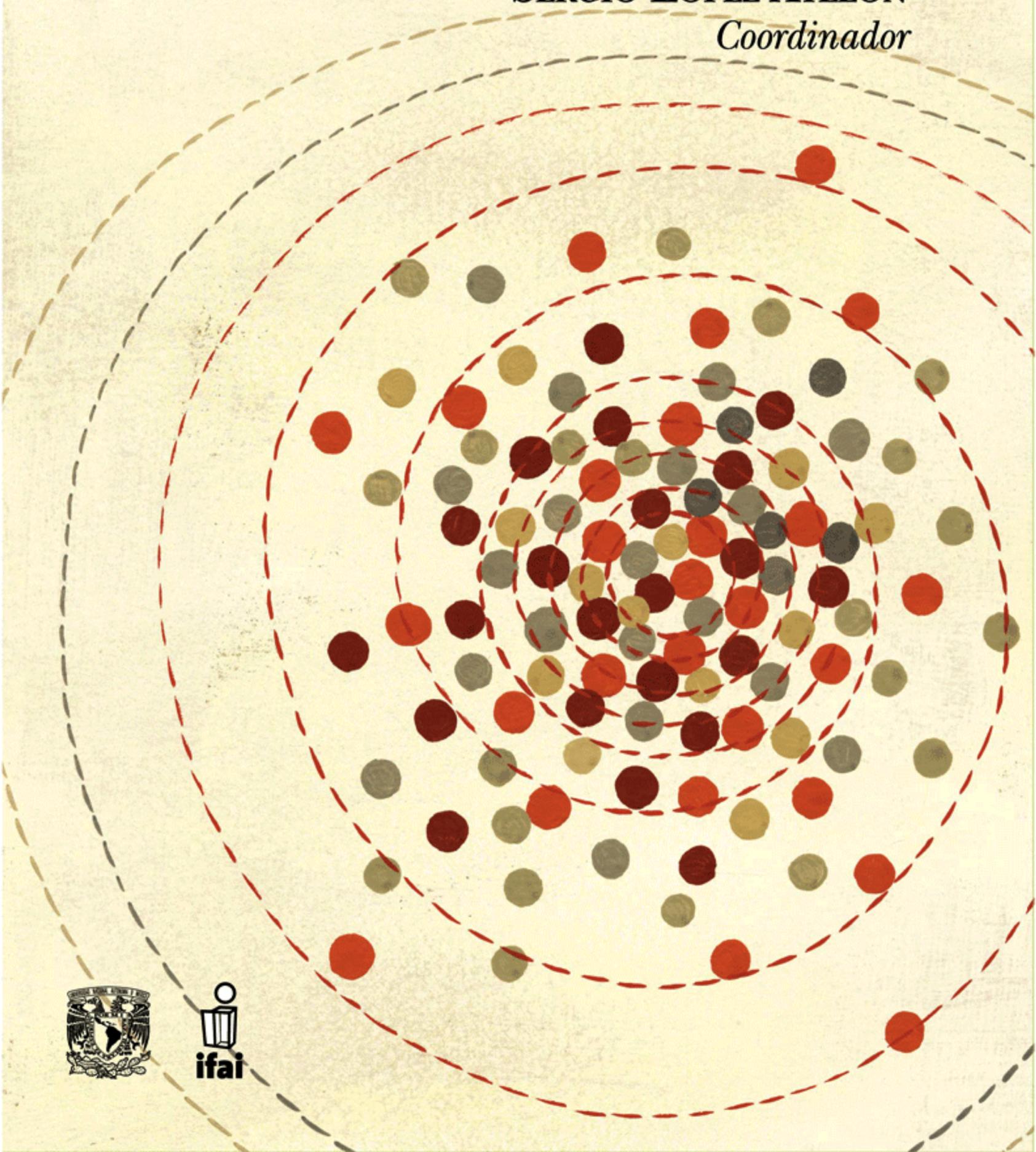


DEMOCRACIA, TRANSPARENCIA Y CONSTITUCIÓN

Propuestas para un debate necesario

SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN
Coordinador



DEMOCRACIA, TRANSPARENCIA Y CONSTITUCIÓN:
PROPUESTAS PARA UN DEBATE NECESARIO



Alonso Lujambio Irazábal
Comisionado presidente

María Marván Laborde
Comisionada

Horacio Aguilar Álvarez de Alba
Comisionado

Juan Pablo Guerrero Amparán
Comisionado

Alonso Gómez-Robledo Verduzco
Comisionado

Francisco Ciscomani Freaner
Secretario de acuerdos

Ángel Trinidad Zaldívar
Secretario ejecutivo

Comité Editorial

Pedro Salazar
Gabriela Warkentin
Sergio López-Ayllón

Ricardo Becerra Laguna
*Director general de Atención a la So-
ciedad y Relaciones Institucionales*

Alfonso Hernández Valdez
*Director general de Estudios
e Investigación*

Félix Martínez
Secretario técnico del Comité Editorial



Diego Valadés
Director

José María Serna de la Garza
Secretario académico

Raúl Márquez Romero
*Jefe del Departamento
de Publicaciones*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 350

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho
Concepto de portada: Manuel Monroy
Composición de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

DEMOCRACIA, TRANSPARENCIA Y CONSTITUCIÓN: PROPUESTAS PARA UN DEBATE NECESARIO

SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
MÉXICO, 2006

Primera edición: 2006

DR © 2006. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-3797-5

CONTENIDO

Reflexiones introductorias	VII
Pedro SALAZAR UGARTE	

PRIMERA PARTE

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVA TEÓRICA Y COMPARADA

El derecho de acceso a la información como derecho fundamental	3
Miguel CARBONELL	
Tendencias en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública	19
Ernesto VILLANUEVA	
El derecho de acceso a la información en el Estado mexicano. Apuntes de caso para su constitucionalización	45
Salvador O. NAVA GOMAR	
Obstáculos fundacionales a la información pública estatal	63
Juan Francisco ESCOBEDO	

SEGUNDA PARTE

BALANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
EN LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS DE MÉXICO

La transparencia en México en el ámbito subnacional: una evaluación comparada de las leyes estatales	81
Eduardo GUERRERO GUTIÉRREZ Leticia RAMÍREZ DE ALBA LEAL	
Muchas políticas y un solo derecho	127
Mauricio MERINO	
El acceso a la información pública en los municipios en México .	157
Luis Alberto DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ	

