unidad Municipal de Información (dependiente de la Subdirección de Planeación y Control de Gestión de la Secretaría del Ayuntamiento)
<i>Morelos</i>				
8	Jantetelco Habitantes 13,811	Consejo de Información Clasificada (secretario municipal del ayuntamiento, asesor jurídico, titular de la unidad de información y contralor municipal)	No contemplado	Unidad de Información Pública (dependiente de la Secretaría Municipal)
<i>Nuevo León</i>				
9	Monterrey Habitantes 1,133,814	Comisionado para la transparencia Municipal (servidor público dependiente del ayuntamiento)	No contemplado	Unidad de Enlace (dependiente del comisionado de transparencia, con presencia en cada dependencia o entidad)

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Estado / municipio</i>	<i>Comisiones de transparencia</i>	<i>Comité de información</i>	<i>Unidades municipales de transparencia</i>
<i>Puebla</i>				
10	Puebla Habitantes 1,485,941	Comisión Municipal de Transparencia y Acceso a la Información (un presidente, tesorero municipal, contralor municipal, dos vocales, síndico municipal)	No contemplado	Unidades Administrativas de Acceso a la Información
<i>Querétaro</i>				
11	Querétaro Habitantes 734,139	Comisión de Transparencia (es el órgano de consulta y participación ciudadana, encargado de auxiliar a la administración pública municipal. Formado por el presidente municipal o servidor designado por éste, dos regidores, director general del Centro de Estudios y Proyectos y cuatro ciudadanos)	No contemplado	No contemplado
<i>Sinaloa</i>				
12	Culiacán Habitantes 793,730	Coordinación Municipal de Acceso a la Información Pública (cada entidad pública tendrá un Comité de Información. Se coordinan con la Comisión estatal)	No contemplado	Enlace
<i>Guanajuato</i>				
13	Guanajuato Habitantes 153,364	Unidad de Acceso a la Información Pública (la encabeza un titular nombrado por el ayuntamiento)	No contemplado	Unidad Administrativa en Materia de Acceso a la Información (dependientes de la unidad de acceso)

Fuente: elaboración propia.

Nota: la información es tomada de los reglamentos municipales de transparencia y acceso a la información. Se seleccionaron 13 de los 75 reglamentos existentes en la materia.

El primer parámetro de selección fueron los municipios capitales de las entidades contempladas (este fue el caso de los municipios de Aguascalientes, Monterrey, Puebla, Querétaro, Culiacán, Guanajuato, Mexicali, Colima y Durango); para el caso de los estados cuyas capitales no contaran con reglamento de transparencia, se seleccionaron los municipios con mayor densidad poblacional (este fue el caso de los municipios de Torreón y Naucalpan); finalmente, el municipio de Jantaleco fue contemplado por ser el único reglamento de transparencia en el estado de Morelos.

Para subrayar todavía más la dimensión de este tema, vale la pena señalar que poco antes de terminar la redacción de este artículo, dos instituciones académicas convocadas por el IFAI concluyeron un texto llamado Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información: una iniciativa que busca recoger, en un solo documento, todas las normas y los procedimientos que resultarían ideales para que las nuevas legislaciones estatales (y los reglamentos municipales) respondan con amplitud a las obligaciones derivadas del nuevo párrafo constitucional.⁹ Basta una lectura superficial de los contenidos de ese Código para advertir, a primera vista, que la información que se pondrá a disposición del público cambiará las prácticas y las rutinas que hasta ahora han seguido todas las administraciones públicas de México. En la punta del *iceberg* a la que me refiero, prácticamente no habrá ningún dato relevante, ni ningún proceso decisorio, que no pueda ser conocido por el público en cualquier momento. Como puede verse en el cuadro 3, en ese documento se recomienda publicar las estructuras orgánicas, los directorios de funcionarios, sus *curriculum vitae*, sus remuneraciones, viáticos y gastos; los planes, programas e indicadores de gestión de cada uno; los métodos de evaluación utilizados para juzgar su cumplimiento; los ingresos y los gastos específicos de cada unidad de gobierno o gestión; los calendarios de trabajo y las reuniones que celebren los cuerpos colegiados; las auditorías practicadas y los dictámenes de cuenta pública; los contratos de toda índole y los servicios que prestan. Es decir, toda la información disponible de la gestión pública. Y además, en el entendido de que, como señala la fracción VII del

⁹ El IFAI encomendó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la elaboración del Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información. La coordinación del proyecto estuvo a cargo de Sergio López-Ayllón, con la asistencia y el comentario de los siguientes investigadores: John Ackerman, David Arellano Gault, José Antonio Caballero, Enrique Cabrero, Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Josefina Cortés Campos, Héctor Fix-Fierro, Carla Huerta Ochoa, Mauricio Merino, José Roldán Xopa y Pedro Salazar Ugarte.

párrafo que nos interesa: “La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

Por todas estas razones, la secuencia de reformas debe comenzar por la creación de un contexto de exigencia normativa y procedimental, que a su vez genere las condiciones necesarias para emprender la segunda fase de esta revolución informativa: la que se refiere a los problemas organizacionales, propiamente dichos.

CUADRO 3
RECOMENDACIONES DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN TÉRMINOS
DE LA INFORMACIÓN QUE LOS SUJETOS OBLIGADOS
DEBERÁN DIFUNDIR EN INTERNET

Núm.	<i>Los sujetos obligados deberán difundir en Internet la siguiente información (recomendaciones del CBP)</i>
1	Estructura orgánica;
2	Directorio de los servidores públicos;
3	Remuneración mensual bruta y neta de todos los servidores públicos vía sueldos o por honorarios, incluyendo todas las percepciones, prestaciones y sistemas de compensación;
4	Lista con el importe por concepto de viáticos, gastos de representación y alimentación;
5	El perfil de los puestos de los servidores públicos y el <i>curriculum</i> de quienes ocupan esos puestos;
6	Planes federal, estatales y municipales de desarrollo, vinculados con sus programas operativos anuales y sectoriales y los respectivos indicadores de gestión que permitan conocer las metas, por unidad responsable, así como los avances físicos y financieros, para cada una de las metas. Sobre los indicadores de gestión se deberá difundir, el método de evaluación con una justificación de los resultados obtenidos y el monto de los recursos públicos asignados para su cumplimiento;
7	Informes trimestrales del presupuesto asignado en lo general y por programas, para los últimos tres ejercicios fiscales. Esta información incluirá: <i>a)</i> ingresos recibidos por cualquier concepto; <i>b)</i> los montos destinados a gastos relativos a comunicación social; <i>c)</i> el presupuesto de gastos fiscales y métodos para su estimación; <i>d)</i> las bases de cálculos de los ingresos; <i>e)</i> informes de cuenta pública; <i>f)</i> aplicación de fondos auxiliares y el origen de los ingresos, y <i>g)</i> estados financieros y balances generales;

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Los sujetos obligados deberán difundir en Internet la siguiente información (recomendaciones del CBP)</i>
8	La calendarización de las reuniones públicas de los consejos, órganos colegiados, gabinetes, cabildos, sesiones plenarias, comisiones legislativas y sesiones de trabajo a que se convoquen;
9	Nombre, domicilio oficial y dirección electrónica de los servidores públicos encargados del Comité de Información y de la Unidad de Información;
10	Los catálogos documentales de sus archivos administrativos;
11	La relativa a sus actividades específicas más relevantes. Es decir, la información sobre la gestión de las actividades que caracterizan sus principales objetivos institucionales;
12	Con respecto a las auditorías y revisiones, un informe trimestral que contenga: <i>a)</i> el número y el tipo de auditorías a realizar en el ejercicio presupuestario respectivo; <i>b)</i> el número total de observaciones determinadas en los resultados; y <i>c)</i> respecto al seguimiento de los resultados, el total de las aclaraciones efectuadas por el sujeto obligado;
13	Los dictámenes de cuenta pública así como los estados financieros y demás información que los órganos de fiscalización superior utilizan para emitir dichos dictámenes;
14	Respecto de los contratos celebrados por el sujeto obligado, un listado que relacione el número de contrato, su fecha de celebración, el nombre o razón social del proveedor y el monto del valor total de la contratación;
15	Respecto de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, su objeto, el tipo, y el nombre o razón social del titular;
16	Los informes que deberán rendir el sujeto obligado, la unidad responsable con el fundamento legal que obliga a su generación, así como su calendario de publicación, y
17	Un listado con los servicios que ofrece y los programas que administra, siendo posible identificar los trámites para acceder a ellos y la población objetivo a quien van dirigidos.

Fuente: elaboración propia, a partir del Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Investigación y Docencia Económicas, octubre de 2007.

CUADRO 4
 INFORMACIÓN QUE LOS SUJETOS OBLIGADOS DIFUNDEN
 DE ACUERDO CON LOS REGLAMENTOS MUNICIPALES EN LA MATERIA

<i>Núm.</i>	<i>Lo que se propone que contenga</i>	<i>Aguascalientes</i>	<i>Jantetelco Morelos</i>	<i>Colima</i>	<i>Culiacán Sinaloa</i>	<i>Durango</i>	<i>Guana-juato</i>	<i>Guadalajara Jalisco</i>
1	Estructura orgánica	N/C	•	•	•	•	•	N/C
2	Directorio de los servidores públicos	N/C	•	•	•	•	•	•
3	Remuneración mensual bruta y neta	•	•	•	•	•	•	•
4	Lista con el importe por concepto de viáticos, gastos de representación y alimentación	N/C	•	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C
5	El perfil de los puestos y el <i>curriculum</i> de los servidores públicos	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C
6	Los planes federal, estatales y municipales de desarrollo, vinculados con sus programas operativos anuales y sectoriales y los respectivos indicadores de gestión.	P	P	N/C	P	P	P	P
7	Informes trimestrales del presupuesto asignado, para los tres últimos ejercicios fiscales	P	•	N/C	N/C	P	P	P
8	Calendarización y difusión de las reuniones públicas de los diversos consejos, órganos colegiados, gabinetes, cabildos y sesiones plenarios, comisiones legislativas y sesiones de trabajo a que se convoquen	N/C	•	N/C	P	P	N/C	P

Continuación

Núm.	Lo que se propone que contenga	Aguascalientes	Jantetelco Morelos	Colima	Culiacán Sinaloa	Durango	Guajuato	Guadalajara Jalisco
9	Nombre, domicilio oficial y dirección electrónica de los servidores públicos encargados del Comité de Información y de la Unidad de Información	•	•	N/C	•	N/C	P	N/C
10	Catálogos documentales de sus archivos administrativos	N/C	•	N/C	N/C	N/C	N/C	N/C
11	Información relativa a sus actividades específicas más relevantes	•	•	N/C	•	•	N/C	N/C
12	Informe trimestral de las auditorías y revisiones	N/C	P	P	P	P	P	P
13	Dictámenes de cuenta pública y estados financieros	N/C	•	N/C	•	P	P	P
14	Contratos celebrados por el sujeto obligado, un listado que relacione el número de contrato, su fecha de celebración, el nombre y razón social del proveedor y el monto del valor total de la contratación	P	•	N/C	•	•	P	•
15	Concesiones, licencias, permisos y autorizaciones: su objeto, el nombre o razón social del titular, y el tipo de éstas	P	•	N/C	•	•	P	•
16	Los informes que debe rendir el sujeto obligado, la unidad responsable con el fundamento legal que obliga a su generación, así como su calendario de publicación, y	N/C	•	N/C	N/C	P	•	N/C

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Lo que se propone que contenga</i>	<i>Aguascalientes</i>	<i>Jantetelco Morelos</i>	<i>Colima</i>	<i>Culiacán Sinaloa</i>	<i>Durango</i>	<i>Guana-juato</i>	<i>Guadalajara Jalisco</i>
17	Listado con los servicios que ofrece y los programas que administra	•	•	N/C	•	•	•	•

<i>Núm.</i>	<i>Lo que se propone que contenga</i>	<i>Mexicali Baja California</i>	<i>Monterrey Nuevo León</i>	<i>Puebla</i>	<i>Querétaro</i>	<i>Naucalpan Estado de México</i>	<i>Torreón Coahuila</i>
1	Estructura orgánica	•	•	•	Ausencia	•	•
2	Directorio de los servidores públicos	•	•	•	Ausencia	•	•
3	Remuneración mensual bruta y neta	•	•	•	Ausencia	•	•
4	Lista con el importe por concepto de viáticos, gastos de representación y alimentación	N/C	N/C	N/C	Ausencia	N/C	N/C
5	El perfil de los puestos y el <i>curriculum</i> de los servidores públicos	N/C	N/C	N/C	Ausencia	•	N/C
6	Los planes federal, estatales y municipales de desarrollo, vinculados con sus programas operativos anuales y sectoriales y los respectivos indicadores de gestión.	P	N/C	P	Ausencia	P	P
7	Informes trimestrales del presupuesto asignado, para los tres últimos ejercicios fiscales	P	P	P	Ausencia	P	P

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Lo que se propone que contenga</i>	<i>Mexicali Baja California</i>	<i>Monterrey Nuevo León</i>	<i>Puebla</i>	<i>Querétaro</i>	<i>Naucalpan Estado de México</i>	<i>Torreón Coahuila</i>
8	Calendarización y difusión de las reuniones públicas de los diversos consejos, órganos colegiados, gabinetes, cabildos y sesiones plenarias, comisiones legislativas y sesiones de trabajo a que se convoquen	P	N/C	N/C	Ausencia	N/C	P
9	Nombre, domicilio oficial y dirección electrónica de los servidores públicos encargados del Comité de Información y de la Unidad de Información	•	P	P	Ausencia	P	P
10	Catálogos documentales de sus archivos administrativos	N/C	N/C	N/C	Ausencia	N/C	N/C
11	Información relativa a sus actividades específicas más relevantes	•	•	N/C	Ausencia	•	•
12	Informe trimestral de las auditorías y revisiones	P	P	P	Ausencia	P	P
13	Dictámenes de cuenta pública y estados financieros	•	N/C	N/C	Ausencia	N/C	N/C
14	Contratos celebrados por el sujeto obligado, un listado que relacione el número de contrato, su fecha de celebración, el nombre y razón social del proveedor y el monto del valor total de la contratación	•	•	•	Ausencia	P	•
15	Concesiones, licencias, permisos y autorizaciones: su objeto, el nombre o razón social del titular, y el tipo de éstas	P	P	•	Ausencia	P	P

Continuación

<i>Núm.</i>	<i>Lo que se propone que contenga</i>	<i>Mexicali Baja California</i>	<i>Monterrey Nuevo León</i>	<i>Puebla</i>	<i>Querétaro</i>	<i>Naucalpan Estado de México</i>	<i>Torreón Coahuila</i>
16	Los informes que debe rendir el sujeto obligado, la unidad responsable con el fundamento legal que obliga a su generación, así como su calendario de publicación, y	•	N/C	N/C	Ausencia	N/C	•
17	Listado con los servicios que ofrece y los programas que administra	•	•	•	Ausencia	•	•

N/C= No contemplado

P= Contemplado parcialmente, pues no contemplan todos los elementos mencionados por el Código de Buenas Prácticas (CBP).

Fuente: Elaboración propia, conforme a los reglamentos municipales de transparencia y acceso a la información pública.

Nota: En los municipios de Aguascalientes, Colima, Culiacán, Jantetelco, Monterrey, Torreón y Puebla la información pública sí debe estar contenida en Internet (pudiendo utilizar, además de éste, otros medios); el reglamento de Mexicali señala la utilización de medios impresos “o” electrónicos; el de Guadalajara menciona que se pueden utilizar diversos medios como publicaciones, boletines, Internet, entre otros; en Durango la información pública obligatoria se divide en información obligatoria y de oficio que puede ser difundida por diversos medios, y la información obligatoria que debe ser publicada en Internet; finalmente, en los reglamentos de Querétaro, Naucalpan y Guanajuato no se especifica con claridad los medios a través de los cuales se hace pública la información obligatoria.

III

Aunque el *iceberg* del que vengo hablando se desprende de la reforma constitucional en su conjunto, es probable que la fracción V sea la clave para entender la profundidad del cambio que habrá de venir. Esa fracción dice, a la letra: “Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”.

En esa fracción hay, al menos, tres instrucciones trascendentes: la primera es que los sujetos obligados *deben* documentar todos sus procesos decisivos y rutinarios. Dado que el elemento material más importante del acceso a la información pública es el *documento público*, la inexistencia de esos documentos representaría la negación práctica de los principios invocados en la Constitución y, en consecuencia, debería ser motivo de sanción. En este sentido, el documento no es más que la expresión material de la información que se produce por las autoridades públicas, en el ejercicio de sus atribuciones. No sobra recordar que el principio de legalidad, de aplicación universal para todas las administraciones públicas del país, consiste en que los funcionarios deben ceñirse estrictamente a las atribuciones que les han sido concedidas: no pueden hacer más, pero tampoco deben hacer menos. Es decir, que se falta a la legalidad cuando un funcionario pretende excederse del ámbito de atribuciones que le compete, pero también se genera un daño directo a la legalidad cuando intenta desconocer las obligaciones a las que debe sujetarse su actuación. Documentar los procesos y las decisiones en las que interviene cada funcionario no es, por lo tanto, una cuestión optativa. A cada paso y a cada decisión, derivada de las atribuciones legalmente otorgadas a cada funcionario, debe corresponder un documento que deje constancia sobre la forma en que efectivamente actuó.

La segunda instrucción es contar con archivos administrativos actualizados. Se dice rápido, pero la palabra *actualizados* representa otro desafío organizacional de amplio calado. Quiere decir que la información no podrá negarse por razones de temporalidad, alegando que los documentos todavía no llegan a descansar en los archivos. Por el contrario, lo que

la Constitución ordena es la construcción de un sistema de información expedito y eficaz, que vaya registrando todos los procesos decisorios y rutinarios en la misma medida en que éstos se vayan generando. Además ordena que ese registro tenga las cualidades de un archivo que, como bien se sabe, no consiste en una bodega de papeles sino en una técnica documental que permite localizar con agilidad los documentos que se buscan. Nada menos.