TERCERA PARTE

PROPUESTAS PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

¿Por qué constitucionalizar?	173
Ricardo BECERRA Alonso LUJAMBIO	
En busca de armonía y equilibrio constitucional en el derecho a la información	199
Edgar CORZO SOSA	
La constitucionalización del derecho de acceso a la información: una propuesta para el debate	235
Sergio LÓPEZ-AYLLÓN	
Autores	261

REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

*

Éste es un libro con agenda. Los textos que lo componen son un decálogo de eslabones anclados en una idea concreta: es necesario y oportuno modificar la Constitución mexicana para reformular sus disposiciones en materia de “derecho de acceso a la información” y de “transparencia”. Es necesario hacerlo porque la redacción actual del texto constitucional es deficiente e incompleta y es oportuno intentarlo porque nuestra propia experiencia en el tema anuncia que ha llegado el momento de apuntalar los avances logrados y de corregir la ruta de ciertas desviaciones imprevistas. En las páginas de este volumen, coordinado por Sergio López-Ayllón, se ofrece una batería de argumentos jurídicos y políticos que sustenta esta tesis, pero también —si se me permite el juego de palabras— que nos sugiere que, pensando en el estado actual de nuestra democracia, la necesidad de la reforma también constituye una oportunidad. Nadie ignora que, en el escenario político actual, al México de hoy le urge una bocanada de oxígeno de esas que sólo ofrecen las reformas estratégicas. Por ello, constitucionalizar de forma apropiada el derecho de acceso a la información y las directrices generales para diseñar políticas eficaces de transparencia, materializa una de esas excepcionales ocasiones en las que los hombres y mujeres del poder pueden hacer de la necesidad, virtud.

* *

Constitucionalizar un derecho, una institución, una política, etcétera, consiste, simple y llanamente, en incorporarlos al texto de la Constitución vigente en un país determinado. Pero, ¿por qué hacerlo? A pesar de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes Esta-

dos es posible brindar algunas respuestas estándar para esta pregunta. Sobre todo si nos ubicamos en el contexto de las democracias constitucionales que, después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron en algunos países europeos y que, posteriormente, se fueron reproduciendo en otros lugares, México incluido, durante la segunda mitad del siglo XX. El dato no es una exquisitez anecdótica: la necesidad de diferenciar la Constitución de las demás leyes es producto de un contexto histórico en el que los europeos (como antes habían hecho los estadounidenses) decidieron que algunas cuestiones debían quedar protegidas en una norma superior que fuera difícil de modificar.* El nazismo y el fascismo dejaron tras de sí una lección bañada en sangre: los derechos individuales y las reglas de la democracia no pueden confiarse a las veleidades mayoritarias. De esta forma, la Constitución se convirtió en el documento normativo en el que quedaron plasmadas las materias capitales para garantizar a las personas una vida digna en un contexto pacífico y estable. Por ello, desde entonces, los derechos fundamentales y las reglas para organizar, limitar y distribuir al poder político son las materias constitucionales por excelencia. De hecho, todas las Constituciones democráticas contienen: *a*) un catálogo de derechos fundamentales (de libertad, políticos y, en la mayoría de los casos, sociales); *b*) las instituciones que garantizan el principio de la división de poderes; *c*) las reglas que instituyen a la democracia representativa, y *d*) los procedimientos para garantizar la supremacía de la Constitución (la rigidez y el control de constitucionalidad en manos de los jueces). Tenemos una primera respuesta para la pregunta de ¿por qué constitucionalizar una materia?: porque consideramos que dicha materia tiene un valor cardinal relacionado con la dignidad de las personas y/o una función central en la organización democrática de los poderes y de la sociedad.

Dentro de las normas constitucionales destaca la que establece la llamada “rigidez de la norma constitucional”. Dicha norma, sencillamente,

* Me disculpo por las simplificaciones que ya habrán notado los expertos en derecho y en historia de las instituciones. Tanto desde el punto de vista de las ideas como desde la perspectiva de las instituciones, el recorrido jurídico y político hasta la democracia constitucional es sumamente rico y complejo. Basta con pensar en el desarrollo del constitucionalismo estadounidense al que, deliberadamente, no he hecho referencia. Mi única justificación, que vale también para la ausencia de notas en el texto, radica en que su finalidad es presentar e introducir el volumen y no ofrecer un estudio académico sobre el constitucionalismo democrático.

nos dice que el procedimiento para modificar a la Constitución es más complejo que el que debe seguirse para crear o modificar una ley cualquiera. En nuestro país, por ejemplo, para crear o modificar una ley federal es suficiente que estén de acuerdo la mayoría simple de los diputados y de los senadores; pero para crear o modificar una norma de la Constitución es necesaria una mayoría calificada (dos terceras partes) de los miembros de ambas cámaras y, además, es menester contar con el voto aprobatorio de la mayoría de las legislaturas de los estados. Valga la obviedad: las normas que están en la Constitución tienden a durar en el tiempo porque es muy difícil que los partidos políticos logren sumar los votos necesarios para alterar su contenido. Las demás leyes, en cambio, pueden modificarse con cierta facilidad por las mayorías políticas de turno. De esta forma, el contenido de la Constitución queda protegido en una esfera normativa especial que le permite escapar a las decisiones caprichosas de los gobiernos y de sus legisladores ordinarios. Con una bonita metáfora algunos teóricos dicen que las Constituciones equivalen a la decisión que adoptó Ulises de atarse al mástil de su nave para no sucumbir ante el canto de las sirenas: la comunidad política de hoy decide colocar una norma en su Constitución (por ejemplo, el derecho de acceso a la información) para evitar que los ciudadanos de mañana (por ejemplo, tentados por el secreto) conculquen los derechos de las personas de pasado mañana (por ejemplo, condenándolos a la opacidad). Tenemos una segunda respuesta, estrechamente relacionada con la primera, para enfrentar nuestra interrogante: constitucionalizamos una materia determinada (un derecho, una institución, una política, etcétera) porque, dado su valor o función cardinal, queremos protegerla de las ambiciones de los gobernantes y de los legisladores ocasionales.