La tercera es todavía más compleja: se refiere a la información sobre los indicadores de gestión y sobre el ejercicio de los recursos públicos. De nuevo, la Constitución ordena la existencia de esos indicadores y de los datos asociados a la forma en que se están ejerciendo los recursos. No se trata solamente de producir papeles, sino de inyectar una nueva visión a la administración pública: la que se organiza por indicadores de gestión y da cuenta de la forma en que se emplean los dineros que administra. Y tras ella, hay una vasta literatura que se compendia en el enfoque de políticas públicas y gestión estratégica. En otras palabras: con una sola línea, la Constitución obligará a cambiar muchas de las formas tradicionales de gobierno en el país, que hasta ahora han ignorado los procesos abiertos de gestión y de política pública, y ordena, además, que esos indicadores sean publicados por medios electrónicos.

La suma de esas tres instrucciones constituye el *iceberg*, ya completo. Para cumplirlas, los sujetos obligados:

a) Tendrán que definir procedimientos puntuales y responsabilidades específicas de sus funcionarios, de tal modo que cada vez que lleven a cabo una tarea o una actividad, participen en una deliberación o tomen una decisión, la documenten; *b)* tendrán que asegurarse de que esa documentación corresponda con fidelidad a las atribuciones que les han sido otorgadas por el marco normativo que regula sus funciones, pues de lo contrario estarían faltando al principio de legalidad; *c)* tendrán que diseñar sistemas de información eficaces, para que la documentación que se vaya generando en el cumplimiento de sus atribuciones se mantenga actualizada y disponible; *d)* tendrán que diseñar y operar un sistema de archivos igualmente eficaz, y, sobre todo, *e)* tendrán que diseñar indicadores que reflejen con fidelidad la gestión y el ejercicio de los recursos que la sociedad ha puesto en sus manos. He aquí la base de la revolución informativa de la que vengo hablando.

Si estas instrucciones no se cumplen, el resto de la operación (lo que antes llamé la punta del *iceberg*) resultará inútil, pues es el proceso mismo de producción informativa lo que alimentará el acceso. Dicho de otro modo: de nada servirá contar con órganos especializados e imparciales que garanticen el derecho de acceso a la información pública si ésta no existe o si no refleja con fidelidad lo que están haciendo y decidiendo los sujetos obligados. La información pública es un producto, mientras que el derecho de acceso a ella es una forma de distribuirlo a la sociedad. De modo que una vez creado el contexto de exigencia, lo que sigue es producir la información conforme a la letra constitucional.

IV

Llegados a este punto, creo que ya es claro que el mayor desafío que enfrentarán los sujetos obligados no residirá solamente en responder a un conjunto de normas nuevas en materia de acceso a la información, sino en construir las condiciones organizacionales para poder hacerlo. En otro lugar he sugerido que la transparencia es una política pública, en tanto que se trata de una acción deliberada del Estado para atender un problema de información, que, como toda política, supone también una secuencia ordenada de acciones y una definición exacta de los propósitos que persigue.¹⁰ Cierro estas líneas señalando la importancia que tendrá el diseño de esa política durante los próximos años, como base indispensable para darle sustento al derecho fundamental de acceso a la información.

En este sentido, veo cuatro áreas sustantivas en las que habrá que modificar prácticas largamente arraigadas, al menos, en los gobiernos locales del país. La primera será la *reglamentación precisa de los procesos administrativos*, y especialmente de aquéllos a partir de los cuales se toman decisiones que afectan la administración pública; la segunda es el *registro de las deliberaciones* y, en particular, de las que llevan a cabo los ayuntamientos (aunque no lo hagan en sesión de cabildo abierto); la tercera, el *registro contable de los gastos públicos* efectuados, por cual-

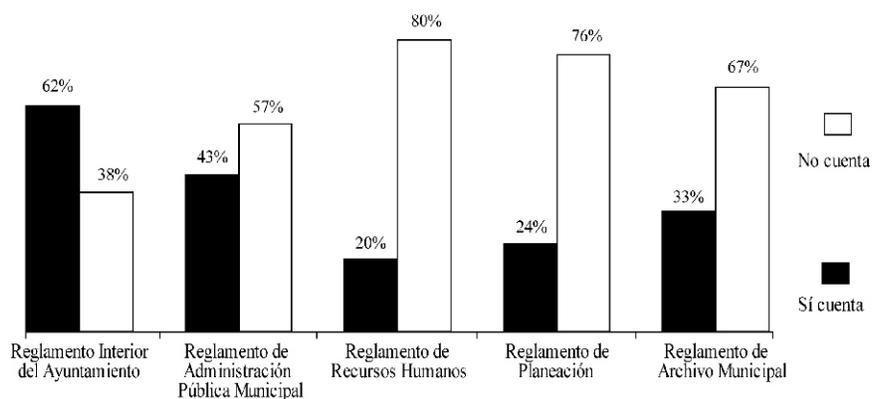
¹⁰ Remito a Merino, Mauricio, "La transparencia como política pública", en Ackerman, John (comp.), *Más allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

quier vía y a través de cualquier medio de financiamiento; y la cuarta, el *registro de actividades e indicadores de desempeño*, que seguramente modificará las rutinas e incidirá en los incentivos de las administraciones públicas de los municipios de México. Insisto en que ninguna de esas cuatro áreas es optativa, pues de no atenderse, los gobiernos locales estarían faltando a la letra de la Constitución, cancelando la viabilidad del derecho de acceso a la información y convirtiendo a sus titulares en sujetos de responsabilidad administrativa.

Será una revolución, porque lamentablemente no hay evidencia para decir que esa reglamentación o esos registros ya existan o sean confiables. Más bien, la hay para afirmar que los gobiernos municipales que cuentan con ellos son la excepción. Si bien la capacidad reglamentaria municipal constituyó uno de los grandes cambios afirmados por la reforma al artículo 115 constitucional promulgada en 1999, lo cierto es que ocho años después se ha ejercido muy poco.

Como puede verse en la gráfica, la mayor parte de esos gobiernos carecen de una reglamentación completa, que ordene todas sus actividades internas y distribuya con claridad responsabilidades y obligaciones entre sus funcionarios. En el gobierno municipal todavía hay mucho de artesanía política e informalidad administrativa: la mayor parte de los procesos decisorios no responden a criterios organizacionales claramente reglamentados. Y mientras eso no ocurra, será difícil que las personas puedan reclamar información que no esté comprendida en un proceso reglamentado, o que las instancias superiores de revisión puedan resolver en situaciones en las que no existen responsabilidades claras sobre la oficina o el funcionario que debió producir el dato solicitado. Como sea, la inexistencia o la anacronía de reglamentos municipales ya no será pretexto para negar el acceso a la información, pues la Constitución Política del país ha venido a llenar esa laguna reglamentaria. Pero seguramente se convertirá en un problema práctico que tendrá que solucionarse sobre la marcha. Como dije antes, la exigencia por mayor transparencia obligará a los ayuntamientos a ponerse al día en la organización de sus reglas internas. Pero aun así, cuesta trabajo suponer que eso suceda tan pronto como entren en vigor las nuevas normas constitucionales.

PORCENTAJE DE REGLAMENTOS EXISTENTES
EN LOS MUNICIPIOS MEXICANOS



Fuente: elaboración propia a partir de la Encuesta Nacional de Gobiernos Municipales México, SEDSOL, 2004.

Nota: la encuesta contempló a 2436 municipios. En la pregunta, ¿existe un reglamento interior del ayuntamiento?, no se tomaron en cuenta a 112 municipios: 31 que respondieron no saber o que no contestaron, y 81 para los cuales no hay datos disponibles; en la pregunta, ¿existe un reglamento de administración municipal?, no se tomaron en cuenta a 113 municipios: 32 que respondieron no saber o que no contestaron, y 81 para los cuales no hay datos disponibles; y en las preguntas, ¿existe un reglamento de recursos humanos?, ¿un reglamento de planeación?, y ¿un reglamento sobre archivo municipal? no se tomaron en cuenta a 119 municipios respectivamente: 38 que respondieron no saber o que no contestaron, y 81 para los cuales no hay datos disponibles (todas las gráficas y los cuadros incorporados en el artículo fueron elaborados por Ixchel Pérez Durán).

Lo mismo puede decirse sobre los procesos deliberativos que llevan a cabo los ayuntamientos de todo el país. Aunque en esta materia hay avances más sólidos y una rutina adquirida en el levantamiento de minutas y actas de los acuerdos que van tomando, todavía no existen prácticas generales que permitan conocer con detalle los argumentos que se vier-

ten en cada una de sus sesiones, y especialmente cuando éstas no se convocan públicamente. En este sentido, además de la reglamentación específica ya señalada, los ayuntamientos tendrán que producir, al menos, versiones públicas de las deliberaciones que sigan (ya sean abiertas o cerradas) y reglas puntuales para abrir esa información cuando las discusiones preliminares se hayan convertido ya en decisiones municipales. La organización y la apertura de esa información no sólo cambiarán la forma en que se ha investigado a los gobiernos locales de México, sino que generarán nuevos incentivos políticos a la dinámica colegiada de esos gobiernos. No dudo que habrá resistencias a la apertura de esos procesos deliberativos, pero es probable que la propia composición plural de los ayuntamientos contribuya a facilitar el acceso a la información. Y en ese sentido, sería deseable que los órganos de transparencia de las entidades federativas añadan una mayor exigencia para que esos datos sean publicados por medios electrónicos y para que con el tiempo puedan ser comparados entre municipios. En ese caso, la revolución kantiana de la que vengo hablando modificará tanto la dinámica interna de los ayuntamiento, como la profundidad de nuestro conocimiento agregado sobre la forma en que toman efectivamente sus decisiones. La política interior de los ayuntamientos dejará de ser cosa exclusiva de los partidos y de los funcionarios que participan en ella, para recobrar su naturaleza pública. Pero eso también tomará tiempo.

En el mismo sentido, y quizá con mayor apremio, la reforma constitucional obligará a perfeccionar los registros contables del gasto que realizan los municipios en todo el país. No hay duda de que se trata de una de las áreas más relevantes en materia de acceso a la información, ni tampoco que la entrada en vigor de la reforma al artículo 6o. constitucional resolverá, por la vía de la transparencia, muchos de los problemas de información que se han generado por la dinámica del federalismo fiscal; especialmente a partir de las reformas a la Ley de Coordinación Fiscal promulgadas en 1997, cuando se creó el sistema de aportaciones federales que duplicó la capacidad de gasto público de los gobiernos municipales, pero fragmentó el control de esos dineros en las cuentas públicas de las treinta y dos entidades federativas.¹¹ En la práctica, esa decisión del le-

11 Sobre este particular, remito algunas de las investigaciones realizadas por Cabre-ro, Enrique e Orihuela, Isela, "Finanzas en municipios urbanos de México. Un análisis de los nuevos retos en la gestión de las haciendas locales", *Estudios Demográficos y Urbanos*, México, vol. 17, enero-abril de 2002; Hernández, Fausto *et al.*, *Fiscal descentraliza-*

gislador federal se ha convertido en un obstáculo (hasta ahora insalvable) para consolidar de manera confiable y completa la contabilidad de los recursos transferidos a estados y municipios. En cambio, con la entrada en vigor de las nuevas disposiciones en materia de acceso a la información, los gobiernos locales ya no podrán negarse a ofrecer todos los datos que les sean requeridos, por cualquier persona y en cualquier momento, sobre el modo en que están ejerciendo su gasto público.

Si el diseño de las aportaciones federales quiso proteger a los gobiernos locales de la presión pública, al depositar el control exclusivo de esos recursos en los órganos de vigilancia de los poderes legislativos locales, la apertura derivada de las nuevas normas en materia de transparencia exigirá ahora la construcción de un sistema contable que asigne responsabilidades públicas bien definidas, tanto para los municipios como para las propias cámaras de diputados locales. Y es que ya no podrá argüirse, como razón válida para negar los datos solicitados, que la cuenta pública está en revisión. Lo que ordena la Constitución es la mayor apertura, completa y actualizada, sobre el ejercicio de todos los recursos públicos que cada ente maneje. Y eso incluye, sin lugar a dudas, los dineros transferidos por la Federación o por los estados.

tion in Mexico: The Bailout Problem, DTE, México, núm. 164, 1999; Fausto Hernández, *Federalismo fiscal en México, ¿Cómo vamos?*, DTE, México, núm. 85, 1997; Hernández, Fausto y Torres Rojo, Juan Manuel, "Definición de responsabilidades, rendición de cuentas y eficiencia presupuestaria en México", *Revista Mexicana de Sociología*, 2006; y el *Diagnóstico Integral de la Situación Actual de las Haciendas Públicas Estatales y Municipales*, Unidad de Coordinación con Entidades Federativas (UCEF) y Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), 2007. Como muestra, el *Diagnóstico Integral de la Situación Actual de las Haciendas Públicas Estatales y Municipales*, señala algunos datos sobre la información proporcionada por las cuentas públicas de las entidades federativas en términos de ingresos de 2005: en las entidades de Baja California Sur y Guerrero no se reportan algunos de los Fondos de Aportaciones Federales de Ramo 33; en Puebla, no se desagrega la información del Fondo de Aportaciones Federales de Ramo 33; en el Estado de México no se desglosan las participaciones; Colima y Puebla expresamente no reportan el PAFEF; y los estados de Colima, Aguascalientes, Jalisco y Puebla expresamente no reportan el FEIEF (véase cuadro denominado, Cuentas Públicas 2005: Ingresos, p. 205) Aunado a esto, en términos de egresos de este mismo año se tiene que: los estados de Aguascalientes, Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Puebla, Querétaro, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala no reportan participaciones por municipios; Aguascalientes, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, Puebla, Querétaro, Tabasco y Tlaxcala no reportan aportaciones por municipios; y Baja California Sur y Querétaro no registran o no desglosan servicios de deuda (véase cuadro denominado, Cuentas Públicas 2005: Egresos, p. 206).

Por último, el registro de actividades e indicadores de desempeño, que también es indispensable para cumplir puntualmente con el nuevo mandato constitucional, representa un cambio de fondo en la operación y aun en la concepción de las administraciones públicas municipales. Esa obligación remite, al menos, a otras tres: *a)* el diseño de políticas públicas, con resultados mensurables; *b)* la gestión organizada a través de procesos, vinculados con las políticas y los resultados que cada una de ellas persigue, y *c)* el seguimiento de esos procesos mediante indicadores cuantitativos de desempeño, a lo largo del tiempo. Para decirlo rápido: solamente unos cuantos municipios y únicamente por periodos muy acotados, se han gobernado de esa manera.¹²

Los datos disponibles nos hablan, más bien, de administraciones públicas municipales que están constreñidas por el periodo de tres años de gobierno, por la no reelección inmediata de los integrantes del ayuntamiento y por la falta de recursos humanos calificados y permanentes. Más allá de otras restricciones institucionales que han sido motivo de largas deliberaciones sobre la capacidad de gobierno municipal,¹³ las tres aquí señaladas bastan para comprender las razones por las que, de manera reiterativa, los ayuntamientos suelen apostar por proyectos políticamente visibles y electoralmente rentables, más que por administraciones estables con capacidad de gestión en el largo plazo. Y también explican, en buena medida, la rotación de cerca del 95% de los funcionarios públicos de confianza, cada tres años.¹⁴ De ahí que establecer y publicar indicadores de gestión como los que pide la reforma constitucional signifique una mudanza completa en las rutinas municipales.

Pero de ahí también que el contexto de exigencia al que me referí en el inciso anterior sea, por sí mismo, insuficiente para responder a las

12 Parte de la evidencia en torno a este tema está reunida en el Premio de Gobierno y Gestión Local del CIDE, de acuerdo con Pablo Rojo “para el 2005, el total de programas participantes llegó a los 450, con lo que la sumatoria de experiencias a lo largo de cinco ediciones alcanzó las 2,210”, véase *Premio de Gobierno y Gestión Local Edición 2005*, CIDE-ITESO-Fundación Ford-Universidad de Guadalajara-SEGOB, México. Sin embargo, de lo que no hay evidencia es de la continuidad de cada una de estas experiencias locales, y el único dato general que se tiene, es que la mayoría de estos programas terminan al concluir el periodo de gobierno municipal.

13 Véase, por ejemplo, las *Bases para una reforma constitucional en materia municipal*, México, Red de Investigadores en Gobiernos Locales Mexicanos (IGLOM) y de la Comisión de Fortalecimiento del Federalismo, Cámara de Diputados, 2004.

14 Cfr. Merino, Mauricio, *La gestión profesional de los municipios en México: diagnóstico, oportunidades y desafíos*, México, CIDE-SEDESOL, 2006.

obligaciones de transparencia establecidas en el texto de la Constitución. Hará falta reconocer abiertamente las limitaciones estructurales y humanas que hoy enfrentan la mayor parte de los gobiernos municipales del país, para auxiliarlos a construir los nuevos sistemas de gestión que reclama la transparencia. El derecho de acceso a la información pública se vería bloqueado si los municipios no logran superar esas limitaciones. Asimismo, sería un error creer que la solución consiste solamente en abrir nuevas ventanas de información dentro de los sistemas electrónicos ya diseñados, si la producción misma de la información que eventualmente será publicada está cancelada de antemano. Más bien, los órganos de transparencia de los estados tendrán que actuar con audacia y visión de muy largo aliento, para que la gestión local se vaya adaptando con rapidez a la dinámica de la revolución kantiana de la que estamos hablando.

En suma, como he tratado de demostrar, el cumplimiento exacto de los mandatos contenidos en el nuevo segundo párrafo del artículo 6o. constitucional habrá de representar un cambio paradigmático en la administración pública mexicana. La tarea que ya se ha iniciado reclamará todavía mucho más tiempo para dar todos los frutos posibles. Pero el solo planteamiento de la apertura, en los términos ordenados por el constituyente en julio de 2007, ya ha disparado los primeros procesos que modificarán nuestra percepción sobre las obligaciones y las responsabilidades de las autoridades públicas del país, a la luz del ensanchamiento democrático del espacio público. La revolución informativa muy pronto estará en marcha. Enhorabuena.

LA POLÍTICA PÚBLICA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. PANORAMA PARA UNA AGENDA PENDIENTE

Pablo LARRAÑAGA*

Las habilidades humanas son demasiado torpes como para ver a través de todas las cosas al mismo tiempo; pero mediante la consulta, escuchando y debatiendo, se vuelven más agudas, y cuando han utilizado todos los medios a su disposición, descubren finalmente lo que quieren, lo que todos aprueban, pero que nadie hubiera pensado en un primer momento.

Baruch SPINOZA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El paradigma de la nueva gestión pública*. III. *Las funciones del principio de transparencia y los objetivos de la gestión pública*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo general de este trabajo es mostrar algunas de las principales razones para la constitucionalización de la transparencia como principio de la gestión pública y, consecuentemente, señalar en qué pueden consistir algunos de los desarrollos institucionales y normativos pendientes

* Profesor del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Agradezco a Alberto Cepeda su apoyo en la investigación que ha dado lugar este trabajo.

¹ En *Tratado teológico-político*, citado en Holmes, Stephen, *Passions & Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 1995, p. 178.

para su plena realización. En este orden de cosas, esta aproximación implica analizar la reforma del artículo 6o. constitucional, en particular la caracterización como “pública” de “toda información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”, no sólo como el correlato de un derecho fundamental a la información pública, sino como una “fórmula” o “instrumento” para mejorar el ejercicio de la administración pública o, para ser más precisos, como un elemento de la forma contemporánea de gobierno democrático, donde se incluye no sólo el ejercicio de los poderes públicos, sino el conjunto de instituciones y procesos identificados por el concepto de *gobernanza*.² En este sentido, se trata de una aproximación general a la cuestión del papel de la transparencia en una sociedad democrática, que pone énfasis en la medida en que es previsible que los estándares de transparencia impuestos por la Constitución a las administraciones federales, locales y municipales, mediante la reciente reforma incidan, en términos de los criterios o parámetros establecidos por el “paradigma” de gobierno contemporáneo, en el desempeño de la gestión pública, y que, de este modo, constituyan un avance en el proceso de democratización de la sociedad mexicana.

2 En este contexto, recogiendo el sentido consolidado de la traducción del término en inglés *governance*, entiendo por “gobernanza” o, con mayor precisión, instituciones y procesos que realizan “funciones de gobernanza” aquellos que Gerry Stoker propone identificar mediante cinco proposiciones: “1) la gobernanza se refiere a un conjunto de instituciones y actores delimitados por el gobierno, pero que también van más allá de éste; 2) la gobernanza identifica la difuminación de límites y responsabilidades para hacer frente a cuestiones sociales y económicas; 3) la gobernanza identifica la dependencia de poder que tiene lugar en las relaciones entre las instituciones envueltas en la acción colectiva; 4) la gobernanza se refiere a redes de actores autónomas y autogobernadas y 5) la gobernanza reconoce que la capacidad para hacer que las cosas se hagan no depende del poder de liderazgo del gobierno o del uso de su autoridad. Considera que los gobiernos pueden utilizar nuevas herramientas para motivar y guiar” (Stoker, Gerry, “Governance as Theory: Five Propositions”, *International Social Sciences Journal*, 1998, p. 18). Desde luego, desde esta concepción, el principio de transparencia es un elemento clave de la gobernanza democrática. Al respecto, véase, por ejemplo, Salamon, Lester, “The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction”, en Salamon, Lester (ed.), *The Tools of Government*, Oxford, Oxford University Press, 2002, y Scott, Colin, “Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State”, en Jordana, Jacint y Levi-Faur, David (eds.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004. Para una visión más amplia de la cuestión, véase, por ejemplo, Peters, Guy, *The Future of Governing*, Lawrence, University Press of Kansas, 2001.

Naturalmente, una perspectiva de esta naturaleza requiere contextualización. En primer lugar, analizar la transparencia como política pública implica hablar de “transparencia” de las estructuras, los procesos y las decisiones de gobierno en un sentido integral y robusto. Consecuentemente, en este trabajo no me referiré exclusivamente a la *transparencia documental* relacionada con el derecho a la información que la administración posea, bien respecto de una persona concreta bien en materias generales, sino que también trataré, de manera central, otras formas “apertura de información” constitutivas del principio de transparencia de la gestión pública, sin las cuales la transparencia documental está llamada a ser parcial, insuficiente y, en el peor de los casos, meramente cosmética.

Me referiré, pues, a otras tres dimensiones de un “gobierno abierto” que complementan el acceso a la información vinculadas con: 1) la *transparencia de las acciones y responsabilidades administrativas*, que trata de la aptitud de la administración de hacerse conocer y de dar explicaciones por su actuación; 2) la *transparencia organizacional*, consistente en el conocimiento de las organizaciones y de su funcionamiento —*i. e.*, de sus procesos, reglas y criterios de decisión—, con objeto de mostrar no sólo sus productos institucionales, sino cómo se generan tales productos, y, por último, 3) a la *transparencia gestión de los recursos públicos*, que se refiere al origen, la conservación y utilización de los recursos bien bajo control de las organizaciones públicas bien destinados para su operación.³ En segundo lugar, tampoco limitaré mi análisis a una única “lógica” del principio de transparencia centrada en el equilibrio entre la ciudadanía y los poderes públicos respecto del acceso a la información y sus consecuentes dimensiones de control recíproco, sino que me referiré, con carácter central, a las distintas funciones instrumentales del flujo de información entre los gobernados y la administración para mejorar las condiciones de una sociedad plenamente democrática. En tercer lugar, como apunta tanto el título como la cita que encabeza el texto, el análisis aquí presentado parte de la idea fundamental de que en la concepción actual de la democracia constitucional el derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública ha evolucionado sustantiva, ex-

3 Para un mayor desarrollo de estas categorías de transparencia, véase, por ejemplo, Pasquier y Villeneuve, “Transparence et accès à l’information. Typologie des comportements organisationnels des administrations publiques visant à limiter l’accès à l’information”, *Working Paper 2/2005*, Institut de Hautes Études en Administration Publique (IDHEAP), Chavannes-près-Renens, 2005.

pansiva y complementariamente desde una función negativa de control constitucional del poder político —*i. e.*, la posibilidad de someter al gobierno a escrutinio público para, eventualmente, evitar abusos del poder público— hacia una función democrática positiva de participación ciudadana en el ejercicio del poder social, entendido como la posibilidad del desenvolvimiento y la aplicación de intereses y conocimiento públicamente útiles para realizar los objetivos de los individuos y de la sociedad en su conjunto. Sobre esta función positiva de la transparencia gravitan las distintas dimensiones del principio de transparencia como pieza fundamental de la gobernanza democrática. Por ello, encuadrar y enfocar el principio constitucional de transparencia desde la perspectiva de las políticas públicas supone dejar al margen importantes dimensiones de los efectos normativos y organizacionales de la reciente reforma constitucional que, aunque inciden funcionalmente y sirven como criterios de gobierno democrático, no se vinculan directamente con el desempeño de la gestión pública en su conjunto como, por ejemplo, la obligación de transparencia por parte de los poderes públicos como correlato del derecho fundamental a la información; la incompatibilidad abstracta o *prima facie* del principio de transparencia frente a otros principios constitucionales y otras normas de orden público; la proyección legal del principio en sus vertientes orgánica y regulativa, etcétera.⁴

En las páginas que siguen estructuraré la exposición en dos partes. En la primera parte presentaré a grandes rasgos el paradigma contemporáneo de gestión pública en el que se inserta el principio de transparencia como estándar para la actuación de las administraciones públicas. En la segunda parte analizaré de manera somera algunas de las principales funciones del principio de transparencia respecto de los dos principales objetivos o valores que han impulsado la implantación del paradigma de la nueva gestión pública, a saber: el fortalecimiento de la legitimidad y de la racionalidad de la acción pública.

4 Aproximaciones a estas y otras cuestiones relevantes para el análisis de la reforma pueden encontrarse, por ejemplo, en López-Ayllón, Sergio, “La constitucionalización del derecho a la información”, en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, y, desde luego, en los distintos trabajos que componen el presente volumen.

II. EL PARADIGMA DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA

Para delinear el contexto histórico, ideológico e institucional en el que puede apreciarse la relevancia de la constitucionalización del principio de transparencia en la gestión pública es necesario mostrar, aunque sea superficialmente, la concepción o el “paradigma” de gestión pública imperante en la actualidad. Para ello, me parece necesario tener en cuenta al menos cuatro elementos básicos: 1) los antecedentes del paradigma —i. e., de dónde surge; como reacción a qué surge; como superación de qué surge—; 2) los acontecimientos detonadores del surgimiento, posicionamiento o triunfo del paradigma; 3) los vértices o rasgos fundamentales sobre los que se explica y, sobre todo, se justifica el supuesto “avance” del nuevo paradigma respecto del anterior, y, por último, 4) los objetivos democráticos a los que, en principio, cabe suponer que se dirige la reforma de la administración pública.

1. *Antecedentes del paradigma*

En 1925, inmerso en una atmósfera de profunda confianza en la capacidad humana para una organización racional de la sociedad que superara los horizontes teóricos y políticos trazados en el “largo siglo liberal”,⁵ en *A Grammar of Politics* Harold Laski sostiene que “una nueva filosofía política es necesaria para un nuevo mundo”⁶ y más adelante, señalando algunos ejes básicos de esa nueva filosofía política, escribe: “Una teoría operativa del Estado tiene que ser concebida en *términos administrativos*. Su voluntad es la decisión a la que llega un pequeño grupo de personas a las que se le confía el poder de tomar decisiones. *Cómo se organiza ese poder es una cuestión de forma más que de sustancia*”.⁷

A diferencia de otras aproximaciones al fenómeno del Estado moderno y sus formas de gobierno, la concepción “operativa” de la teoría del orden público denotada en la anterior cita de Laski centra su atención en

5 Un horizonte teórico configurado por las figuras de Bentham y de Hegel, y un horizonte histórico, dominado por la visión del orden social y las instituciones liberales, en el que Eric Hobsbawm ha llamado el “largo” siglo XIX (1789-1914) en contraste con el “corto” siglo XX (1917-1989).

6 Laski, Harold, *A Grammar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1925 (1931), p. 15.

7 *Ibidem*, p. 35 (énfasis añadido).

las funciones de gobierno, en particular en las distintas “formas” en las que, al menos desde el siglo XVI, la concentración y centralización de poder político, económico e ideológico permitió a los monarcas europeos desarrollar una maquinaria administrativa capaz de organizar las finanzas públicas de imperios transoceánicos; de abastecer ejércitos continentales, y de producir regulaciones efectivas mediante una burocracia relativamente compleja y eficiente. A través de procesos de organización de sus estructuras jerárquicas y del refinamiento técnico de sus entidades especializadas y profesionalizadas a lo largo de los siglos XVII y XVIII, así como del crecimiento a lo largo del siglo XIX de las exigencias de gestión pública por parte de la emergente sociedad burguesa y, posteriormente, de masas —en buena parte, “proletarizada”—, esta maquinaria burocrática alcanzó tal grado de preponderancia como instrumento de la autoridad centralizada y del ejercicio de la racionalidad y del control social que, en la que puede considerarse la obra cumbre de la teoría social liberal clásica, Max Weber llegó a sostener:

La organización burocrática pura... es a tenor de toda experiencia la forma *más racional* de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad *técnica* de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados.⁸

A lo largo del siglo XX esta actitud favorable a la organización burocrática se vio reforzada por tres grandes impulsos a la intervención del Estado en la esfera de la sociedad civil.⁹ La formulación de una *Second Bill of Rights* en Estados Unidos como reacción del *new deal* al estancamiento económico y social generado por la gran crisis; la expansión ge-

⁸ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 178.

⁹ Desde luego, también las Constituciones “sociales” como la mexicana de 1917 y la de Weimar en 1919 fueron impulsos dirigidos a consolidar la exigencia de gobiernos “fuertes” capaces de satisfacer las demandas provenientes de los sistemas de seguridad social y de la promoción del disfrute de derechos de igualdad de oportunidades en amplios sectores sociales. Sin embargo, debido a distintos factores que han desdibujado el valor normativo estas experiencias constitucionales, como la existencia en México del régimen político emanado de la revolución y de la catástrofe de la República de Weimar, estos impulsos *sui generis* no tuvieron un papel determinante en la configuración del paradigma de gestión pública en el siglo XX.

neralizada en la Europa de la posguerra de distintas fórmulas del Estado de bienestar y de rectoría pública de la economía sobre principios de economía política keynesianos, y la percepción de la urgente necesidad de la intervención del sector público como motor del desarrollo económico en los países emergentes o en desarrollo, ésta particularmente acusada tras el proceso de descolonización que siguió a la terminación de la Segunda Guerra Mundial.¹⁰

Como es sabido, no puede considerarse que, en términos generales, la confianza depositada en el Estado administrativo como generador de bienestar social fuera defraudada. A lo largo de los “treinta años dorados” (1945-1975) el crecimiento económico mundial fue vigoroso y sostenido y, aunque con significativas variaciones, relativamente generalizado; en las economías desarrolladas, pero también en los países emergentes, millones de ciudadanos traspasaron el umbral de derechos económicos y sociales nunca antes materializados (educación, salud, vivienda, etcétera); en distintas latitudes las administraciones públicas ampliaron sistemas de seguridad y de prestación hasta extremos impensables pocos años antes (pensiones de jubilación, seguros de desempleo, etcétera); en las economías industriales y posindustriales, aunque también en los sectores dominantes en amplias zonas del globo, la sociedad de masas se transformó en una sociedad de “consumo de masas”...

Sin embargo, a principios de la década de los setenta, por distintas razones “estructurales”, como la debilidad de las economías de los Estados nacionales para enfrentar las crisis del petróleo y las presiones sobre el patrón oro como sustrato del sistema financiero mundial; la manifestación de los primeros signos aparentes de la “entropía” de las grandes burocracias públicas y privadas en oriente y occidente; la visible insuficiencia de los aparatos nacionales para supervisar y controlar las actividades de algunos de sus agentes económicos nacionales más poderosos, etcétera y, también, como efecto de un cada vez más acusado “giro ideológico” hacia una creciente desconfianza en la capacidad del sector público

¹⁰ En este punto, en el contexto latinoamericano es imprescindible recordar el papel de la teoría de la dependencia expandida desde la CEPAL —particularmente por la figura de Raúl Prebisch— y su influencia en la política económica de industrialización por sustitución de importaciones que, como es sabido, dio a la gestión pública un papel preeminente en el modelo de desarrollo de la región. Para una aproximación breve a la cuestión, véase, por ejemplo, Vanden y Prevost, *Politics of Latin America. The Power Game*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

para dirigir y gestionar los problemas sociales,¹¹ el paradigma del Estado administrativo centralizado y burocratizado empezó a mostrar signos de un agotamiento crónico, que se fue agravando paulatinamente, hasta llegar al punto de hacer cierta la afirmación de Luis Aguilar que sintetiza elocuentemente el entorno en el que surge el paradigma contemporáneo de la gestión pública: “en las últimas décadas del siglo XX hemos pensado la política, el gobierno y la Administración Pública desde el esquema mental de crisis”.¹²

2. La crisis del Estado administrativo y la “reinención” del gobierno

En la anterior línea de ideas, simplificando mucho las causas concretas y el paulatino desenvolvimiento del paradigma contemporáneo de gestión pública, podemos considerar que éste es resultado fundamentalmente de dos crisis: una crisis ideológica de desconfianza en el gobierno burocrático, por un lado, y una crisis material de Estado desarrollador, por otro. Desde luego, dentro de la amalgama de impulsos, entornos y tendencias que podemos identificar en el proceso de decadencia y crisis de una concepción de las funciones y capacidades del Estado y del gobierno, así como en el proceso de ascenso y afianzamiento de otra u otras alternativas, existe un gran número de factores que varían e interaccionan en función de múltiples elementos políticos, económicos, sociales y culturales. Resultaría, pues, infructuoso intentar dar una explicación sencilla y unívoca de las distintas variables relevantes, o intentar delimitar exhaustivamente las causas y efectos de este tipo de procesos complejos. No obstante, con objeto de mostrar la naturaleza de la transformación, no es en absoluto ocioso enunciar algunos procesos “revolucionarios” que han operado como sus principales catalizadores:

- El asalto al Estado de bienestar y la desconfianza en el gobierno.
- El abandono del modelo keynesiano de política macroeconómica.

¹¹ Véase, por ejemplo, Kamarck, “Government Innovation around the World”, Ash Institute for Democratic Governance and Innovation, JFK School of Government, Harvard University, Cambridge MA, 2003, y “La reforma del Estado en América Latina en un contexto global”, en varios autores, 2001.

¹² Aguilar, Luis, *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 53.

- La caída del comunismo “real” y expansión de la ideología del “fin de la historia”.
- El ascenso del mercado como modelo de organización social.
- El surgimiento de la nueva economía de la información.
- La apertura comercial mediante las sucesivas rondas del GATT.
- La implementación efectiva de un mercado mundial de capitales.
- Las crisis económicas recurrentes en las economías emergentes.

Así pues, en un escenario compuesto, entre otros, por los elementos ideológicos y materiales que acabo de mencionar, los líderes de las principales democracias capitalistas reunidos en el conocido G7, los principales organismos financieros internacionales (BM, FMI, OCDE) y los programas de las instituciones educativas con preeminencia mundial, principalmente las pertenecientes al ámbito académico anglosajón, promovieron una política coordinada dirigida a generar una profunda transformación de las estructuras de gobiernos a nivel mundial en lo que se conoce como triunfo del neoliberalismo —o “revolución” neoliberal— generando un “cambio de paradigma” de gestión pública, que ha dado lugar a lo que ha venido llamándose “la nueva gestión pública”.

En cuanto a la crisis ideológica, este “cambio paradigmático” puede verse como una reordenación de los mecanismos básicos de gestión social con el propósito explícito de modificar los parámetros de racionalidad y control de los medios mediante los cuales cualquier sociedad realiza sus objetivos fundamentales. De hecho, tal y como lo estoy planteando aquí, la reorganización de las preferencias sociales entre los paradigmas de gestión pública refleja sólo parcialmente el universo de posibilidades técnicas de racionalización y control de la relación entre medios y fines sociales. Así pues, en un nivel más concreto, la “política” de reforma suponía modificar de manera estratégica y gradual las formas en que se ejercía y se limitaba la intervención del Estado —*i. e.*, la acción pública— en la organización social modificando el peso relativo y las tareas asignadas, respectivamente, a la burocracia, al mercado y la deliberación, dentro del modelo de contemporáneo de gobernanza democrática.