Pero constitucionalizar una materia (un derecho, una institución, una política, etcétera) también tiene otras consecuencias. Hans Kelsen nos invitaba a imaginar el ordenamiento jurídico como una pirámide en cuya cúspide se encontraba, precisamente, la norma constitucional. La imagen es elocuente para entender lo que significa que la Constitución sea la norma suprema de todo el conjunto de normas que integran al sistema jurídico de un país. La Constitución no sólo nos dice cómo se aprueban las normas y cómo se organizan los poderes sino que también contiene principios y derechos llamados, por su valor y/o función, *fundamentales*. Pues bien, al estar en la cima de la pirámide, esos principios y derechos

están por encima de todas las demás normas y decisiones adoptadas por los órganos de gobierno (federales, locales y municipales) y deben inundar su contenido. Es así como el derecho se coloca por encima del poder político y, domesticándolo, orienta sus decisiones. La lógica es nítida como el agua e implacable como la corriente: cualquier decisión política que tenga una forma jurídica (una ley, un reglamento, un acto administrativo, una sentencia, etcétera) debe ajustarse, en forma y contenido, a lo que dice la Constitución. De lo contrario, la decisión será declarada “inconstitucional”, lo que significa que será anulada y dejará de tener efectos. Esto implica que (idealmente) serán anuladas todas las decisiones que pretendan contradecir, conculcar, neutralizar, limitar, etcétera, a las materias constitucionales. Una de las tareas más delicadas de algunos jueces consiste, de hecho, en pronunciarse sobre la (in)constitucionalidad de los actos de los diferentes poderes. Esto es lo que se conoce como el “control de constitucionalidad”, que convierte a los jueces, como enseña la doctrina, en “los guardianes de la Constitución”. Entonces, ante nuestra interrogante —¿por qué constitucionalizar un derecho o una política determinada (por ejemplo, el derecho de acceso a la información y/o la transparencia)?—, también podemos responder que lo hacemos porque consideramos que, por su valor o su función cardinal, la materia en cuestión, además de gozar de protección ante las mayorías, debe valer como parámetro de validez y como criterio orientador de las decisiones políticas.

* *

Los textos de Miguel Carbonell y Salvador O. Nava en este libro ofrecen las columnas conceptuales para sostener, en el plano teórico, la pertinencia de constitucionalizar el derecho de acceso a la información. El silogismo, lo simplifico al extremo, es el siguiente: se trata de un derecho fundamental (con un valor en sí y un valor instrumental como precondition de la democracia) que, como todos los derechos fundamentales, debe estar adecuadamente constitucionalizado; sin embargo, nuestra Constitución lo reconoce de manera escueta y deficiente y, por lo tanto, debe ser motivo de una reforma constitucional. Los párrafos precedentes —que me han servido para delinear el porqué se incorpora una materia en el texto constitucional— son apenas el eco de las tesis que desarrollan

ambos autores. Después de todo, la prueba de fuego, el verdadero *por qué*, para incluir en la Constitución una determinada materia reside en demostrar su importancia. Una vez que ésta ha quedado acreditada, las otras razones adquieren un carácter instrumental: constitucionalizamos ese derecho *porque* es fundamental y lo hacemos *para* protegerlo mediante la rigidez y *para* que valga como criterio de validez de las decisiones político-jurídicas nacionales.

Esta misma lógica explica la tendencia internacional hacia la constitucionalización del derecho de acceso a la información retratada por el texto de Ernesto Villanueva. Su trabajo, desde una perspectiva de derecho internacional y comparado, anuncia que se trata de un derecho que, en poco tiempo, tendrá protección constitucional en la mayoría de las democracias constitucionales. La variable que juega en esta dirección es, sobre todo, el valor instrumental de este derecho como una precondition de la democracia contemporánea. En este sentido, el trabajo de Ricardo Becerra y Alonso Lujambio es particularmente significativo: su argumentación subraya el nexo que existe entre este derecho y las democracias *actuales*. Según estos autores, el derecho de acceso a la información y la transparencia son retos de última generación para los Estados democráticos que, aunque evocan los presupuestos básicos de la teoría democrática tradicional, adquieren sentido pleno en el contexto de un mundo globalizado y con un alto desarrollo tecnológico. La tesis merece discusión y cuenta con el aval de la tendencia que está orientada a los diseños institucionales de las democracias de las últimas generaciones. De hecho, como podrán constatar los lectores curiosos, la mayoría de la bibliografía utilizada por todos los autores de este libro data de las últimas décadas, lo que reitera la enorme actualidad del tema y de los desafíos que lo circundan.

No es casual que haya sido en este contexto en el que surgió la legislación federal mexicana (que en muchos sentidos, según advierten Nava y Villanueva, es una normatividad modélica) y en el que resurge el tema de la constitucionalización del derecho de acceso a la información y de la transparencia. Desde esta perspectiva, que nos ofrece un marco de referencia temporal y de derecho comparado, reaparece la idea de la oportunidad que transforma la necesidad en virtud. La inercia de la ingeniería democrática en el mundo sugiere que una reforma constitucional inteligente, que retome la experiencia federal y local de los últimos cinco años, puede colocar a nuestro país en la vanguardia internacional en un

tema de punta. Nada mal para aumentar la presencia de México en el mundo: sobre todo ahora que las viejas democracias, americana y europeas, están resintiendo la esclerosis institucional que viene con los años. No perdamos de vista que en materia electoral, después de las reformas de la última década del siglo XX, México se ha colocado como un referente internacional indiscutible y ello ha aumentado su peso en el concierto de las naciones democráticas. ¿Por qué no realizar la misma apuesta con temas estratégicos como el derecho de acceso a la información, la transparencia y, en general, la rendición de cuentas?

* *

En el corazón del libro pulsan dos trabajos que, con enfoques distintos pero complementarios, ofrecen argumentos de índole estrictamente interna para emprender una reforma constitucional en el tema. El título del texto de Mauricio Merino es revelador: “Muchas políticas y un solo derecho”. Su tesis, sintetizada al extremo, es la siguiente: la legislación nacional —federal y local— vigente en la materia ha desencadenado una tendencia perversa por la que se ha venido imponiendo, por un lado, una política de transparencia uniforme en todo el país y, por el otro, una diversidad de mecanismos de protección del derecho de acceso a la información (cada estado decide qué es público, cómo se puede acceder a la información, qué acciones puede emprender el ciudadano en caso de incumplimiento, etcétera). El mundo al revés, concluye Merino, porque los ciudadanos tienen un derecho desigual y los estados se ven obligados a implementar una política plana. Lo sensato es invertir la ruta para que los ciudadanos cuenten con las mismas garantías para su derecho fundamental sin importar su lugar de residencia (de ahí la idea de “un solo derecho”), pero que también que cada estado pueda desarrollar las políticas de transparencia que mejor respondan a sus características y posibilidades (de ahí la idea de “muchas políticas”).

La tesis de Merino es sugerente y puede sintetizarse con dos ideas fruto de la modernidad política: igualdad en derechos para todos y federalismo eficiente. En el primer caso se trata de un imperativo teórico (e incluso ético) del constitucionalismo moderno; en el segundo de un modelo práctico para administrar estados territoriales complejos como el nuestro. Pues bien, al menos en este tema, la única ruta para garantizar la igual-

dad jurídica sin desvirtuar el federalismo (y viceversa) es constitucionalizar, por una parte, el derecho de acceso a la información (exigiendo las mismas garantías a todos los niveles de gobierno) y, por la otra, los criterios mínimos comunes que permitan diseñar un abanico de políticas de transparencia. El trabajo de Eduardo Guerrero y Leticia Ramírez de Alba ofrece, sin que los autores se lo propongan, una confirmación inmejorable para esta tesis. Con los rigores de la ciencia política, Guerrero y Ramírez de Alba nos regalan un estudio fotográfico de las legislaciones mexicanas en la materia, y al hacerlo, confirman lo que Becerra y Lujambio, en sintonía indudable con Merino, llaman el “fracaso de la heterogeneidad” legislativa. Un fracaso, no está de más subrayarlo, en el que coinciden la gran mayoría de los colaboradores de este volumen y que constituye un foco rojo que exige atención inmediata. En este caso la reforma aparece indispensable, no sólo necesaria, no sólo oportuna.

La lógica de estas reflexiones hace eco con la tercera razón por la que se constitucionaliza una materia: para garantizar que, dada su jerarquía normativa, las decisiones inferiores (en este caso las leyes y actos de las autoridades federales, locales y municipales) se adecuen a su contenido. Constitucionalizando el derecho de acceso y sus garantías podremos ofrecer a todos(as) los(as) ciudadanos(as), sin importar la localidad en que residan, el mismo parámetro y los mismos mecanismos para actuar (y, si es el caso, impugnar) ante las autoridades. Con ello podremos evitar una gran parte de los problemas que denuncia Luis Alberto Domínguez en el ámbito municipal. Pero también podremos atender los desfases que —como advierte Edgar Corzo— se produjeron con la aprobación de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental en los diferentes niveles normativos. De hecho, Corzo, al igual que otros de los colaboradores del libro, se pronuncia por recoger en la Constitución sólo los criterios mínimos que, como quiere Merino, permitan uniformar lo indispensable (sobre todo el derecho y sus garantías básicas), confiando el resto a la creatividad e inteligencia de los legisladores federales y locales.

* *

La idea de “constitucionalizar estándares mínimos del derecho de acceso a la información” también es el eje de la propuesta que hace Sergio

López-Ayllón. Su diagnóstico recupera muchas de las coordenadas de otros colaboradores —sobre todo los problemas que supone la diversidad legislativa en el ámbito local y la pertinencia de distinguir claramente entre el derecho fundamental y la transparencia como política pública— y aterriza en una propuesta concreta, original y bien sustentada. Su “propuesta para el debate”, como él mismo la denomina, es una óptima invitación para plantear una cuestión que he dejado deliberadamente pendiente y que sólo abordaré de manera genérica en el apartado conclusivo: ¿cómo constitucionalizar? O, mejor aún, ¿qué constitucionalizar? López-Ayllón no es el único colaborador que acompaña sus reflexiones con una propuesta —también lo hacen, indirectamente, Ricardo Becerra y Alonso Lujambio, así como Juan Francisco Escobedo y, directamente, Edgar Corzo—, pero es quien construye su texto específicamente con esa finalidad. Y con ello, más allá del sentido de sus propuestas y de las formulaciones por las que se decanta, nos ofrece un mirador inmejorable de los dilemas concretos que deberá enfrentar el poder reformador de la Constitución: ¿cómo distinguir constitucionalmente entre el derecho de acceso a la información y la transparencia como política pública?, ¿deben regularse de manera conjunta o independiente?, ¿qué ajustes implicará una reforma constitucional en el ámbito federal y en el marco de las entidades federativas?, ¿cómo abordar las dimensiones subjetiva, de procedimiento e institucional del derecho de acceso a la información?, ¿las obligaciones en la materia deben valer también para los partidos políticos? Todas estas preguntas exigen una respuesta que deberá traducirse en normas constitucionales con atención y cuidado porque, como bien recuerdan Becerra y Lujambio, el diablo está en los detalles.

Por su parte, Juan Francisco Escobedo nos narra su experiencia en el grupo promotor de la reforma que hoy nos permite ver el reto de la constitucionalización como un *paso más* y no como *el primer paso*. Sin reparar en lo anecdótico o en las narraciones paralelas que, como suele suceder en estos casos, seguramente existen, su trabajo es aleccionador. Sobre todo porque nos recuerda que los ejercicios académicos y las iniciativas ciudadanas pueden desembocar en reformas de gran envergadura. Me vienen a la mente otros dos ejemplos emblemáticos: el referéndum ciudadano en la primavera de 1993 para impulsar la reforma política del Distrito Federal y los trabajos del llamado Seminario del Castillo de Chapultepec para la reforma electoral de 1996. Ciertamente, también hay esfuerzos,

hasta ahora fallidos, como el que impulsaron diversos estudiosos(as) —algunos de los cuales también colaboradores de este libro— para promover la reelección legislativa. Pero lo que importa, como recuerda el trabajo de Escobedo, es que una buena causa puede generar el consenso político suficiente para transformarse en una política de Estado. Además, como los casos de las reformas electorales o de las comisiones de derechos humanos demuestran, las grandes transformaciones requieren paciencia y, sobre todo, tenacidad. Eso que la retórica cotidiana llama “voluntad política” es, sobre todo, *política*, y por ello, a pesar de la *voluntad* de muchos, las reformas son posibles. Escobedo nos recuerda que la ley actual fue producto de propuestas, debates, presiones y, finalmente, coincidencias. Y también nos advierte que, en ese entonces, la reforma constitucional que este libro promueve fue considerada “políticamente inviable”. El reto actual, si no me equivoco, reside en colocar sobre la mesa las viejas y nuevas razones para darle viabilidad política a lo que es jurídicamente necesario y, de esta forma, transformar en normas constitucionales (al menos) lo indispensable. Este volumen es un buen (re)inicio.