Por otra parte, en relación con la crisis material, y en particular con el último punto señalado como detonante del cambio de paradigma, la recurrencia de crisis en las economías emergentes, un documento que de alguna manera tiene una función catalizadora del debate acerca de la nueva

gestión pública en América Latina es el Informe del Banco Mundial sobre el desarrollo mundial de 1997: *El Estado en un mundo en transformación*, donde se señala la necesidad de una profunda transformación de los poderes públicos en los países en desarrollo sobre la base de una doble estrategia:

...en una primera instancia, una estrategia de acomodo de las funciones del Estado a su capacidad efectiva, con el objeto de concentrar sus capacidades en las funciones que puede y debe realizar, dejando a un lado otros objetivos que, en todo caso, no puede realizar satisfactoriamente y que suponen una dispersión de recursos y, en una segunda instancia, una estrategia de reforzamiento del Estado, mediante la revitalización de las instituciones públicas a través del diseño de reglas y controles efectivos que sirvan para combatir la corrupción generalizada y también para someter a las instituciones de gobierno a una mayor competencia que las obligue a mejorar su desempeño. Lo cual, supone que *el gobierno sea más responsable frente a las necesidades de las personas por medio de una mayor participación y descentralización*.¹³

Como veremos, la transparencia es una pieza clave en la utilización de los tres tipos básicos de incentivos incluidos en la propuesta del Banco Mundial: mejores normas y controles más eficaces; mayor competencia inter e intragubernamental, y más extensa y comprometida participación ciudadana. No obstante, antes de continuar resulta importante señalar que no hay una concepción unívoca del paradigma de la nueva gestión pública y que, en todo caso, en virtud de las distintas motivaciones y capacidades de los gobiernos para transformarse efectivamente, la implementación de este paradigma no ha sido uniforme en los distintos entornos nacionales. En el caso de los países en desarrollo, caracterizados, en términos generales, por gobiernos con altos niveles de captura y altos niveles de corrupción, y con bajos niveles de competencia administrativa y bajos niveles de participación ciudadana, el impulso a las reformas ha sido, por lo general, débil y ambiguo. Por ello, en este orden de cosas, a propósito del principio de transparencia resulta particularmente relevante tener en cuenta que, a pesar del valor que se predique de la transparencia en documentos oficiales, legales y constitucionales, la implementación del principio no depende sólo —ni tan siquiera, fundamentalmente— de factores voluntaristas, sino de la capacidad efectiva del Estado para dise-

¹³ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, 1997, p. 3 (énfasis añadido).

ñar y sostener instrumentos de transparencia pública en un entorno político, burocrático y social desfavorable.¹⁴

3. *El núcleo normativo del nuevo paradigma de gestión pública*

La “reforma” de la administración pública impulsada por la nueva gestión pública ha dado lugar a dos tendencias que han servido para motivar y orientar la transformación de las estructuras y procesos de gobierno. La primera tendencia de la reforma puede considerarse como vertiente *pública*, y se deriva directamente de los procesos de democratización con objeto de “reivindicar, recuperar y reconstruir la *naturaleza pública* de la Administración Pública”,¹⁵ centrándose en elementos relacionados con el fortalecimiento y aplicación de los principios del Estado de derecho —imperio de la ley, control judicial de la administración, judicatura imparcial y eficaz, etcétera—. La segunda tendencia de la reforma, producto de la patente incapacidad de los Estados desarrolladores para hacer frente a la recurrencia y la extensión de crisis sociales económicas, puede denominarse vertiente *gerencial*, y “busca recuperar, reactivar y reconstruir la *capacidad administrativa* del Administración Pública”,¹⁶ centrándose en medidas racionalizadoras de la acción pública destinadas a hacer creíble la capacidad del Estado para realizar sus funciones, tales como el equilibrio fiscal y la introducción de criterios de eficiencia en la dirección y gestión de las entidades públicas.

Ahora bien, a pesar de que, como cabe esperar, las anteriores tendencias o vertientes establezcan distintas prioridades para gestión pública y, consecuentemente, formulen mecanismos de gestión y esquemas de implementación de políticas públicas diversos e, incluso, en alguna medida incompatibles, lo fundamental en relación con el principio de transparencia como política pública es su coincidencia con dos ejes, que ponen de

14 Al respecto, véase, por ejemplo, Manning, “The Legacy of the New Public Management in Developing Countries”, *International Review of Administrative Sciences*, 2001, y, en términos más generales, Howlett (2005). Para una visión del desarrollo y los retos de este proceso en México, véase, por ejemplo, varios autores, *Pensar en México*, México, Conaculta-Fondo de Cultura Económica, 2006; Aguilar, *México: crónicas de un país posible*, México, Conaculta-Fondo de Cultura Económica, 2006, y Ayala, *Instituciones para mejorar el desarrollo. Un nuevo pacto para el crecimiento y el bienestar*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

15 Aguilar, Luis, *Gobernanza y gestión pública*, cit., nota 12, p. 40.

16 *Idem*.

manifiesto la profundidad de la transformación en la concepción contemporánea del gobierno, que Aguilar ha calificado sintéticamente como la “centralidad del ciudadano” y la superación de la “visión internista” en la administración pública.¹⁷ Así pues, en el contexto de “crisis” apuntado más arriba, la traslación de los ejes hacia la centralidad del ciudadano y hacia una visión gerencial sobre los que está llamada a girar la gestión pública contemporánea tiene como horizonte la realización de varios objetivos generales, entre los cuales pueden destacarse los vinculados

¹⁷ “Por la vertiente *pública*, la recuperación del ciudadano ocurre cuando mediante varios argumentos doctrinales y movilizaciones reales se reivindica y reconoce —en conexión con la tradición republicana más que con la estrictamente liberal y democrática— *el derecho o la obligación o la libre opción de los ciudadanos a comprometerse y corresponsabilizarse con el bien de su comunidad política y, por consiguiente, a constituirse como sujeto de la deliberación política sobre asuntos públicos*, en contrapunto a una larga tradición teórica y práctica que en los mejores casos valoró al ciudadano como nacional, elector, opinador, contribuyente y conscripto, pero que en la dimensión administrativa lo consideró siempre objeto y destinatario de la acción gubernamental: el ciudadano como el gobernado y el administrado por definición. Por la vertiente *gerencial*, la *recuperación del ciudadano ocurre cuando en los enfoques de gestión estratégica se le entiende como el agente crucial del entorno gubernamental*, cuyos comportamientos y demandas en diferentes campos de la vida social y política representan «oportunidades» o «amenazas/adversidades» para la legitimidad y efectividad del gobierno, o cuando conforme a la filosofía de la administración de calidad, se le entiende como usuario/cliente del servicio público cuyas expectativas deben ser conocidas, y cuya eventual insatisfacción por el servicio recibido lo convierte en un potencial cuestionador del gobierno o en alguien que pierde la confianza en la capacidad o buena disposición, con el resultado de deteriorar la legitimidad de los gobiernos... Por visión *internalista* o gubernamentalista de la administración pública [AP] entiendo la tesis bastante generalizada que reduce a la AP al conjunto de organizaciones, procesos, programas y personal del gobierno, el cual por lo demás suele ser pensado en muchos países como rector superior e independiente de una sociedad supuestamente atrasada, anómica e incompetente. De esta tesis se deriva que la AP consista primeramente en la actividad de dirigir al conjunto de organizaciones, programas y personal que integran el gobierno (microadministración) y, acto seguido, en la actividad de dirigir a la sociedad en su conjunto (macroadministración) mediante las decisiones y acciones de ese cuerpo de organizaciones gubernamentales. En esta tesis, en la que la AP consiste fundamentalmente en dirigirse y administrarse a sí misma, no se acepta o no se resalta la posibilidad legítima de que los ciudadanos —más allá de sus representantes elegidos y más allá de su derecho a opinar y deliberar sobre la actuación del gobierno y sobre los asuntos públicos de su comunidad— pudieran incidir en la decisión sobre las políticas y los programas públicos o sobre los estándares que debe cumplir la provisión de bienes y servicios públicos o que pudieran mediante varias formas organizativas (privadas, civiles, comunitarias...) convertirse en sujetos o actores administrativos públicos” (Aguilar, *Gobernanza y gestión pública, cit.*, nota 12, pp. 43 y ss., énfasis añadido).

con la legitimidad, la racionalidad y la eficiencia de los procesos de gobierno.

4. *Los objetivos de la reforma de la administración pública*

La reforma de la administración pública pretende incrementar la legitimidad de la gestión pública configurada mediante una idea más exigente de racionalidad de la acción pública. En este sentido, una acción pública no se legitima sólo en virtud de su origen, sino también de sus resultados. El poder público no obtiene su legitimidad exclusivamente de la voluntad mayoritaria mediante el sufragio (principio de mayoría) ni primordialmente por el acatamiento formal del proceso administrativo (principio de legalidad), sino también, y de forma fundamental, a través de acciones públicas que, de hecho, correspondan de manera eficaz con los intereses de los ciudadanos (principio de efectividad).¹⁸

18 Fritz Scharpf ha descrito este proceso en los siguientes términos: “En la teoría democrática, el ejercicio de la autoridad se legitima como manifestación de la autodeterminación. Pero, como el propio concepto de democracia, el de autodeterminación es un concepto contestado, complejo y con gran carga valorativa. Sin embargo, en la historia de la teoría política normativa es posible identificar dos perspectivas distintas pero complementarias —una que enfatiza la primera parte del término compuesto y otra que enfatiza la segunda—. En mis trabajos he descrito estos elementos como creencias legitimadoras orientadas al insumo (*in-put oriented*) y orientadas al producto (*out-put oriented*). El pensamiento democrático orientado al insumo enfatiza el «gobierno *por* el pueblo». Las decisiones políticas están legitimadas en la medida en la que reflejan «la voluntad del pueblo» —esto es, si se puede creer que reflejan las auténticas preferencias de los miembros de la comunidad—. En contraste, la perspectiva orientada al producto enfatiza el «gobierno *para* el pueblo». Aquí, las decisiones políticas se legitiman en tanto que promuevan efectivamente el bienestar de la comunidad en cuestión” (Scharpf, Fritz, *Governing in Europe. Effective or Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 6). Lo central de esta aproximación a los procesos de legitimación democrática en relación con el principio de transparencia es que la legitimidad orientada por el resultado depende de normas institucionales y de mecanismos de incentivos que sirvan a dos finalidades potencialmente en conflicto: controlar el abuso de autoridad y facilitar la solución efectiva de los problemas. Esto último supone que todos los intereses tienen que ser tenidos en cuenta en la configuración del interés general, y que los costos y beneficios de la implementación de las medidas dirigidas a servir al interés general deben ser asignadas mediante principios de justicia distributiva aceptables. Y si bien es cierto que, como he señalado antes, las democracias constitucionales varían significativamente respecto de la forma en la que combinan las funciones preventivas y facilitadoras de los sistemas institucionales y de incentivos, en lo referente al nuevo paradigma de gobierno parece claro que la legitimidad orientada al resultado está indisolublemente vinculada con la implementación de los ciertos mecanismos institucionales en los que la transparencia ocupa un

La reforma administrativa busca reforzar la racionalidad de la acción pública expandiendo el espacio del análisis de las políticas públicas, recuperando la necesaria articulación y complementariedad entre dos tipos o formas de análisis “racional”. En este sentido, por un lado, se amplían las formas de análisis racional confinadas por el anterior paradigma exclusivamente al problema de la asignación de recursos escasos a fines alternativos, al que subyace la concepción instrumental/maximizadora de la racionalidad y, por otro lado, se enriquecen los contenidos susceptibles de análisis racional del proceso de descubrimiento y ponderación de los argumentos o razones aceptables para sostener creencias, tomar decisiones y realizar acciones, al que subyace una forma dialógica-argumentativa de la racionalidad. Así, mientras que para el análisis centrado en la primera forma de racionalidad el problema central consiste en la “correcta” evaluación de la información relevante y en la “exacta” medición de los costos y beneficios de una acción pública mediante técnicas cuantitativas formales —por ejemplo, las categorías básicas de la microeconomía—, para el análisis centrado en la segunda forma de racionalidad el problema central consiste en cómo mejorar la calidad del discurso público mediante técnicas argumentativas dirigidas a descubrir los problemas, a probar las asunciones, a estimular el debate y, sobre todo, a educar a los ciudadanos a distinguir entre buenas y malas razones para la acción pública.¹⁹ En este sentido, *la transparencia es una condición para la institucionalización de la deliberación racional pública como forma de gobierno.*

La reforma administrativa intenta mejorar la eficiencia de las políticas públicas, para lo cual requiere establecer parámetros concretos para la selección, la programación y la evaluación de las estrategias de gobierno. En este sentido, en una primera instancia, tanto el planteamiento y dise-

lugar central. Por ello, la legitimidad de la acción pública está condicionada por la posibilidad de identificar los mecanismos de toma de decisión y de implementación de las acciones de los poderes públicos, con el propósito de poder conocer los intereses y preferencias de los ciudadanos así como de evaluar el grado de realización de los objetivos sociales a los que pretende servir. Por ello, *la transparencia es una condición necesaria para comprender las demandas, las condiciones y los objetivos de los procesos de gobierno y, por tanto, para que éstos sean susceptibles de adhesión democrática.*

¹⁹ Para un tratamiento más amplio de este punto, véase, por ejemplo, Kelman, “Why Public Ideas Matter”, y Majone, “Policy Analysis and Public Deliberation”, ambos en Reich, Robert (ed.), *The Power of Public Ideas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1988.

ño como la implementación de las políticas públicas deben estar condicionados por el cumplimiento de criterios objetivos de ordenación, planeación y especificación de la acción pública que coadyuvan a la satisfacción efectiva de las demandas sociales de servicios públicos y que, en una segunda instancia, operan como una condición necesaria para la asignación eficiente y el control democrático de los recursos públicos. En este sentido, los mecanismos de información, control y evaluación de los procesos de gobierno deben potenciar que los ciudadanos conozcan y puedan cuestionar las reglas y las decisiones que condicionan y perfilan la implementación de las políticas públicas, por lo que *la transparencia es un requisito ineludible para una mejora en la calidad de los servicios públicos.*

En resumen, *el principio de transparencia es un instrumento para democratizar los procesos de gobierno. Su función democratizadora se vincula tanto con las condiciones como con los productos de tales procesos de manera interdependiente en distintos momentos de la actividad compleja que conocemos como gestión pública.*

III. LAS FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y LOS OBJETIVOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA

A pesar de la complejidad con la que se integran las distintas funciones del principio de transparencia dentro de los procesos de gestión pública, podemos precisar su relevancia, a la vez como variables de análisis y como criterios de evaluación, considerando su incidencia en los principales estándares de gobernanza democrática: la responsabilidad y la eficacia del gobierno.

1. *Transparencia y responsabilidad*

Como he apuntado antes, la transparencia se vincula con dos dimensiones de la responsabilidad: la obligación de dar cuentas o razones de la acción pública, por un lado, y la susceptibilidad de ser sancionable en el caso de desviaciones respecto de los estándares normativos de la función pública, por otro. La primera dimensión se vincula particularmente con las políticas de promoción de la deliberación como forma de gobierno y de refuerzo del control de las instituciones mediante mecanismos direc-

tos e indirectos (*checks and balances*), mientras que la segunda vertiente de la responsabilidad se relaciona centralmente con la política de lucha contra la corrupción.²⁰

Respecto de la primera vertiente de exigencia de responsabilidades mediante el robustecimiento de procesos de deliberación democrática, resulta oportuno, a su vez, distinguir dos líneas fundamentales de incidencia de la transparencia: la responsabilidad vertical (gobierno → ciudadano) y la responsabilidad horizontal (gobierno ↔ gobierno) respecto de la acción pública.

Por su parte, la responsabilidad vertical puede dividirse en dos tipos de medidas vinculadas con la exigencia de responsabilidades que giran en torno a la superación de la visión internalista de la administración a la que me refería antes, en los que la transparencia incide de distinta manera en virtud del momento de la acción pública. Por un lado, podemos encontrar fórmulas para el refuerzo de la responsabilidad vertical *ex ante* la acción pública, en la que la transparencia incide en las condiciones para que el gobierno conozca los intereses y las preferencias de los ciudadanos a través de mecanismos que hacen sensibles a las administraciones públicas las demandas de la población como, por ejemplo, las consultas, la difusión y discusión previa de los programas gubernamentales. Esta forma vertical de responsabilidad incide en lo que se puede llamar una “construcción deliberativa del interés público”. Por otro lado, podemos encontrar fórmulas para el refuerzo de la responsabilidad vertical, *ex post* la acción pública, en las que la transparencia incide en las posibilidades y las capacidades efectivas para que los ciudadanos conozcan las condiciones y las razones que llevaron a una acción pública concreta a través de mecanismos de cuantificación, medición e información de la implementación de los programas públicos. Esta forma vertical de responsabilidad incide en lo que se puede llamar un “ejercicio deliberativo de evaluación pública”.