* *

Hoy contamos con algo que no existía cuando se aprobó la ley federal en la materia: un diagnóstico a partir de la experiencia. Este libro surge porque contamos con un conjunto de leyes de transparencia en movimiento que están demandando una intervención constitucional inteligente. La viabilidad política de la reforma también debe valorarse en esa sede: la sensatez es un argumento. Ignorar todas las buenas razones recogidas en estos diez ensayos para constitucionalizar el derecho de acceso a la información y los mínimos de una política de transparencia sería un acto de irresponsabilidad culposa. Y ello, a la larga, es políticamente oneroso. Las personas inteligentes, decía Cipolla, son las que logran que sus actos sean benéficos para ellos y para los demás. Éste es un tema que se presta para una reforma constitucional grávida de inteligencia. Después de todo, sólo se trata de reconocer que al derecho de acceso a la información, que es un derecho fundamental (legalmente) adquirido, le corresponde una protección constitucional y que la transparencia es un poderoso instrumento democrático del que los poderosos ya no pueden sustraerse. Y,

en este caso, reconocer no es conceder; es identificar, para aprovechar con inteligencia, la mejor de las alternativas posibles.

Reconocer que ha llegado el momento de constitucionalizar el derecho de acceso a la información y los estándares mínimos para las políticas de transparencia es solamente el primer movimiento. Imprescindible pero insuficiente. Lo que sigue es responder a las preguntas que han quedado pendientes: ¿cómo y qué constitucionalizar? En este libro también se encuentran algunas respuestas posibles. Pero en mi calidad de presentador, me abstengo de pronunciarme a favor de alguna de ellas porque, para hacerlo con un mínimo de seriedad, tendría que argumentar en contra de las que no me convencen, y ello sería un acto de imperdonable alevosía. Sólo me limito a señalar que, por todas las razones que he delineado en estas páginas, en la Constitución sólo debe estar lo indispensable o, para decirlo con un término nunca antes tan oportuno, lo *fundamental*. Y debe encontrarse redactado con claridad y en sintonía con el resto de las normas constitucionales. De lo contrario, la lógica de la constitucionalización pierde sentido, la rigidez se convierte en una camisa de fuerza para la política, la supremacía constitucional en una losa insoportable y los jueces se ven obligados a abandonar la función del custodio para adoptar la del legislador que, sin legitimidad democrática, corrige la plana al poder reformador de la Constitución.

Pedro SALAZAR UGARTE

Turín, Italia, 3 de junio de 2006

PRIMERA PARTE

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
COMO DERECHO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVA
TEÓRICA Y COMPARADA

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué son los derechos fundamentales?* III. *¿Para qué sirve constitucionalizar un derecho?* IV. *¿Por qué constitucionalizar el derecho de acceso a la información?*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente ensayo consiste en reflexionar sobre la pertinencia conceptual y analítica de constitucionalizar en México, de forma lo más amplia que sea posible, el derecho de acceso a la información. Para alcanzar ese objetivo se procederá a describir el concepto de “derecho fundamental”, para pasar después a explicar lo que significa la constitucionalización de un determinado derecho. Posteriormente nos detendremos en el estado actual que, en la Constitución mexicana, tiene el derecho a la información. La conclusión a la que intentará llegar es que, tal como está hoy en día, la Constitución no asegura, con la amplitud y calidad normativa que sería deseable, el derecho de acceso a la información.

II. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Para comprender la necesidad de llevar hasta el texto constitucional mexicano una regulación amplia y completa del derecho de acceso a la información es conveniente exponer, aunque sea de forma breve, el sig-

nificado y la función de los derechos fundamentales en el modelo del Estado democrático del presente.¹

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.²

Lo anterior significa, por poner un ejemplo, que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental, ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar adonde quiera o puede ser torturada o mutilada.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

¿Cómo definir a un derecho fundamental? No se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como lo señala Carlos Bernal:

¹ Una explicación más detallada sobre el tema puede encontrarse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, 2005.

² Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531; véanse, también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.³

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”. Una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que *tipifican* un derecho fundamental.⁴ Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental”, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se señala que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.⁵ Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, por un lado, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. Por otro lado, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, por ejemplo, el derecho a la vida podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

³ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75.

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, 2002, p. 63.

⁵ Bernal, Carlos, *op. cit.*, nota 3, p. 77.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que busque proteger un derecho fundamental; así, por ejemplo, si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, una conducta omisiva, que no lesione la libertad del sujeto activo. Puede resultar también que si el objeto del derecho es la igualdad, se requiera del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que existen de los derechos fundamentales, quizá lo mejor sea ofrecer solamente una de ellas. Una de las mejores definiciones que se han realizado de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli; tiene la ventaja de que, al tratarse de un concepto construido desde premisas de teoría del derecho, puede ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, y además resulta útil para comenzar a plantear algunos de los problemas que, ya no en la teoría sino en la práctica, tienen actualmente los derechos (por ejemplo en cuanto a su titularidad).

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.⁶ El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

A la luz de lo anterior podríamos preguntarnos: ¿es necesario que el derecho de acceso a la información sea un derecho fundamental? Si revisamos su contenido posible podremos convenir en que el derecho de acceso a la información tiene por objeto la protección de bienes básicos. Dicha protección opera de dos distintas maneras: a) la primera es en re-

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

lación con la posibilidad de darle contenido, calidad y sustancia a otros derechos fundamentales, y *b*) la segunda reside en el valor autónomo que tiene la información como bien jurídico.

Respecto del inciso *a* podría decirse que el derecho a la información se relaciona, por ejemplo, con la libertad de expresión, con los derechos electorales y, más en general, con la concepción democrática del Estado contemporáneo, que la Constitución mexicana recoge explícitamente en su artículo 40.

La libertad de expresión, para no ser un ejercicio estéril y completamente vacío, debe estar nutrido por información; en este sentido, el que los ciudadanos puedan acceder a los documentos y archivos públicos les permite —instrumentalmente— un mejor ejercicio de su libertad de expresión.⁷

Los derechos de sufragio, activo y pasivo, también requieren de un mínimo de información para poder ser ejercidos de forma correcta. Así, por ejemplo, un candidato opositor, para estar en aptitud de presentar a los electores un programa de gobierno alternativo al del partido en el poder, debe conocer el funcionamiento de los poderes públicos y sus problemas, lo que puede suceder solamente si se le permite a ese candidato acceder a la información que obra en poder del Estado. En cuanto al sufragio activo, es obvio que para poder ejercer un voto razonado el ciudadano debe contar con información sobre el desempeño de sus gobernantes, sobre la eficiencia y diligencia con que desempeñan sus funciones, sobre el grado de cumplimiento que han tenido respecto a los ofrecimientos que hicieron en campaña, etcétera. Como lo señala Roberto Saba:

Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad... El derecho a la información es, en consecuencia, una *precondición* del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía.⁸

⁷ López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. 23-25.

⁸ Saba, Roberto, “El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno”, *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, p. 158. En el mismo sentido, López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota anterior, p. 9.

Además de lo anterior, una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes. De otra manera, es imposible asignar responsabilidades a los malos funcionarios y recompensar a los buenos.⁹

Al margen de su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales, la información tiene un valor propio. A partir de ese valor propio se puede entender, por ejemplo, que forma parte del derecho a la información el “derecho a la verdad”, que sin ser un derecho contemplado como tal por los ordenamientos jurídicos, ha jugado un papel esencial en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, con independencia de que algunas de esas violaciones pudieran o no ser castigadas, los familiares de las víctimas tienen el derecho de saber cuál fue el destino de éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.¹⁰

El valor propio, autónomo, de la información se traduce en el derecho que tenemos para acceder a datos personales almacenados en bancos de datos públicos o, bajo ciertas circunstancias, también en bases de datos que hayan sido confeccionadas y estén en poder de particulares; es lo que se conoce como el derecho de *habeas data*, que nos permite consultar las mencionadas bases de datos para el efecto de rectificar, suprimir, actualizar o pedir la confidencialidad de ciertos datos.¹¹

Finalmente, el valor autónomo de la información es lo que presta fundamento para la “libertad de investigación”, que sirve para el desarrollo de actividades académicas y periodísticas y que genera obligaciones positivas de colaboración para el Estado, cuando el objeto de la investigación sean conductas, datos o políticas públicas.¹²

Por lo que hace a la dimensión colectiva del derecho a la información, podemos decir que la información es un requisito para el control de los

⁹ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 7, pp. 12 y 13.

¹⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, p. 231; de los mismos autores, “Acceso a la información y derechos sociales”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

¹¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *op. cit.*, nota anterior, p. 232.

¹² *Ibidem*, p. 233.

actos de los poderes públicos. Así, por ejemplo, a partir del derecho a la información en países como Argentina, cualquier persona puede tener acceso a las declaraciones patrimoniales que los altos funcionarios deben presentar al tomar posesión de algún cargo público. Es también el derecho a la información en su dimensión colectiva lo que permite acceder a la información presupuestaria para conocer la forma y destino de los gastos públicos.¹³

Por otro lado, el derecho a la información tiene una gran importancia para cualquier régimen democrático. Una de las notas características de los sistemas autoritarios o dictatoriales siempre ha sido el ejercer el poder en secreto, de forma que el pueblo no sólo no tuviera ninguna participación en el gobierno sino que incluso, hasta donde fuera posible, no tuviera ningún conocimiento de lo que hacían sus gobernantes. Por el contrario, la democracia es por excelencia la forma de gobierno basada en lo público, concepto que se desarrolla desde el momento de elegir a los gobernantes (por medio de sistemas electorales públicos y no secretos, como es obvio) hasta las vías a través de las que se pueden tomar las decisiones (la publicidad de los debates parlamentarios es una regla indiscutida de la democracia).

Ha sido Norberto Bobbio quien nos ha recordado la conocida frase de Elías Canetti sobre la relación entre el poder (de cualquier signo) y el secreto.¹⁴

Escribe Canetti, en su obra *Masa y poder*, que

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de

¹³ *Ibidem*, p. 234.

¹⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 431.

esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...¹⁵

III. ¿PARA QUÉ SIRVE CONSTITUCIONALIZAR UN DERECHO?

En el apartado anterior hemos revisado algunos elementos mínimos para comprender el concepto de derecho fundamental y los bienes que protegen, así como para comprender el valor del derecho a la información de acuerdo al bien jurídico que protege. Es el momento de abundar algo que estaba más o menos implícito en los párrafos precedentes: la función, el sentido o el objetivo que se busca alcanzar a través de la regulación constitucional de una cierta pretensión o de un interés. En otras palabras, de lo que se trata ahora es de saber para qué queremos que la Constitución establezca un determinado derecho.

La mejor doctrina sobre el tema (Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Ernesto Garzón, etcétera) parece estar de acuerdo en que la constitucionalización de un derecho supone, entre otras cuestiones, poner una determinada expectativa o un bien jurídico fuera del alcance del mercado y de la política ordinaria. Supone, por tanto, dejar a salvo de las fuerzas del dinero y de los intereses políticos determinado tipo de bienes (bienes básicos, como ya fue explicado en el apartado anterior). La clave para lograr lo que se acaba de decir se encuentra en el carácter universal de los derechos fundamentales, tal como lo ha puesto en evidencia el concepto que propone Luigi Ferrajoli.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos “son normativamente de «todos» (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”.¹⁶ Que no sean alienables o negociables significa, en otras pa-

¹⁵ Canneti, E., *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306, 307.

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., nota 6, p. 39. El propio Ferrajoli afirma que “...en caso de que se quiera tutelar un derecho como «funda-

labras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular) como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado).¹⁷

La no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando hayan sido violados. Es decir, un sujeto puede perfectamente renunciar a ejercer su libertad de expresión y quedarse callado durante toda su vida, de la misma forma que puede renunciar a su derecho a la intimidad y aparecer en televisión contando toda clase de sucesos pertenecientes a su vida privada; esas renunciaciones no significan, sin embargo, que una persona deje de ser titular del derecho, ya que esa capacidad de ser titular la asigna incondicionalmente el ordenamiento jurídico y no se puede renunciar a ella.

Por otro lado, tampoco se resquebraja la no disponibilidad activa por el hecho de que una persona decida, frente a la violación de uno de sus derechos fundamentales, no ejercer ninguno de los medios de tutela que establece el sistema jurídico para reparar esa violación; la violación puede permanecer, incluso con el concurso de la voluntad del afectado, sin que por ello sufra una merma la no disponibilidad activa del derecho fundamental.