Por parte de la línea de responsabilidad horizontal la incidencia de la transparencia se enfoca fundamentalmente en las condiciones para que una

²⁰ A propósito de estas categorías, véase, por ejemplo, Schedler, “Conceptualizing Accountability”, en Schedler *et al.* (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder-Londres, Lynne Rienner, 1999, y para un análisis de su vinculación con el alcance del derecho a la información en México, *cfr.* López-Ayllón, S., “La constitucionalización del derecho a la información”, en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

instancia pública responda frente a otra(s) instancia(s) pública(s). En este sentido, puede decirse que en un sistema político democrático la responsabilidad horizontal es, en principio, una forma indirecta de la responsabilidad vertical. No obstante, cuando hablo de la línea de responsabilidad horizontal me estoy refiriendo a la noción asentada y extendida, aunque también contestada, en la ciencia política contemporánea de “responsabilidad horizontal” (*horizontal accountability*) que Guillermo O’Donnell ha definido como:

...la existencia de agencias estatales con competencias y poderes, y fácticamente dispuestas y capaces, de emprender acciones, que van desde la supervisión rutinaria hasta la sanción penal o la destitución, en relación con las acciones u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden calificarse como ilegales.²¹

Ahora bien, una propiedad de la responsabilidad horizontal subrayada por O’Donnell, que enfatiza un carácter eminentemente democrático de esta noción significativamente más exigente que el mero control de legalidad, es que las acciones u omisiones susceptibles de generar juicios de responsabilidad pueden referirse a la afectación de tres esferas: las condiciones de la poliarquía; los derechos liberales y los principios republicanos. Esta división tripartita nos permite ver cómo, en el caso de México, como producto de la histórica “captura” de la agenda pública por parte de las elites, la transición democrática es todavía gravemente deficitaria al menos en dos de las esferas de responsabilidad apuntadas. Esto se explica porque las sucesivas reformas constitucionales y legales dirigidas en las últimas dos décadas a la “democratización” del país se han obsesionado por la distribución del poder político cifrada en la organización de la justicia electoral (condiciones de la poliarquía), dejando a un lado las cuestiones que ocupan prioritariamente a los ciudadanos —aunque, como lamentablemente hemos podido comprobar, no necesariamente a la clase política— como protección efectiva de los derechos fundamentales, las condiciones normativas y materiales para un gobierno

21 O’Donnell, Guillermo,: “Horizontal Accountability in New Democracies” en Schedler *et al.* (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner, Boulder-Londres, 1999, p. 38.

eficaz y la imposición del interés público en las acciones de gobierno (esferas de los derechos liberales y de los principios republicanos).²²

También en este orden de cosas, la incidencia de la transparencia puede analizarse a la luz de procesos de supervisión y control, que varían en virtud de su entorno institucional u organizacional. Por un lado, la transparencia incide en el refuerzo de los mecanismos de supervisión y control interinstitucional, fundamentalmente sobre la base de mecanismos que implementan el principio constitucional de la división de poderes en los distintos niveles de gobierno. Este tipo de mecanismos dan lugar a lo que podemos llamar el ejercicio de la “responsabilidad como control democrático representativo”. Esta vertiente de la responsabilidad presupone, desde luego, un modelo de Constitución democrática en el que la división competencial de los poderes del Estado —en particular, de las competencias del control— refleje la prioridad “político-democrática” del Poder Legislativo y una prioridad “normativo-constitucional” del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo. Ahora bien, ni la “prioridad democrática” ni la “prioridad constitucional” a favor de una mayor capacidad de control interinstitucional por parte de los poderes Legislativo y Judicial supone una “exención” de la responsabilidad de estos poderes del Estado, y, consecuentemente, tampoco supone una exención del régimen de transparencia. La diferencia fundamental entre los regímenes de transparencia pública en una sociedad democrática no radica en la posibilidad, o no, de exigir responsabilidades por el ejercicio de funciones públicas —sea éste de carácter administrativo, legislativo o jurisdiccional— sino por el marco “institucional” en el que éstas se exigen. Ni el ejercicio de las facultades soberanas de los poderes legislativos (federal o locales) ni el carácter último de las resoluciones de los tribunales supremos se encuentran “por encima” o “más allá” de la exigencia de responsabilidad-

²² Para un análisis más profundo de estas cuestiones, véase, por ejemplo, Moreno, Erika *et al.*, “The Accountability Deficit in Latin America”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, y Magaloni, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law”, en Mainwaring, Scott y Welna, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003. Para una agenda relativamente exhaustiva para la modernización de la “naciente” democracia mexicana, véase Giugale, Marcelo *et al.* (eds.), *Mexico. A Comprehensive Development Agenda for the New Era*, Washington, Banco Mundial, 2001, y para una agenda complementaria para la “segunda ronda” democratizadora puede consultarse el reciente informe del Banco Mundial *Democratic Governance in Mexico: Beyond State Capture and Social Polarization*, Washington, 2007.

des constitucionales y democráticas, atrincherado en la esfera nebulosa y, en ocasiones, cínica de la “responsabilidad política” o “histórica” tan fecunda en arbitrariedad y prolija en impunidad. Los debates parlamentarios deben contener información que ponga de manifiesto de manera transparente las opciones, las preferencias y las decisiones de los representantes populares —y, por cierto, de sus partidos—. Del mismo modo, las argumentaciones judiciales deben transparentar las motivaciones y justificaciones de todas y cada una de las resoluciones jurisdiccionales. Si bien, como consecuencia de las limitaciones intrínsecas en la operación institucional de cualquier democracia constitucional, en ciertos casos límite algunas decisiones públicas rebasan el alcance de los mecanismos de control y supervisión interinstitucionales, un criterio fundamental para considerar a un sistema político como “plenamente democrático” es, precisamente, la medida en la que mediante procedimientos no formalmente institucionalizados, como la opinión pública y la crítica social, se lleva a cabo la exigencia de responsabilidades por este tipo de decisiones “excepcionales”.

Por otro lado, la transparencia incide en los niveles de responsabilidad de las entidades públicas a través de mecanismos de control intrainstitucional. En este plano, un factor fundamental consiste en el diseño y la implantación de sistemas de medición y desempeño de las distintas unidades de administración sobre la base de la vinculación expresa de sus distintas funciones en relación con la desagregación, pieza por pieza, de las políticas, los programas y los procesos. Ello supone establecer estándares claros e indicadores bien definidos que permitan la conformación de información claramente interpretable respecto del desempeño de distintos agentes con funciones directivas y de implementación que permitan la adscripción de responsabilidades dentro de las organizaciones. En este punto hay que señalar que la posibilidad de configurar las condiciones de una administración eficaz y eficiente requiere una administración capaz de adscribir responsabilidades, tanto positivas como negativas, a los distintos organismos, departamentos, unidades y personas dentro de las organizaciones. Éste es un requisito básico de una aproximación gerencial a la administración pública, ya que sólo mediante tales mecanismos de desagregación organizacional es posible una asignación racional de los incentivos.

En este mismo orden de ideas, el refuerzo de la responsabilidad democrática de la administración puede verse también como una política que

enlaza la transparencia con lucha contra la corrupción. En este punto, si bien, en efecto, como señalara el juez Brandeis, la luz del sol es el mejor desinfectante, es necesario tener en cuenta que la “corrupción” es un fenómeno multiforme que comprende una gran variedad de formas de “desviación” potencialmente susceptibles de inhibición, directa e indirecta, por la transparencia, pero que en virtud de factores como la generalización, la escala y carácter sistémico, las distintas formas de corrupción generan distintas “opacidades”, que son afectadas de modos diversos por aquélla. Por ello, aunque parezca que la transparencia está llamada de manera inmediata a jugar un papel determinante respecto de la lucha contra la corrupción, al valorar los efectos previsibles del principio de transparencia como política pública en este ámbito es necesario tener en cuenta el desarrollo institucional y el entorno de implementación de las variables organizativas que afectan el control sobre los procesos administrativos, por lo que la intervención del principio de transparencia ha de instrumentarse mediante el desarrollo de tres tipos de programas complementarios:

1) programas dirigidos a una mayor profesionalización de la carrera en la administración pública, consistentes, por lo general, en el establecimiento de procedimientos de acceso y permanencia en el ejercicio de la función pública y, en particular, en la aplicación de estándares públicos de competencia profesional y de integridad de los funcionarios públicos que establecen bases de formación académica y de experiencia mínima para el acceso y que vinculan la permanencia y el ascenso en el escalafón al desempeño de los funcionarios; 2) programas de simplificación administrativa dirigidos a reducir los costos de los agentes sociales generando una mayor competitividad y, en particular, dirigidos a suprimir procesos que no cumplen ninguna función de gobierno pero que, como consecuencia de su carácter discrecional, son utilizados de manera generalizada como oportunidades para la corrupción, y 3) programas de información patrimonial de los funcionarios dirigidos a informar sobre la situación económica de los funcionarios tanto a lo largo como a la terminación del desempeño de sus funciones.²³

23 En este orden de ideas es de extrañar que, aunque por sí misma la existencia de una Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal constituye un avance en la transparencia del gobierno, el artículo 2o. de la misma Ley considere a ésta exclusivamente como un mecanismo para garantizar la igualdad de oportunidades mediante un sistema cuyos principios rectores como la legalidad, la eficiencia, la

Desde luego, el grado de implementación y la eficacia de los programas anteriores y, en particular, la relevancia de los mecanismos de transparencia como elementos funcionales de los mismos varía significativamente en virtud de una multiplicidad de elementos contextuales heterogéneos, que van desde el desarrollo de una cultura democrática de participación ciudadana y el grado de independencia de los medios de comunicación respecto de los poderes públicos, hasta las formas de estructuración y el grado de implementación de las tecnologías digitales en los procesos de las administraciones públicas. Sería inadecuado tratar de explorar en este contexto los distintos mecanismos de interacción de los anteriores programas y las distintas variables contextuales relevantes. Sin embargo, a la luz de la doble tendencia pública y gerencial que ha supuesto la reforma de la administración pública, parece oportuno resaltar que la eficacia de los instrumentos de transparencia no viene dada o, quizá mejor dicho, no está condicionada de manera exclusiva por el mero acceso a la información pública, sino por la utilización estratégica de la transparencia de la información como incentivo para los agentes públicos y privados dentro de los procesos de gobierno. En este punto resulta crítica la correcta evaluación de la relación entre la capacidad del Estado y el grado de complejidad del sistema de diseño y, sobre todo, de los procesos de implementación de las políticas públicas. Así, por ejemplo, la función de la transparencia en las estrategias de lucha contra la corrupción en un Estado débil y administrativamente poco desarrollado variará significativamente dependiendo del hecho de que en ese Estado exista una protección efectiva de la libertad de expresión —incluida, desde luego, la existencia de medios de comunicación plurales e independientes—. En tales condiciones, la efectividad instrumental de la transparencia seguramente se verá potenciada mediante una sólida interconexión entre la información accesible a los comunicadores —y, a través de ellos, al público en general— y la protección del derecho a informar y respaldado por las “inmunidades” requeridas para el ejercicio del periodismo de investigación. En contraste si, por ejemplo, nos encontramos en el caso de un Estado fuerte y suficientemente desarrollado administrativamente aunque con medios de comunicación poco plurales o ampliamente cooptados por el poder político o económico, la efectividad instrumental de la transparencia se-

objetividad, la calidad, la imparcialidad, la equidad, la competencia por mérito y la equidad de género. Creo que éste constituye sólo un ejemplo, entre muchos, de la visión fragmentaria que impera en la reordenación administrativa del país.

guramente se verá potenciada mediante una universalización de la información pública y por una fuerte protección del derecho a la información —en particular de los elementos relacionados con la veracidad de ésta—, así como mediante la interconexión de este derecho con la generación de espacios públicos para la participación de organizaciones de la sociedad civil y de los ciudadanos particulares.

Lo central a tener en cuenta es, pues, que desde una perspectiva estratégica de la transparencia como instrumento en la lucha contra la corrupción, lo verdaderamente determinante no es la existencia *per se* de información, sino que sea previsible que tal información sea relevante para las decisiones de los agentes públicos y privados que potencialmente puedan llegar a afectar a los intereses/incentivos de los sujetos susceptibles de actos de corrupción. En este orden de cosas, en particular en los casos de las democracias en transición o consolidación como la mexicana, junto con factores como la independencia y autonomía judicial y el desarrollo de una “cultura cívica” de supervisión ciudadana, el papel de las organizaciones democráticas intermedias, como los medios de comunicación y los partidos políticos, es de extraordinaria importancia como condensador y potenciador de los efectos inhibidores de la transparencia en los distintos índices de corrupción. Si, por efecto de arreglos o acomodados de los factores reales de poder la información no fluye de manera objetiva y coherente a través del altavoz de los medios de comunicación, o si, por equilibrios y negociaciones corporativistas o como efecto de la captura de la política por los poderes fácticos, la constatación de la desviación no tiene efectos “sancionadores” en la configuración de las listas o en la selección de los dirigentes de los partidos políticos, es poco previsible que la transparencia de la información pública tenga, por sí sola, repercusiones sensibles en la lucha contra la corrupción. Desde luego, la anterior es sólo una dimensión de la importancia que tienen los medios y los partidos como organizaciones integrantes de una sociedad en la que prevalezca una concepción robusta de transparencia democrática. Como señalaba antes, estas instituciones intermedias no sólo están llamadas a incidir mediante la transparencia en el control de los abusos del poder, sino que deben cooperar en la efectividad del gobierno, es decir, han configurar las condiciones institucionales de un gobierno deliberativo que actúe guiado por una definición pluralista del interés público.

En síntesis, *el principio de transparencia es una pieza fundamental de la democratización del poder público en dos esferas de responsabilidad:*

la construcción deliberativa del interés público y el control democrático representativo. En la medida en que estas esferas de responsabilidad gubernamental concretan los fundamentos de legitimidad mayoritario y de legalidad, están indisolublemente vinculadas con la vertiente pública del paradigma contemporáneo de gestión pública, pero para que realicen también el principio de eficacia es necesario desarrollar mecanismos administrativos que desarrollen la vertiente gerencial del paradigma y, también, la cooperación de instituciones intermedias como los medios de comunicación y los partidos políticos.

2. Transparencia y eficacia

Como veíamos en las páginas anteriores, el núcleo normativo de las reformas de la administración pública exigidas por el nuevo paradigma de gestión pública no incluye sólo transformaciones en el eje de la recuperación del ciudadano como agente central en la deliberación pública, sino que también conlleva la necesidad de desarrollar una dimensión gerencial en la gestión pública centrada en el principio democrático de efectividad de la acción pública en virtud de la satisfacción de los intereses de los gobernados; para lo cual, como apuntábamos, además de recuperar la centralidad del ciudadano como eje de las decisiones públicas, es imprescindible la superación de la visión internalista de la administración desde una óptica gerencial de la gestión pública. El desarrollo de esta dimensión gerencial supone abandonar la concepción tradicional del Estado administrativo, en la que la cuestión de cómo se organiza el poder es más una cuestión de forma que de sustancia. Es decir, supone girar la atención desde el entorno relativamente previsible y estable de la organización hacia las condiciones inciertas y variables de la estrategia para enfrentar un problema en un contexto complejo. En este orden de cosas, el análisis administrativo no es ya —al menos, no fundamentalmente— el diseño de sistemas formales y de procesos especializados, sino “la posibilidad de pensar y argumentar sistemáticamente acerca de las formas alternativas de proveer servicios públicos”,²⁴ por lo que la “racionalidad” de la decisión administrativa no depende ya —al menos, no fundamentalmente— del seguimiento mecánico de procedimientos preestablecidos, sino en la

²⁴ Hood, Christopher, *Administrative Analysis. An Introduction to Rules, Enforcement and Organizations*, Wheatsheaf Books, Sussex, 1986, p. ix.

medida en que tal decisión conduzca *efectivamente* a la provisión de un servicio público demandado por la comunidad. Dicho en otros términos, en este contexto la “racionalidad” adopta una forma pragmática identificándose con la eficacia.

Naturalmente, este “giro” hacia una administración pública estratégica requiere profundas transformaciones organizacionales para la generación de políticas públicas “legítimas” y “racionales” en los términos que he venido exponiendo. Y, como cabe esperar, la implementación del principio de transparencia tiene una función crítica en distintos estadios y dimensiones de los procesos del gobierno estratégico. Sin embargo, por razones de espacio me detendré únicamente en el efecto de la transparencia en dos prerrequisitos de la formulación “racional” de cualquier política pública dentro del paradigma de gestión pública contemporáneo.

Como es bien sabido, la formulación de políticas públicas supone tomar decisiones en un contexto franqueado por la escasez de recursos y por el pluralismo valorativo. Por ello, cuando ésta se centra en la solución o gestión de problemas, la transparencia administrativa tiene una función crítica en dos momentos: como factor en los procesos de especificación de los objetivos y de los programas concretos para su realización, por un lado, y como condición de la aceptabilidad de los efectos de los programas y medidas específicas, por otro.

Respecto de la determinación de objetivos y el diseño de los programas, la transparencia incide directamente en dos elementos, uno fáctico y otro normativo, implícitos en el diseño de cualquier política pública, a saber: la elección de ciertos hechos como relevantes, frente a otros que *no* se consideran como tales, y la legitimación pública de ciertas preferencias, frente a otras que *no* se consideran como tales.

Respecto de la elección de los hechos o estados de cosas relevantes para el diseño de una política pública y la inteligibilidad de la relación medios-fines en la acción pública respecto de sus objetivos (elemento fáctico), una administración estratégica y transparente debe dar a conocer sus criterios de decisión o, si se prefiere, debe dar razones o presentar argumentos, al menos, respecto de dos factores: la naturaleza del problema y las alternativas básicas disponibles para enfrentar el problema.

Respecto de la naturaleza del problema, la administración debe poder presentar, entre otros, *argumentos sobre la factibilidad* (¿se trata realmente de un problema?, esto es, ¿es una cuestión al menos parcialmente solucionable o gestionable?); *argumentos sobre la importancia* (¿el pro-

blema afecta realmente un valor importante —la vida, la salud, etcétera— o sólo constituye una molestia o un inconveniente?) y *argumentos sobre el carácter del problema* (¿es una cuestión colectiva o privada?, ¿su solución beneficia al conjunto de la colectividad o sólo a alguno(s) de sus miembros?).

Respecto de las alternativas básicas para gestionar el problema, la administración debe poder presentar, entre otros, *argumentos respecto de la efectividad de la acción colectiva voluntaria* (¿es previsible que el bien público se produzca por la acción colectiva voluntaria?, ¿qué efectos cabe esperar del comportamiento estratégico de los individuos) y *argumentos respecto de la posibilidad de la acción individual o de un grupo relevante* (¿existe alguien que tenga una capacidad suficiente y un interés tan fuerte como para proveer del bien público en cuestión, a pesar de la existencia de gorriones?, ¿es previsible que tenga lugar tal intervención?). Y si las cuestiones anteriores se responden negativamente, entonces resultan oportunos los *argumentos relativos al ejercicio de algún tipo de poder público* (¿es oportuno utilizar el poder público normativo, esto es, ordenar, prohibir, permitir, prohibir?, o ¿es oportuno desplegar la riqueza del Estado?, o ¿es mejor utilizar su capacidad ideológica o de comunicación?), y los *argumentos respecto de las posibilidades para tomar una decisión en relación con el uso del poder público* (el poder público se ejercerá ¿por votación?, ¿mediante negociación?, ¿a través de la jerarquía administrativa?).