En los tiempos actuales, las características mencionadas de no negociabilidad y no alienabilidad son muy importantes, pues sirven, entre otras cosas, para poner a los derechos fuera del alcance de la lógica neoabsolutista del “mercado”, que todo lo traduce en términos de productividad y ganancia; al no ser alienables ni disponibles los derechos se convierten en un verdadero “coto vedado”, para usar la expresión de Ernesto

mental», es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo”. “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en el libro colectivo del mismo nombre, Madrid, Trotta, 2001, p. 292.

¹⁷ Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., nota 6, p. 47.

Garzón Valdés.¹⁸ Lo anterior implica, por ejemplo, que no se puede vender la propia libertad de tránsito o las garantías que tiene todo individuo en el proceso penal.

Los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin,

...los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio.¹⁹

En el mismo sentido, Robert Alexy señala que “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella...”.²⁰

Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos, el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.²¹

Tampoco el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli:

¹⁸ Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, *cit.*, nota 2, pp. 644 y ss.

¹⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 4, p. 412.

²¹ Esto no significa, desde luego, que los derechos fundamentales no puedan tener como límite algunos de los conceptos apuntados, pero dichos límites deben estar explícita o implícitamente previstos en el propio texto constitucional. Sobre el tema de los límites a los derechos véase Brage, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.²²

La constitucionalización de los derechos es una etapa muy importante en la historia de los mismos. El surgimiento de los derechos en la historia, primero como derechos naturales, existentes solamente en los textos de algunos pensadores que se adelantaron a su tiempo y luego como derechos positivos establecidos en las grandes declaraciones, supone un cambio radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida. Gran parte de ese cambio se debe, como lo explica Bobbio, a una verdadera revolución copernicana que consiste en la “inversión del punto de vista” que hasta entonces había existido sobre la relación entre la persona y el grupo social. Tradicionalmente esa relación era observada desde el punto de vista de los “deberes”, pero no de los derechos. Lo que aporta la modernidad es justamente la inversión de ese punto de vista, de modo que a partir del siglo XVIII los derechos pasan a primar sobre los deberes.

Como lo explica Bobbio,

Al comienzo, no importa si mítico, fantástico o real, de la historia de la moral, existió siempre un *código de deberes* (de obligaciones), *no de derechos*. Los códigos morales o jurídicos de cualquier tiempo están compuestos esencialmente de normas imperativas, positivas o negativas, de órdenes o deberes. Comenzando por los *Diez Mandamientos*, que han sido durante siglos el código moral por excelencia de las naciones europeas, hasta el punto de haber sido interpretados como la ley natural, la ley conforme a la naturaleza del hombre. Pero se podrían aportar igualmente otros innumerables ejemplos, desde el *Código de Hammurabi* hasta las *Leyes de las Doce Tablas*. Bien entendido que deber y derecho son términos correlativos, como padre e hijo, en el sentido de que no puede haber

²² *Derecho y razón*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 859.

padre sin hijo y viceversa, tampoco puede haber un deber sin derecho; pero como el padre viene antes que el hijo, también la obligación viene siempre antes que el derecho.²³

Con el paso del tiempo, se abandona esta concepción y se comienza a ver en los derechos del individuo un *prius* con respecto a los deberes. El origen del cambio de concepción está, según Bobbio, en la concepción cristiana de la vida,²⁴ a partir de la cual se comienzan a formar las modernas doctrinas del derecho natural. La doctrina del derecho natural, o mejor dicho de los derechos naturales, incorpora una visión individualista de la vida humana y cambia el centro de radicación de la legitimidad en la relación política, la cual comienza a ser contemplada más *ex parte civium* que *ex parte principis*.²⁵ Primero viene el individuo y luego el Estado: el valor principal de la sociedad son las personas y no el gobierno. La relación entre individuo y Estado se invierte, y como consecuencia de ello también cambia la primacía de los deberes sobre los derechos.

Si primero viene la persona, entonces también vendrán primero sus derechos, que deben ser anteriores e incondicionales respecto a sus deberes. Estos últimos, más bien, quedan en términos generales asignados al Estado. En la “inversión de la relación entre individuo y Estado se invierte también la relación tradicional entre derecho y deber. Respecto de los individuos, los derechos pasan a primar sobre los deberes; respecto del Estado pasan a primar los deberes sobre los derechos”.²⁶ No es difícil advertir en la lógica de esta última frase la fundamentación teórica de lo que con el paso del tiempo conoceremos como el principio de libertad (para los individuos) y el principio de legalidad (para los poderes públicos). Tampoco es muy difícil comprender la importancia que esto tiene para el derecho de acceso a la información, que es un instrumento para darle poder a los particulares, ya sea frente al Estado o frente a otros particulares.

Bobbio explica que en el desarrollo histórico de los derechos pueden observarse cuatro etapas: la constitucionalización, la progresiva extensión, la universalización y la especificación.

²³ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., nota 14, pp. 512 y 513. Cursivas en el original.

²⁴ *Ibidem*, p. 514.

²⁵ *Ibidem*, p. 515.

²⁶ *Ibidem*, p. 516.

La constitucionalización y la expansión de los derechos son categorías que van muy unidas y dependen del derecho positivo; finalmente, constitucionalizar un derecho es hacerlo pasar del reino del pensamiento al reino de lo que resultaba realizable en la experiencia cotidiana; extender el catálogo de derechos es ir sumando prerrogativas a un listado inicial que estuvo durante décadas (siglos, incluso) determinado por las creencias del momento, muchas de las cuales no eran precisamente democráticas durante la última parte del siglo XVIII y todo el siglo XIX. La extensión de los derechos ha supuesto, según Bobbio, un cambio en la forma de Estado. Del Estado liberal que solamente reconoce los derechos de libertad se pasó al reconocimiento de los derechos políticos en el Estado democrático, mediante la concesión del sufragio masculino y femenino con carácter prácticamente universal; una tercera extensión, y la consiguiente mutación en la forma del Estado, se da por el reconocimiento de los derechos sociales, que convierten al Estado liberal y democrático en Estado social de derecho.²⁷

IV. ¿POR QUÉ CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN?

En los apartados anteriores hemos discutido cuestiones analíticas que se refieren a la teoría general de los derechos fundamentales o a su desarrollo histórico. La explicación ofrecida, además del interés teórico que pudiera suscitar, en realidad busca ser simplemente una plataforma conceptual mínima para abordar el objeto central del presente ensayo: ¿por qué se justifica una regulación constitucional más amplia del derecho de acceso a la información?