Respecto de la definición de qué preferencias han de tener un carácter “público” y cómo se distribuyen los costos y beneficios de las políticas y de los programas específicos (elemento normativo), una administración estratégica y transparente debe dar a conocer las reglas y criterios para gestionar los conflictos derivados del pluralismo político o, si se prefiere, debe dar razones o presentar argumentos, al menos, respecto de dos factores: cómo se ejerce el poder público implícito en la medida en cuestión y con qué criterios se asignan los distintos costes y beneficios de su implementación.

Con independencia de cómo se resuelvan las cuestiones anteriores respecto del ejercicio de poder público, tienen que tomarse distintas decisiones operativas o técnicas respecto de su despliegue. En este sentido, si consideramos, como propone Christopher Hood, que “el problema de la administración pública es el de diseñar y aplicar reglas que gobiernen el

consumo y la producción de servicios públicos”,²⁵ estas decisiones de “instrumentación” o, si se prefiere, de “administración” de la acción pública pueden sistematizarse mediante la identificación de seis tipos de reglas o argumentos que conforman la estructura genética básica de cualquier decisión pública. Por lo que puede decirse, desde luego, que la transparencia respecto de los procesos de despliegue de cualquier política pública depende, a su vez, de la transparencia respecto del contenido de estas reglas o argumentos, a saber:

a) *Reglas sobre los límites o argumentos respecto de quiénes deben estar involucrados en la decisión*: ¿quiénes deben proponer y evaluar la medida en cuestión?, ¿quiénes deben ser los sujetos del impuesto o los beneficiarios del subsidio?, ¿quién es elegible para el cargo?, ¿cuál debe ser el alcance de la medida, local o general?, ¿la medida debe ser tomada en una instancia política o técnica?

b) *Reglas sobre el alcance o argumentos respecto del alcance de la medida*: ¿qué poder debe conferirse a la autoridad en la materia?, ¿qué impuestos pueden implementarse, con qué frecuencia y con qué límites?, ¿qué obras públicas deben realizarse?, ¿quién debe responsabilizarse de los trabajos públicos?

c) *Reglas o argumentos sobre las posiciones*: ¿cómo debe(n) integrarse el (los) órgano(s) de decisión?, ¿y lo de ejecución?, ¿por cuánto tiempo deben operar tales órganos?, ¿cuál es la relación entre éstos y dentro del conjunto de la administración?, ¿se debe tratar de órganos autónomos o jerarquizados?

d) *Reglas sobre la autoridad y el procedimiento o argumentos respecto de quién y cómo decide*: ¿qué posibilidades existen para hacer excepciones?, ¿bajo qué condiciones y mediante qué procedimientos se establecen sus consecuencias positivas o negativas?, ¿cabén recursos de revisión o de rechazo de la decisión?

e) *Reglas de información o argumentos acerca de la gestión de las instituciones*: ¿cómo debe comunicarse la medida? La operación de las instituciones en cuestión ¿es de interés público?, ¿debe haber algún record de los procesos de la autoridad?, ¿deben los procedimientos de los órganos públicos o pueden ser privados?, ¿existirán organismos de supervisión y vigilancia?

²⁵ *Ibidem*, p. 13.

f) *Reglas de agregación o argumentos acerca de la participación:* ¿las decisiones deben someterse a votación o a consulta? Si ese es el caso, ¿deben decidirse por mayoría simple o cualificada?, ¿debe tener alguien algún voto de calidad?

Por otra parte, en el espacio relativo a la transparencia de los criterios con que se asignan los distintos costes y beneficios de la implementación de las políticas públicas nos encontramos con el problema de la estructuración del conjunto de las políticas públicas dentro de la política, y no sólo con los problemas relativos a sus límites normativos o a las condiciones fácticas para su efectividad. En este nivel, la función central de la transparencia no se limita a delinear las relaciones del gobierno *vis à vis* los intereses o preferencias de los ciudadanos, sino que consiste en reconocerlos y legitimarlos como parámetro de las relaciones políticas. Es decir, en este nivel la estructuración de las políticas públicas entra en contacto con la justificación del poder público y del Estado y, en particular, con la justificación moral de la democracia como forma de gobierno. En esta línea de ideas, la implementación de una política pública estará justificada si, y sólo si, existen razones para considerar que ésta expresa intereses y preferencias de los ciudadanos en una forma de estructuración de las relaciones políticas *moralmente preferible* a cualquier otra posible: la democracia. Esto es, en este punto la teoría de la democracia enlaza con la teoría de la justicia, por lo que las razones para preferir una política pública a la luz de sus efectos distributivos dependerán de la viabilidad de la teoría de la justicia sobre la que se apoye, y ésta, a su vez, como ha señalado Amartya Sen, dependerá en gran medida de la base de información sobre la que se valoren los Estados sociales y las instituciones: las necesidades, el mérito, las condiciones de adquisición de propiedad, la justicia como equidad, etcétera.²⁶

Ahora bien, aunque en lo que acabo de decir me he referido centralmente a las aportaciones de la transparencia en un gobierno democrático desde la perspectiva de la teoría o filosofía política, los argumentos o razones a los que he hecho alusión se refieren a la posibilidad de que los procesos de decisión pública reflejen variables de evaluación de la formulación de políticas públicas que se han formulado en otros términos. Así, por ejemplo, en su reporte *The Politics of Policies: Economic and*

²⁶ Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knoff, 1999.

Social Progress in Latin America de 2006, el Banco Interamericano de Desarrollo aplica un indicador de “atención pública” (*public-regardedness*), que tiene como propósito reflejar factores como los siguientes: 1) la medida en la que las autoridades tienden a favorecer mediante su actuación a los agentes con buenas conexiones con el gobierno; 2) el grado en el que las transferencias sociales llegan efectivamente a los pobres y no a los ricos; 3) la capacidad del Estado para imponer efectivamente costos a los más poderosos, y 4) la medida en la que, frente a la concentración y la organización de intereses particulares, el gobierno representan intereses difusos y desorganizados. No creo que cueste ningún trabajo reconocer que estos indicadores están íntimamente vinculados con la capacidad de un gobierno para formular buenas razones en los distintos argumentos a los que me refería más arriba.²⁷

Así pues, recapitulando, *la transparencia es un elemento imprescindible para la focalización efectiva de las políticas públicas en los problemas sociales, y ésta, a su vez, es una condición necesaria para su legitimidad democrática.*

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto, pues, que en las últimas décadas del siglo XX tuvo lugar una profunda transformación en la concepción de la gestión pública que, con objeto de hacer frente a una idea exigente de la legitimidad en la que se sustanciaran los principios de mayoría, de legalidad y de efectividad, ha tenido como consecuencia una política generalizada de reforma de las administraciones públicas, sobre una vertiente pública, centrada en la realización de los valores del Estado de derecho, y una vertiente gerencial, centrada en la gestión estratégica de los asuntos públicos. En este entorno teórico, institucional y normativo, el principio de transparencia aparece como un instrumento fundamental para democratizar los procesos de gobierno o de gobernanza. Su función democratizadora se vincula tanto con los procesos como con los productos de la gestión pública de manera interdependiente en distintos momentos de la actividad compleja, que conocemos como gestión pública, de los que destacan tres: 1) las

²⁷ Para una evaluación de los avances respecto de estas variables, y de los retos pendientes en para la gobernanza democrática en México, véase Banco Mundial (*Mexico Beyond State Capture and Social Polarization*, *cit.*, nota 22, 2007).

condiciones para comprender las demandas, las condiciones y los objetivos de los procesos de gobierno y, por tanto, para que éstos sean susceptibles de adhesión por parte de los ciudadanos; 2) las condiciones para la institucionalización de la deliberación racional pública como forma de gobierno, y 3) las condiciones para una mejora en la calidad de los servicios públicos.

En este orden de cosas, la constitucionalización del principio de transparencia supone un impulso a la democratización del poder público en dos órdenes: el refuerzo de la responsabilidad por las decisiones de gobierno y la eficacia de la acción pública. Los efectos de la transparencia a la responsabilidad son particularmente notables en dos esferas: la construcción deliberativa del interés público y el control representativo de la acción pública. Ahora bien, en la medida en que estas esferas de responsabilidad gubernamental concretan los fundamentos de legitimidad mayoritario y de legalidad están indisolublemente vinculadas con la vertiente pública del paradigma contemporáneo de gestión pública, pero para que se realice también el principio de eficacia como criterio de legitimidad democrática es necesario desarrollar mecanismos administrativos que desarrollen la vertiente gerencial del paradigma y que involucren a instituciones intermedias comprendidas en la noción de gobernanza, como los medios de comunicación, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, etcétera.

En cuanto a la eficacia, la transparencia es un elemento imprescindible para la efectiva focalización de las políticas públicas en los problemas sociales, y ésta, a su vez, es una condición necesaria para la prestación eficaz de los servicios públicos, de la que depende, en última instancia, la legitimidad del gobierno, ya que como nos advierte *El Federalista*:

Un buen gobierno implica dos cosas: primero, fidelidad a su objeto, que es la felicidad del pueblo; segundo, un conocimiento de los medios que permitan mejor alcanzar ese objeto. Algunos gobiernos carecen de ambas cualidades, y casi todos de la primera. No siento escrúpulos en afirmar que en los gobiernos americanos se ha prestado muy poca atención a la segunda.²⁸

²⁸ Madison, James *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, núm. 62, 2006 (1780), p. 264.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, José Antonio (coord.), *México: Crónicas de un país posible*, México, Conaculta-Fondo de Cultura Económica, 2006.
- AGUILAR, Luis, *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- AYALA, José, *Instituciones para mejorar el desarrollo. Un nuevo pacto para el crecimiento y el bienestar*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*, Washington, D. C., Cambridge MA, Harvard University-David Rockefeller Center for Latin American Studies.
- BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, 1997.
- , *Mexico Beyond State Capture and Social Polarization*, Washington, 2007.
- GIUGALE, Marcelo *et al.* (eds.), *Mexico. A Comprehensive Development Agenda for the New Era*, Washington, Banco Mundial, 2001.
- HOLMES, Stephen, *Passions & Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 1995.
- HOOD, Christopher, *Administrative Analysis. An Introduction to Rules, Enforcement and Organizations*, Wheatsheaf Books, Sussex, 1986.
- KAMARCK, Elaine, “La reforma del Estado en América Latina en un contexto global”, en VARIOS AUTORES, 2001.
- , *Government Innovation around the World*, Ash Institute for Democratic Governance and Innovation, JFK School of Government, Harvard University, Cambridge MA, 2003.
- KELMAN, Stephen, “Why Public Ideas Matter”, en REICH, Robert (ed.), *The Power of Public Ideas*, Cambridge MA., Harvard University Press, 1988.
- LASKI, Harold, *A Grammar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1925 (1931).

- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “La constitucionalización del derecho a la información”, en LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- MADISON, James *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006 (1780).
- MAGALONI, Beatriz, “Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law”, en MAINWARING, Scott y WELNA, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MAJONE, Giandomenico, “Policy Analysis and Public Deliberation”, en REICH, Robert (ed.), *The Power of Public Ideas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1988.
- MANNING, Nick, “The Legacy of the New Public Management in Developing Countries”, *International Review of Administrative Sciences*, 2001.
- MORENO, Erika *et al.*, “The Accountability Deficit in Latin America”, en MAINWARING, Scott y WELNA, Christopher (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- O’DONNELL, Guillermo “Horizontal Accountability in New Democracies”, en SCHEDLER *et al.* (eds.) *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner, Boulder-Londres, 1999.
- PASQUIER, Martial y VILLENEUVE, Jean-Patrick, “Transparence et accès à l’information. Typologie des comportements organisationnels des administrations publiques visant à limiter l’accès à l’information”, Working Paper 2/2005, Institut de Hautes Études en Administration Publique (IDHEAP), Chavannes-près-Renens, 2005.
- PETERS, Guy, *The Future of Governing*, Lawrence, University Press of Kansas, 2001.
- REICH, Robert, “Policy Making in a Democracy”, en REICH, Robert (ed.), *The Power of Public Ideas*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1988.

- SALAMON, Lester, "The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction", en SALAMON, Lester (ed.), *The Tools of Government*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- SCOTT, Colin, "Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State", en JORDANA, Jacint y LEVI-FAUR, David (eds.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004.
- SCHARPF, Fritz, *Governing in Europe. Effective or Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- SCHEDLER, Andreas, "Conceptualizing Accountability", en SCHEDLER et al. (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder-Londres, Lynne Rienner, 1999.
- SEN, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knoff, 1999.
- STOKER, Gerry, "Governance as Theory: Five Propositions", *International Social Sciences Journal*, 1998.
- VANDEN, Harry y PREVOST, Gary, *Politics of Latin America. The Power Game*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- VARIOS AUTORES, *Pensar en México*, México, Conaculta-Fondo de Cultura Económica, 2006.

Y QUE NOS DEJEN EN PAZ.
APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Fernando ESCALANTE GONZALBO*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *La reforma del artículo 6o*. III. *El espacio privado y la dignidad humana*. IV. *La libertad de los modernos*. V. *Mínimo panorama*. VI. *Para legislar*. VII. *Sumaria orientación bibliográfica*.

I. PRELIMINAR

El derecho a la privacidad es algo bastante obvio y que, de entrada, no necesita argumentarse mucho. No está en duda ni resulta polémico: nadie lo discute, nadie tiene problemas para saber de qué se trata. Sin embargo, resulta casi inasible en la legislación mexicana. No está definido en ninguna parte, no aparece en la Constitución, salvo de modo oblicuo, y no es fácil saber qué límites tiene ni qué obligaciones impone.

Sabemos que nadie puede irrumpir sin mandato judicial en nuestro domicilio, sabemos que están protegidas la correspondencia y las conversaciones telefónicas, sabemos que no se pueden hacer públicos datos confidenciales, pero el derecho a la privacidad es más que todo eso. Si se piensa un poco, tampoco es tan extraña esa relativa indefinición, porque corresponde a la naturaleza cambiante de la privacidad. Seguramente no es posible dar una definición completa, exacta y detallada, pero acaso tampoco haga falta. Se podría pedir, en cambio, y sería muy útil, una idea más concreta del bien jurídico que se quiere proteger cuando se habla de la privacidad.¹

* Profesor-investigador del Colegio de México.

¹ Inevitablemente, en lo que sigue reitero algunas de las ideas que expuse hace un par de años, también en un texto publicado por el IFAI. Escalante Gonzalbo, Fernando, *El derecho a la privacidad*, México, IFAI, 2004.

Empiezo por lo más elemental. Ningún derecho es absoluto. El derecho a la privacidad, incluso en la forma más o menos inarticulada en que existe en la legislación mexicana, forma parte de un sistema y se define a partir de un conjunto de fronteras, obligaciones y derechos. Aparece como problema, en particular, en el campo en que coinciden el derecho a la información, la libertad de prensa y la vida privada. Es un terreno muy problemático, en el que es difícil encontrar soluciones definitivas en caso de conflicto; puede haber un arreglo de límites, por decirlo así, pero será siempre provisional, tentativo, polémico, porque en los tres temas se tiende a dar una interpretación cada vez más amplia de los derechos: de la información que se puede exigir al Estado, de lo que pueden publicar y difundir los medios de comunicación, y del espacio que las personas pueden preservar como privado.

Insisto: el arreglo es difícil, pero no imposible. Y sí es necesario darle alguna claridad. Por razones que no hace falta ni siquiera enunciar, durante mucho tiempo, en México, nos hemos preocupado sobre todo de garantizar el derecho a la información y proteger hasta donde es posible la libertad de expresión. Se ha dejado de lado, como cosa secundaria, el derecho a la privacidad y la intimidad. Tanto que ni siquiera está enunciado de un modo inequívoco en la Constitución ni en la legislación federal. Y el resultado es un arreglo de límites incompleto, que ocasiona problemas: la ley de imprenta no es el recurso más adecuado para resolver los conflictos que pueden surgir al respecto, y en la mayoría de los casos es perfectamente inútil e inaplicable.

Hay otros campos problemáticos, desde luego. Me interesa subrayar de entrada éste porque se trata de derechos incluidos en la Constitución, en el conjunto de garantías individuales, y es necesario arbitrar sus límites con tanta claridad como sea posible.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 6o.

El propósito fundamental de la reforma del artículo 6o. constitucional del 13 de junio de 2007 es garantizar el acceso a la información pública, e incluir en el título doctrinal de la Constitución el derecho a la información. No tiene sentido pedirle otra cosa a la reforma si se ha de evaluar con seriedad, por sus méritos. Es decir: en lo que sigue no discuto ni la importancia de la reforma ni su sentido ni su redacción; tampoco sus

consecuencias en lo que se refiere a su primer propósito. Me interesa lo que se omite y lo que se deja para la legislación secundaria en un aspecto muy concreto: el derecho a la privacidad, que no estaba entre los objetivos de la reforma.

No está del todo ausente, sin embargo. Durante la discusión de la iniciativa varios legisladores hablaron de la necesidad de proteger los datos personales de que disponen las diferentes dependencias del Estado, y lo hicieron todos con las mismas razones y casi con las mismas palabras. En la exposición de motivos del proyecto original se menciona como uno de los principios básicos de la reforma:

El segundo principio, tiene que ver con el entendido de que no existen derechos ilimitados, dado que estos hayan su acotamiento, en la protección de intereses superiores, que para el caso en concreto se refiere a la protección de la intimidad de las personas, por lo que la información que se refiera a la vida privada y los datos personales, deberá considerarse como confidencial, y será de acceso restringido en los términos que fijen las leyes.

Se explica también en el análisis de la iniciativa, en términos muy enérgicos pero no enteramente claros:

La fracción segunda. En ella se establece una segunda limitación al derecho de acceso a la información, misma que se refiere a la protección de la vida privada y de los datos personales. Esta información no puede estar sujeta al principio de publicidad, pues pondría en grave riesgo otro derecho fundamental, que es el de la intimidad y la vida privada.

Es fundamental esclarecer que aunque íntimamente vinculados, no debe confundirse la vida privada con los datos personales. La primera se refiere al ámbito de privacidad de las personas respecto de la intervención tanto del estado como de otros particulares. Los datos personales, en cambio, son una expresión de la privacidad.

La redacción no es muy afortunada. Sobre todo porque ese “derecho fundamental” a la “intimidad y la vida privada” no está consignado en la Constitución. Está claro que la protección de la privacidad es un principio general, que incluye la confidencialidad de los datos personales, pero no está claro el apoyo jurídico concreto de la argumentación.

El límite es enteramente lógico. Si la ley obliga al Estado a hacer pública casi cualquier información que le sea solicitada por los ciudadanos,

también debe hacer la salvedad de que eso excluye la información personal que, de modo confidencial, reciben las diferentes dependencias públicas para el desempeño de sus funciones: historias clínicas, datos fiscales, financieros, escolares, familiares, laborales, que no podrían publicarse sin riesgo de perjudicar a los interesados y cuya difusión difícilmente podría considerarse de interés público en la mayoría de los casos.

Hay por esa razón una línea en el texto del nuevo artículo 6o. que abre el proceso legislativo para definir y garantizar el derecho a la privacidad. Es la fracción segunda. Literalmente dice: “La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Es poco. Es insuficiente no ya para asegurar, sino siquiera para enunciar el derecho a la privacidad, porque no hace más que señalar una excepción al derecho a la información, que remite al principio general de privacidad, que no figura en la ley. A partir del contexto, además, puede inferirse que se trata exclusivamente de “la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”, según el enunciado de la fracción primera. Es poco, pero al menos se reconoce y se señala el problema.

En términos prácticos, el principio que justifica esa línea es fácil de enunciar: las autoridades obtienen información personal que es indispensable para muchos propósitos —censo, hacienda, educación, salud— pero no pueden usarla de modo discrecional, ni entregarla a otras personas o instituciones. De hecho, no podrían siquiera recabar esa información o no tan fácilmente si existiera el temor de que pudiera hacerse pública o usarse para otros fines. Es decir: hacía falta, y está bien hecho, darle también rango constitucional a la protección de datos personales, si se le da al derecho a la información. El principio tiene que explicarse y delimitarse en la legislación secundaria, donde habrá que definir lo que son datos personales, señalar responsabilidades, obligaciones, límites y sanciones concretas. Pero ésa es sólo una parte del problema, y no la más interesante.

Me explico. Es fácil que se diga en la ley que el historial clínico de los funcionarios debe estar protegido, porque es información personal; pero es obvio que el estado de salud del presidente de la República es un asunto de interés público. La situación familiar, la información sobre cuentas bancarias y relaciones amistosas o de parentesco de los funcionarios son datos personales, pero no son irrelevantes si pueden implicar un conflicto de in-

tereses en el área específica de su encargo. Lo malo es que nunca puede saberse de antemano qué clase de información será relevante.

De nuevo, en el análisis de la iniciativa se señala el problema y se explican las excepciones, pero resulta evidente que no puede haber un criterio general que sirva para todos los casos:

La fracción segunda establece también una reserva de ley en el sentido que corresponderá a ésta, determinar los términos de la protección y las excepciones a este derecho. Así es perfectamente posible considerar que cierta información privada o datos personales, que adquieran un valor público, podrán ser divulgados a través de los mecanismos que al efecto determine la ley. Este es el caso, por ejemplo, de los registros públicos de la propiedad, de los salarios de los funcionarios públicos o bien de la regulación del ejercicio del consentimiento del titular de la información para que esta pueda ser divulgada. En otras palabras, existen circunstancias en que, por ministerio la ley, los datos personales podrán ser divulgados sin el consentimiento del titular.

En otros casos, la ley deberá prever la posibilidad de que, algunos datos personales, puedan ser divulgados cuando un órgano jurisdiccional o administrativo determine que existen razones particulares que justifiquen su divulgación, previa garantía de audiencia del implicado. De cualquier forma, las autoridades deberán realizar una cuidadosa ponderación que justifique el hecho de que una información que pertenece al ámbito privado, puede ser divulgada por así convenir al interés público.

En varios artículos de la Constitución se alude a la protección de la privacidad y la intimidad. Y digo bien: se alude, porque nunca aparece como derecho, de un modo explícito. Se puede inferir a partir de la redacción de los artículos 4o., 6o. o 24, pero no está dicho. La enunciación más clara es la del artículo 16, pero es muy ambigua. Dice, literalmente: “Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. A continuación, aparte de explicar los procedimientos judiciales que pueden justificar aprehensiones y cateos, se dice que “las comunicaciones privadas son inviolables”, y se argumentan y enumeran las excepciones.

La redacción del párrafo primero del artículo —es importante— es copia literal, palabra por palabra, de la que tenía en la Constitución de 1857. Eso explica, en parte, sus insuficiencias. No están claros los límites ni el principio en que se apoya la prohibición, pero tampoco está claro a quién obliga. No está claro en qué consiste el derecho protegido, es

decir, qué clase de obligaciones impone a quiénes ni cómo se resuelven las tensiones —que son inevitables— entre ese derecho y la libertad de expresión, por ejemplo. Da la impresión de que se refiere a las “molestias” ocasionadas por la autoridad, a policías e inspectores, que sí podrían intervenir “en virtud de mandato escrito de la autoridad competente”. No es, hoy en día, ni la más grave ni la más frecuente de las molestias.

El tema tiene muchas aristas. Remite a campos muy distintos, desde el secreto bancario hasta la libertad de conciencia o la igualdad de trato. Por cuya razón, para poner algún orden, es indispensable saber que es el bien jurídico que se quiere proteger y por qué razón se protege. Lo digo una vez más: no estaba entre los propósitos cuando se discutió la reforma del artículo 60., pero es uno de los temas que inevitablemente tendrán que discutirse para elaborar la legislación secundaria. Y que acaso amerite también una reforma constitucional.

III. EL ESPACIO PRIVADO Y LA DIGNIDAD HUMANA

No es extraño que la distinción entre lo público y lo privado no aparezca de un modo explícito en la Constitución. Está en todas partes, porque es uno de los principios básicos de estructuración del orden jurídico: tan básico, tan obvio que ni siquiera necesita decirse porque corresponde al sentido común.

La distinción atraviesa todo el conjunto de las garantías individuales y buena parte de la legislación federal, en asuntos fundamentales. Aparece en ámbitos muy distintos, en formulaciones que a primera vista no tienen relación alguna entre sí. Está muy obviamente en la idea de propiedad privada, que no se define en la Constitución, pero también en la inviolabilidad de la correspondencia o en la libertad de conciencia. Digámoslo así: toda la estructura constitucional depende de la existencia de dos ámbitos claramente distintos, uno privado y otro público, que no se explican ni se justifican, salvo donde hay excepciones.

Hay una idea básica, a la que responde el conjunto: debe haber ámbitos de actividad libres de cualquier clase de interferencia.² Son muchos y

² Es lo que en el texto clásico Isaiah Berlin llamaba la “libertad negativa”, es decir, la no-interferencia. Véase Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en Berlin, *Liberty* (Henry Hardy, ed.) Oxford, Oxford University Press, 2002.

distintos, pero el principio es siempre el mismo. Siempre se trata, en el plano más abstracto, de proteger la dignidad. Rara vez se explica en esos términos, pero el argumento no tiene ningún misterio: se supone que la dignidad humana implica la posibilidad de elegir en libertad, y se supone que el Estado debe garantizarla, para todos por igual. La traza está en el sistema de garantías individuales. Libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de trabajo, libertad de tránsito, libertad para decidir el número de hijos. En conjunto se dice que cada persona tiene derecho a hacer su vida.

Aunque sea más o menos obvio, no sobra decirlo: privado no significa inexpugnable. Están siempre como límites los derechos de los demás y el interés público: con palabras muy parecidas se repite en casi todos los artículos que definen las garantías individuales. Ahora bien, no se puede delimitar de modo definitivo el ámbito de lo privado, porque siempre será discutible el alcance del interés público, el momento en que se justifica una intervención de la autoridad; también cambia con el tiempo el contenido concreto de los derechos de los demás, cambia el orden de prioridades. La ley interviene hoy para regular asuntos que en otro tiempo se consideraban enteramente privados, como la educación de los hijos en casa, el trato entre los miembros de la familia, pero también se abstiene de sancionar conductas que antes eran castigadas.

Es un tema complicado, interminable. Lo que me interesa subrayar es que en el corazón del ámbito privado están el domicilio, la correspondencia, las relaciones personales, y el derecho a mantener ante los demás la imagen que uno quiera dar de sí mismo. Esto es, no sólo el derecho a decidir sobre la propia vida: lo que uno quiere hacer, pensar, creer, sino el derecho a pasar desapercibido o, según la conocida expresión del juez Brandeis, el derecho de que lo dejen a uno en paz. Digo que eso está en el corazón del ámbito privado no sólo porque sea lo más personal y cercano, sino que sirve de garantía para las demás libertades.³

Trato de explicarme. En primer lugar, es evidente que el derecho de que lo dejen a uno en paz no se refiere sólo al Estado, sino a cualquiera; de hecho, las intromisiones más cotidianas y frecuentes, las que pueden afectar a la mayoría en su vida diaria, no son las de las autoridades, sino

³ Sobre la importancia de la intimidad para la configuración de la identidad y la autoestima en las sociedades contemporáneas, vale la pena ver Giddens, Anthony, *The Transformation of Intimacy, Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

las de amigos, familiares, vecinos, compañeros de trabajo, compañías de seguros, bancos, empresas.⁴ Y en segundo lugar, se refiere sobre todo a la información, a lo que uno quiere mantener fuera de la mirada de los demás, por cualquier razón. El motivo es casi obvio. En el orden jurídico puede establecerse la libertad de conciencia, por ejemplo, puede prohibirse la discriminación por motivos de credo, militancia política u orientación sexual, pero eso no significa que efectivamente desaparezca toda forma de discriminación en la sociedad: hay muchas cosas permitidas por la ley que siguen siendo *mal vistas*. Es inevitable, en la medida en que el campo de la moral es siempre más extenso que el de la legalidad. Hay muchas materias con respecto a las cuales el derecho no se pronuncia, pero que la gente sí valora y sanciona, y eso no puede cambiarse.

La sociedad —familia, empresas, iglesias, sindicatos— puede ejercer presión sobre los individuos en esos terrenos e imponer un sistema de creencias o un modo de vida, aunque no sea más que con la presión informal. Lo más a lo que puede llegar el Estado, aparte de prohibir las formas más flagrantes de segregación, es garantizar a todos el derecho de mantener su vida fuera de la mirada del prójimo, para evitar cualquier clase de presión. Sin eso, sería muy difícil el ejercicio efectivo de las libertades consagradas en la ley.

No es el único problema. La información acerca de la vida privada puede usarse para desacreditar a alguien o hacerlo avergonzarse, para ejercer presión; también para obtener alguna ventaja, como recurso de extorsión o de persecución política. Hay muchas instituciones que tienen datos personales: médicos, académicos, laborales, fiscales, financieros, familiares, judiciales, que nadie quisiera ver publicados; aunque no haya en esa información nada ilegal ni nada particularmente embarazoso, cualquiera se sentiría vulnerable —expuesto— si circulara entre otras gentes, aparte de quienes la tienen confiada por razones profesionales, administrativas o legales.

⁴ Sirve de referencia la definición de Hayek: la libertad es “aquella condición de los hombres en cuya virtud la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo”. Hayek, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, Fundación Ignacio Villalonga, 1961, vol. I, p. 61.

IV. LA LIBERTAD DE LOS MODERNOS

La existencia de un espacio privado protegido legalmente es un hecho relativamente reciente.⁵ En el plano jurídico es uno de los rasgos típicos del Estado moderno, que para empezar reconoce la libertad de conciencia. Materialmente, es resultado del orden urbano: sólo tiene sentido proteger el derecho a la privacidad si ésta puede de hecho quedar al amparo de la mirada de los demás. Y eso sólo sucede en las ciudades. Por otro lado, la mayor parte de las amenazas para la privacidad son también producto de la vida moderna, en particular del desarrollo tecnológico.⁶

Vayamos por partes. La mayoría de las actividades que hoy consideramos privadas eran asuntos de interés público en cualquier sociedad hace doscientos o trescientos años: las creencias religiosas, el orden de la vida familiar, las prácticas sexuales; también los oficios, el régimen de propiedad o el derecho de residencia. Sólo cuando el Estado suprime todas las demás jurisdicciones —de Iglesia, corporaciones, gremios, estamentos— y adopta una definición laica, se comienza a configurar el espacio privado que conocemos, como ámbito de decisión individual libre más o menos extenso. Es aproximadamente lo que Benjamin Constant llamaba la “libertad de los modernos”.⁷

Ahora bien: ese tipo de libertad sólo puede darse, materialmente, en un espacio urbano, en condiciones de relativo anonimato, donde hayan perdido fuerza los mecanismos tradicionales de control social. En las pequeñas comunidades rurales no puede existir en la práctica, salvo con muchas dificultades y de un modo precario, un ámbito privado: todo se hace a la vista de los demás, es conocida y comentada la vida de todos.

5 Una historia emocionante sobre la formación del espacio íntimo y su importancia en el orden burgués puede leerse en Gay, Peter, *Schnitzler's Century. The Making of a Middle Class Culture: 1815-1914*, Nueva York, W. W. Norton, 2002.

6 Las amenazas de la vida moderna para la autonomía personal eran ya motivo de preocupación a principios del siglo XX (véase, por ejemplo, Dewey, John, *Viejo y nuevo individualismo*, Barcelona, Paidós, 1984). Son cada vez más y más serias.

7 Según Constant, la libertad de los antiguos —pensaba en Grecia y Roma concretamente— consistía en “ejercer colectiva y directamente varias de las funciones de la soberanía”, mientras que la libertad de los modernos es, en estricto sentido, la “libertad individual”, es decir, el derecho de pensar, hablar, actuar en el espacio privado sin interferencia de ninguna autoridad. Véase Constant, Benjamín, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, en Constant, *Écrits politiques* (Marcel gauchet, ed.), París, Gallimard / Folio, 1997.

Aunque la ley diga otra cosa, la presión social impone un esquema de comportamiento general que es difícil evadir.⁸

El Estado moderno no puede impedir que la sociedad valore las conductas, que prefiera una determinada religión, un tipo de familia, o que condene algunas prácticas, desde la homosexualidad hasta la brujería. El Estado produce, legalmente, lo que se podrían llamar *espacios de indiferencia*, a partir de una trama de derechos individuales: son espacios en los que el poder público suspende el juicio, no se pronuncia ni a favor ni en contra, y permite que cada quien decida libremente, sin otro límite que los derechos de los demás. Dicho de otro modo: en esos espacios nadie está obligado a tomar en cuenta los sentimientos ni las ideas morales de otros. Pero no por eso dejan de existir. Y eso significa que en las decisiones de la vida privada hay siempre el riesgo de incurrir en la desaprobación social: sólo resulta tolerable si se puede contar con un relativo anonimato.

Vale la pena insistir: la libertad no significa que no haya límites, sino que los límites sean explícitos, conocidos y objetivos, de modo que se pueda actuar con seguridad dentro de ellos. Esa importancia tiende a garantizar el derecho a la privacidad.

Para decirlo en una frase, el Estado moderno define y protege el ámbito de lo privado *en contra de la sociedad*, en contra de la inercia por la que de modo natural tenderían a imponerse las ideas, valores y creencias de la mayoría, y ese sistema de protección es parte del proceso de la civilización, en la medida en que la civilización implica el respeto de los espacios de indiferencia que permiten ampliar el campo de la libertad individual.⁹

Desde luego, cuando se incluyen en las primeras Constituciones modernas, de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, las declaraciones de derechos individuales, y se configura un ámbito privado mediante garantías para la libertad de conciencia, la libertad de expresión,

⁸ Es uno de los temas más clásicos de la sociología: el cambio en los sistemas de control social en el proceso de urbanización. Para la primera escuela de Chicago —Park, Thomas, Znaniecki— era la pieza clave para entender el orden moderno. Véase, por ejemplo, entre lo más conocido, a Ezra Park, Robert, *On Social Control and Collective Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1967, *passim*.

⁹ Esa inercia no desaparece nunca: hay siempre, incluso en las sociedades contemporáneas, la tendencia a imponer normas de conducta y legislar para restringir los “ámbitos de indiferencia”. Véase, por ejemplo, Morone, James A., *Hellfire Nation. The Politics of sin in American History*, New Haven, Yale University Press, 2003.

la inviolabilidad de domicilio y correspondencia, en ese primer momento se piensa sobre todo en limitar el poder del Estado. Se trata de poner límites definitivos a la arbitrariedad de los funcionarios públicos y, en particular, de las policías. Por ese motivo, asociado a los derechos individuales, inseparable, está el sistema de garantías procesales, por ejemplo. No obstante, conforme se consolida la idea del Estado moderno: secular, laico, individualista, liberal, la amenaza pública pasa a un segundo plano. El peligro está, cada vez más, en la sociedad: en comunidades que no admiten la disidencia religiosa, por ejemplo, en empresas que discriminan por motivos de militancia política u orientación sexual, en compañías que utilizan la información personal que tienen de empleados y clientes. En esa situación estamos.

Para poner un poco de orden, digamos que la protección del derecho a la privacidad tiene que enfrentar problemas de dos clases: la confidencialidad de los datos personales cuando forman parte de un archivo, y la publicación y difusión de información personal, cualquiera que sea la fuente.

En los dos casos, las amenazas son básicamente consecuencia del desarrollo tecnológico: de los nuevos recursos de identificación y vigilancia, de la naturaleza de información médica disponible, de la capacidad para almacenar y procesar información de todo tipo, del alcance de los medios de comunicación. Eso quiere decir que la legislación, tan detallada como se quiera hacer, será pronto y casi inevitablemente rebasada en su contenido material.

V. MÍNIMO PANORAMA

Para tener una mejor idea del problema, vale la pena una mirada panorámica: ¿en dónde, cómo, por qué está amenazada la privacidad? Hay una gran cantidad de información personal en registros públicos de todo tipo. Salvo en lo más general, es decir, en algunas restricciones básicas, no se pueden manejar del mismo modo todos ellos, porque sirven a distintos propósitos; hay archivos que sólo pueden abrirse mediante orden judicial, los hay que pueden compartirse con otras autoridades o incluso con empresas privadas, abogados, familiares.

En primer lugar está la documentación del Registro Federal de Electores, que es el más cercano equivalente mexicano a un documento nacio-

nal de identidad. Incluye información de edad y domicilio, fotografía, firma y huella digital. Tiene que ser accesible para los representantes de los partidos políticos, que están autorizados para verificar el padrón electoral. Está también la licencia para conducir, expedida por la autoridad responsable de transporte y vialidad de cualquiera de los estados: en la licencia aparece el nombre, el registro federal de causantes, fotografía, firma y huella digital, y en la base de datos figuran también el domicilio y el registro de infracciones de tráfico. La Secretaría de Relaciones Exteriores tiene también, por supuesto, la información a partir de la que se elaboran los pasaportes: acta de nacimiento, descripción física, domicilio, firma, fotografía, huella digital.

Aparte de eso está toda la información del Registro Civil: actas de nacimiento, actas de matrimonio, divorcio y defunción, con todos los detalles necesarios sobre la situación familiar en cada caso. También está el Registro Público de la Propiedad, con información sobre cualquier operación con bienes raíces, que aparte de la filiación consigna el monto de las operaciones, la fecha, las partes contratantes. En la Secretaría de Hacienda se guarda el registro de la información fiscal, que incluye domicilio, estado civil, dependientes, ingresos, ocupación, estados financieros, relaciones contractuales, justificación de deducciones.

Son apenas los documentos básicos, necesarios para la vida cotidiana de casi cualquiera. Aparte de ellos, hay que contar con el registro público de cualquier actividad: educación, deporte, salud, trabajo, litigios y procedimientos judiciales, cuyos datos son manejados por la autoridad responsable en cada caso, y que están en los archivos de la Secretaría de Educación, del IMSS, la Secretaría de Salud, de la Procuraduría General de la República, etcétera.

Una ley de protección de datos personales tiene que comenzar por regular la administración de todos esos archivos, bajo custodia de la autoridad. Entre otras cosas, porque existe la capacidad técnica para cruzar las bases de datos. Pero es sólo una mínima parte de la información personal clasificada para identificación.

Demos sólo un vistazo a lo demás. Las empresas tienen, lógicamente, archivos personales de sus empleados, que pueden incluir no sólo filiación y domicilio, sino historia laboral y clínica, evaluaciones psicológicas, experiencia profesional, estado financiero, situación familiar, sueldo, evaluaciones de desempeño. También pueden tener información sobre sus clientes: compras, créditos, ingresos, domicilio, teléfono. Los bancos

en particular tienen registro de empleo, sueldo, historial de crédito, situación fiscal, propiedades, operaciones financieras. La lista sería interminable: hospitales, escuelas, universidades, todas las empresas e instituciones tienen documentación personal con toda clase de datos más o menos pertinentes para su trabajo.

Sería necesario también regular esa clase de información: lo que puede o no puede preguntar una empresa o una organización cualquiera, lo que está autorizada a hacer con sus archivos, la responsabilidad que adquiere al organizar y clasificar la información, las condiciones en que puede compartirla. Ahora bien: incluso así, tomando en cuenta los archivos privados con datos personales, ofrecidos voluntariamente por empleados y clientes, tenemos sólo un panorama incompleto.

Es necesario tener presente también toda la información personal que se puede obtener sin que los afectados puedan siquiera darse cuenta. Pensemos, para empezar, en lo más obvio: todos los sistemas de vigilancia mediante cámaras de vídeo, que hay dondequiera; pueden ser auxiliares utilísimos para la administración de justicia y la seguridad, sin duda, para eso se han establecido, pero también podrían usarse para muchos otros fines. Más: los sistemas de identificación por tecnología biométrica, que permiten determinar con exactitud la identidad de cualquier persona a partir de una imagen fotográfica, y saber por ejemplo quién asistió a una manifestación de protesta, quién estuvo en un banco, en una oficina. Insisto: todo eso puede servir de apoyo para la administración de justicia, si se usa bien, pero también puede servir para intimidar, extorsionar o perseguir a quien sea.

Es mucho más delicada la información que se puede obtener a partir del ADN: no sólo sirve como recurso de identificación, sino que mediante el análisis del genoma —tal como empieza a ser posible— permite hacer estimaciones sobre el estado de salud, capacidades, propensión a cierta clase de dolencias; sería difícil exagerar las consecuencias que podría tener su uso si estuviera disponible para agencias de seguros, bancos o empresas, y se usara como criterio para decidir contrataciones o el otorgamiento de créditos, por ejemplo.

La tecnología permite captar, organizar, almacenar y cotejar información con enorme facilidad, sin necesidad de que nadie lo sepa. Las tarjetas de crédito, pongamos por caso, dejan un rastro muy detallado, y que automáticamente se incorpora a un archivo personal en que se registran los lugares que alguien frecuenta, días y horas, las cantidades que se gas-

tan, los gustos; y todo eso puede utilizarse —se utiliza— mediante sistemas bastante sencillos de análisis, para establecer patrones de consumo, por ejemplo, en lo que puede parecer más inofensivo, que son inapreciables para que las empresas diseñen sus estrategias de publicidad y mercadeo. Igualmente pueden servir para muchos otros propósitos, menos inocentes. Las llamadas telefónicas también dejan un rastro, y se identifican y registran automáticamente: en todo momento las compañías telefónicas pueden saber qué llamadas se hicieron desde cualquier número.

El uso de Internet presenta toda otra gama de problemas que parecen, directamente, inmanejables. Acaso un símil ayude a entenderlo. El modo de ingresar a la red ofrece la ilusión de que uno puede asomarse al mundo, mirar desde una ventana la información que se genera en cualquier otro lugar, sin salir de casa; es sólo una parte de la verdad: en los hechos, esa ventana sirve para que casi cualquiera, desde cualquier lugar, se asome para mirar lo que uno hace, son los demás los que pueden entrar en nuestra casa; la tecnología permite registrar todos los movimientos en la red: las páginas que uno visita, los correos que envía, las listas de comunicación más frecuente, las operaciones comerciales, cualquier cosa. El detalle lo conoce cualquiera que sepa un poco del tema: los “virus” son una mínima parte, y no la más interesante; las páginas que se visitan dejan una huella, algunas dejan “ganchos” o indicadores, series de instrucciones para registrar los movimientos ulteriores, para retener la información personal. En ocasiones son *hackers*, o piratas informáticos quienes lo hacen, la mayoría de las veces son empresas comunes y corrientes, incluso oficinas públicas.

Si se piensa en los recursos de difusión disponibles, a través de los que puede hacerse pública toda esa información, el problema es muy parecido. Las restricciones mediante las que se trata de regular la libertad de expresión para proteger la intimidad corresponden al mundo tradicional de la imprenta: libros, panfletos, revistas y periódicos. Son medios de rotación lenta, con un bajo índice de capitalización y circulación bastante limitada. Los medios electrónicos representan una amenaza mucho mayor, y son más difíciles de controlar: a través de la radio, la televisión o Internet se puede llegar a un público incomparablemente mayor, de un modo inmediato, y se pueden difundir conversaciones telefónicas, fotografías, grabaciones de video, cuyo daño para la imagen de cualquiera puede ser bastante más grave que la información escrita.

VI. PARA LEGISLAR

Para pensar en una legislación razonable, y razonablemente eficaz, no sería poca cosa comenzar por admitir que no es posible poner límites claros y definitivos al derecho a la privacidad. Y acaso tampoco sea deseable. Es posible, sin duda, poner en blanco y negro algunos criterios básicos, algunas prohibiciones, regular el manejo de los datos personales, establecer obligaciones, responsabilidades y sanciones concretas. Pero sin perder de vista que se trata de un campo problemático, en el que pueden entrar en conflicto el derecho a la información, la libertad de expresión y las exigencias de seguridad pública y administración de justicia. Y que en muchos casos será necesaria una solución judicial, no legislativa.

Se dirá que son casos límite, y es verdad. No son excepcionales ni insólitos. Por esa razón, y porque se trata de derechos fundamentales, inscritos en la Constitución, haría falta tener claro, de entrada, cuál es el *bien jurídico* que se quiere proteger cuando se habla del derecho a la privacidad, y a qué categoría pertenece. En las páginas anteriores he tratado de hacer una reconstrucción conjetural del significado del derecho a la privacidad y de su importancia, pero no pasa de ser eso: una reconstrucción, con un apoyo bastante precario en el texto constitucional. Algo se puede inferir a partir de la redacción del artículo 6o., algo también de algunos párrafos del 16, pero acaso no fuera una mala idea modificar esa redacción para establecer con claridad qué bien jurídico se quiere proteger, por qué es un bien, en qué circunstancias podría verse amenazado, qué obligaciones impone.

Esa definición podría ahorrar muchos problemas, y sobre todo serviría de base para la resolución judicial en casos de conflicto.

Si he leído correctamente los textos, el principio básico que justifica el derecho a la privacidad en la legislación mexicana es la dignidad personal. El criterio es asegurar la autonomía en aquellos campos en que la ley no se pronuncia, lo cual implica brindar seguridad contra cualquier clase de intromisión que pueda afectar al ejercicio de las libertades. En términos prácticos significa garantizar la confidencialidad de los datos personales, quienquiera que sea el que los maneja, y garantizar el derecho de todo individuo de preservar su imagen personal, aparte del secreto de sus comunicaciones y la seguridad del domicilio. Y no es muy difícil que se entienda o se aclare que el derecho a la privacidad no ampara

las actividades públicas, o que no puede ser obstáculo para la administración de justicia.

Serviría de orientación —es lo más claro y concreto que hay al respecto— una sentencia de la Suprema Corte, de julio de 2007:

El derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; así este derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Existen una serie de derechos destinados a la protección de la vida privada, entre ellos el del honor, que es un bien objetivo que permite que alguien sea merecedor de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve y, por ello, cuando se vulnera dicho bien, también se afectan la consideración y estima que los demás le profesan, tanto en el ámbito social como en el privado. En esta tesitura se concluye que cuando se lesiona el honor de alguien con una manifestación o expresión maliciosa, se afecta su vida privada.¹⁰

Como término de referencia, el ejemplo estadounidense tiene interés. Toda la extensa, elaborada legislación sobre privacidad tiene como apoyo básico la cuarta enmienda de la Constitución, es decir, un texto de 1792, de redacción similar a nuestro artículo 16:

El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

La interpretación vigente le confiere una amplitud mucho mayor, y deriva de la argumentación del juez de la Suprema Corte, Louis Brandeis, en su voto disidente en la sentencia del proceso *Olmstead vs. U.S.*, de 1928. En el párrafo central dice:

Los redactores de nuestra Constitución trataron de garantizar las condiciones más favorables para la búsqueda de la felicidad. Reconocían la importancia de

¹⁰ Es la resolución de un amparo directo en revisión por parte de la Primera Sala de la SCJN (402 / 2007), *Semanario del Poder Judicial de la Federación*, t. XXVI, julio de 2007, p. 272. Debo la referencia a Pedro Salazar y Miguel Carbonell.

la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y su inteligencia. Sabían que sólo una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida se encuentra en las cosas materiales. Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sensaciones. Les confirieron, frente al gobierno, el derecho a que se les deje en paz: el más comprensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados. Para proteger ese derecho, toda intromisión injustificada del gobierno en la privacidad del individuo, cualesquiera que sean los medios empleados, debe considerarse una violación de la cuarta enmienda.

Se refiere, en particular, a la grabación de conversaciones telefónicas por parte del gobierno en un procedimiento judicial, pero sobre todo le importa dejar asentada la amplitud del derecho a la privacidad y su fundamento. En un pasaje muy interesante subraya que las buenas intenciones no pueden usarse como justificación para interferir con la vida privada:

La experiencia nos enseña que debemos estar mucho más atentos para proteger la libertad cuando los propósitos del gobierno son buenos. Los hombres nacidos libres están naturalmente alerta para rechazar la invasión de sus libertades por parte de gobernantes inicuos. Los mayores peligros para la libertad acechan en los abusos de hombres fervorosos y bien intencionados, pero sin inteligencia.

El sistema jurídico estadounidense permite que una exposición así sirva de fundamento para resoluciones judiciales posteriores, y para argumentar una enorme variedad de iniciativas de ley. También sería posible en México: una resolución de la Suprema Corte podría establecer el sentido en que deben interpretarse algunos artículos de la Constitución, para preservar la intimidad; no obstante, dada la complejidad que tiene el tema hoy, y los posibles conflictos con otros derechos fundamentales, garantizados de modo explícito, no sería redundante una definición un poco más concreta.

Sirve de ejemplo el sistema español, que tiene más afinidades con el nuestro, y que consigna el derecho a la privacidad en la Constitución, explícitamente:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ahí se derivan una serie de leyes orgánicas pensadas para proteger el derecho a la intimidad en todos los aspectos enunciados, empezando por una Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal sumamente extensa y detallada, que obliga tanto a las instituciones públicas como a los particulares.

Como quiera que se defina el principio general, hay cuatro campos fundamentales para la privacidad como hoy la entendemos: la imagen personal, el espacio material del domicilio, las comunicaciones —postales, telefónicas— y los datos e información de carácter personal. Su protección requiere, por un lado, regular la integración de archivos y bases de datos personales, el uso de las tecnologías que permiten identificar personas, grabar e interferir comunicaciones, etcétera, y por otro lado, regular la difusión pública de información personal de cualquier tipo.

Es un campo extraordinariamente extenso y complejo, que requiere varias leyes, algunas de contenido material muy detallado y a veces técnico. No es difícil captar su fundamento común o entender por qué se apoyan recíprocamente, y son necesarias todas ellas.

Parece razonable comenzar por una ley de protección de datos personales. Y las líneas generales de su estructura no ofrecen mucha duda. En primer lugar, tendría que referirse a todas las bases de datos con información personal, sea quien sea el que las integra: dependencias oficiales, empresas, bancos, hospitales, escuelas o cualquier otra institución, puesto que el principio es la protección de los datos personales y no tendría sentido restringir el alcance de la ley a los archivos en posesión del Estado. En segundo lugar, tendría que establecerse como criterio general que sólo podrán solicitarse los datos indispensables para la finalidad de la organización que integra el archivo, y que éstos en ningún caso podrán legalmente utilizarse para otro propósito, ni divulgarse ni cederse a ninguna otra persona u organización. Y se debe incluir también, desde luego, la información personal que se obtiene sin el consentimiento expreso del

interesado: la de las líneas telefónicas o las tarjetas de crédito, por ejemplo. Igualmente, como garantía de la libertad de conciencia y la libertad de asociación, la ley debería prohibir de modo expreso que se pida información sobre creencias, ideas o militancia política de nadie. Parecería lógico que se incluyera también la obligación de definir responsabilidades concretas, porque el único modo de hacer efectivo judicialmente el derecho es atribuir a una persona en particular la obligación de proteger los datos.

Hay que decirlo una vez más: eso sería sólo en principio. Y lo más sencillo de hacer, por otra parte. Faltaría aún la regulación sobre el uso de imágenes y grabaciones, la publicación y difusión por cualquier medio de información personal, el funcionamiento de Internet. Son terrenos cada vez más resbaladizos y problemáticos. En cuanto a la publicación, por ejemplo, es imposible —por descontado— cualquier forma de censura previa o “regulación de contenidos”, como suele decirse, y también parece difícil imaginar un sistema eficaz y razonable para sancionar los abusos de los medios de comunicación; mucho menos en los tiempos que corren, en que se ha vuelto casi cotidiana la difusión de grabaciones clandestinas, fotografías comprometedoras, chismes más o menos escandalosos, cuyo interés es por lo menos discutible muchas veces. Ahora bien: esa tendencia significa una degradación de la vida pública, que nos afecta a todos. No es sensato pasarla por alto o dejar que todo dependa de una improbable moderación espontánea de los medios de comunicación.

Ninguna ley va a solucionar todos los posibles conflictos. Seguramente los casos más problemáticos tendrán que resolverse en sentencias judiciales, y algunos extremos sólo podrán aclararse en la Suprema Corte. No sería poca cosa si el derecho a la privacidad e intimidad estuviera definido en alguna parte de un modo claro, explícito, más o menos completo.

VII. SUMARIA ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Lo que sigue es una lista mínima de lecturas aconsejables para aproximarse al problema de la privacidad desde diferentes perspectivas; vale la pena tomar en cuenta no sólo los textos jurídicos o la discusión filosófica (tal como aparece en Constant, Mill, Berlin o Hayek), sino también las

miradas sociológicas e históricas (como en Dumont, Gay, Giddens o Habermas).

BERLIN, Isaiah, *Liberty* (Henry Hardy, ed.) Oxford, Oxford University Press, 2002.

CONSTANT, Benjamin, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, en CONSTANT, *Écrits politiques* (Marcel Gauchet, ed.), París, Gallimard / Folio, 1997.

DEWEY, John, *Viejo y nuevo individualismo*, Barcelona, Paidós, 1984.

DUMONT, Louis, *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

ESCALANTE GONZALBO, Fernando, *El derecho a la privacidad*, México, IFAI, 2004.

GAY, Peter, *Schnitzler's Century. The Making of a Middle Class Culture: 1815-1914*, Nueva York, W. W. Norton, 2002.

GIDDENS, Anthony, *The Transformation of Intimacy, Sexuality, Love and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gilli, 1981.

HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Valencia, Fundación Ignacio Villalonga, 1961, 2 vols.

MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Aguilar, 1981.

MORONE, James A., *Hellfire Nation. The Politics of sin in American History*, New Haven, Yale University Press, 2003.

PARK, Robert Ezra, *On Social Control and Collective Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1967.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós, 2002.

El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de abril de 2008 en los talleres de Formación Gráfica S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, Cd. Nezahualcóyotl, 57630, Edo. de México. Se utilizó tipo Times New Roman en 9, 10 y 11 puntos. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros. Consta de 1,500 ejemplares.