Vale la pena apuntar, inicialmente, que el derecho de acceso a la información, como tal, no está claramente constitucionalizado en México. Tenemos en la última frase del artículo 6o. constitucional la previsión de que el Estado debe garantizar “el derecho a la información”, pero nada más.

La escueta mención del artículo 6o. constitucional permite hablar de un derecho en buena medida “indeterminado”, aunque no indeterminable. Lo que sucede es que la brevedad del enunciado del artículo 6o. pue-

²⁷ *Ibidem*, p. 518.

de dar lugar a muchas dudas e incertidumbres. Pongamos, por ejemplo, las siguientes cuestiones:

- ¿Quiénes son los sujetos frente a los que el Estado debe garantizar el derecho a la información?, ¿serían solamente las autoridades o también los particulares?
- ¿Cuál es el objeto preciso de su regulación: la información pública (es decir, la que obra en poder del Estado) o también la que está en manos de personas privadas?
- ¿La información a la que se refiere el artículo 6o. es de cualquier tipo o el Estado solamente se vería comprometido a garantizar la información que posea ciertas cualidades, por ejemplo la información que sea veraz, como sucede en algunas Constituciones de otros países?²⁸

²⁸ La Constitución española de 1978 exige la veracidad como componente de la libertad de información. El texto de su artículo 20 dispone que “1. Se reconocen y protegen los derechos: *d*) A comunicar y recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión”. Al interpretar la extensión de la veracidad exigida por este precepto, el Tribunal Constitucional español ha manifestado que “...al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático... La libertad de expresión comprende la de errar... la afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa...” (sentencia 176/1995). En otra sentencia, el mismo órgano manifiesta que “...la afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (sentencia 6/1988). El Tribunal ha señalado además que se debe distinguir cuando los medios de comunicación transmiten informaciones de cuando emiten juicios de valor o calificativos; si sucede lo primero, a los tribunales les correspondería eventualmente juzgar si lo informado es o no veraz; si se trata de lo segundo, entonces los jueces deben verificar si los juicios de valor contienen expresiones vejatorias. Desde luego, ambas situaciones se pueden verificar en un mismo ejercicio comunicativo, de forma que a la vez se esté transmitiendo información y emitiendo juicios de valor; en la práctica, de hecho, las dos formas de comunicar suelen confundirse. En este contexto, el Tribunal afirma que “...la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, no podría hacerlo sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión..., la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que en ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comportan una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constitu-

- ¿El artículo 6o. suministra una base constitucional suficiente para regular a los medios de comunicación?, ¿el deber estatal de garantía abarca la protección del derecho a la intimidad, al honor y al buen nombre?
- ¿Protege el artículo 6o. derechos reconocidos en otros ordenamientos jurídicos como el llamado *habeas data*?
- ¿Qué debemos entender por “Estado” en el contexto del artículo 6o.?, ¿comprende ese término solamente al gobierno federal o incluye también a los gobiernos locales?, ¿también a través de ese concepto se obliga a los órganos constitucionales autónomos y, en caso afirmativo, de qué manera?

Me parece que ninguna de estas preguntas puede ser contestada tomando como referencia únicamente el texto de la última frase del artículo 6o. constitucional. Esto nos puede llevar a graves incertidumbres, ya que permite o avala situaciones bien conocidas en la historia reciente de México: por ejemplo, permitiría un desmantelamiento completo del núcleo normativo del derecho a la información, o bien un ejercicio abusivo del mismo a través de la inclusión indebida en su contenido de elementos no regulados constitucionalmente. La primera situación no es de carácter teórico, sino que es bien conocida en nuestro país; fue lo que sucedió luego de que en 1977 se agregó en el texto constitucional la última frase del artículo 6o. A partir de entonces y hasta la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental no hubo forma alguna de hacer valer en la práctica dicho derecho ni existía una idea clara de lo que podría significar su constitucionalización para los ciudadanos.²⁹ Incluso la jurisprudencia de la Suprema Corte llegó a profundos malentendidos acerca de su significado.³⁰

ye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar...” (sentencia 297/2000).

²⁹ Un texto pionero en la materia es el importante libro de López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984.

³⁰ Una revisión de los pronunciamientos más importantes puede verse en López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, *cit.*, nota 7, pp. 34 y ss.

Por otro lado, la parquedad de la regulación constitucional vigente tampoco permite un juicio certero acerca de su desarrollo legislativo. Es decir, ¿con qué base podemos decidir si la regulación sobre la materia, tanto federal como local, se ajusta a lo dispuesto a la Constitución?, ¿cómo podríamos construir un argumento tomado directamente del texto constitucional para considerar que tales o cuales excepciones en el acceso a la información vulneran lo dispuesto por la carta magna?

De nuevo, este tipo de cuestiones no son puramente teóricas, si atendemos a la heterogénea regulación que se ha hecho, por ejemplo, en las leyes estatales de acceso a la información, cuyo contenido demuestra con claridad la falta de comprensión del derecho de acceso a la información, pero sobre todo la necesidad de contar con un adecuado marco referencial dentro de nuestra Constitución que oriente normativamente al legislador y a los órganos judiciales.³¹

En consecuencia, con lo anterior se puede afirmar que la idea de expandir el contenido normativo del derecho a la información, o mejor aún, la idea de constitucionalizar directamente y de forma amplia el derecho “de acceso” a la información, no es una cuestión puramente teórica, sino que sería una excelente oportunidad para aclarar algunas de las dudas que se han planteado en los párrafos anteriores. Pero además sería el momento oportuno para poner de manifiesto que el Estado mexicano (no un gobierno, una administración o un determinado grupo de funcionarios) tiene un firme compromiso de largo plazo y de amplio aliento en la materia.

³¹ En el libro de Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, pp. 243 y ss., puede verse la regulación que hicieron algunas entidades federativas sobre el tema.

Por otro lado, la parquedad de la regulación constitucional vigente tampoco permite un juicio certero acerca de su desarrollo legislativo. Es decir, ¿con qué base podemos decidir si la regulación sobre la materia, tanto federal como local, se ajusta a lo dispuesto a la Constitución?, ¿cómo podríamos construir un argumento tomado directamente del texto constitucional para considerar que tales o cuales excepciones en el acceso a la información vulneran lo dispuesto por la carta magna?

De nuevo, este tipo de cuestiones no son puramente teóricas, si atendemos a la heterogénea regulación que se ha hecho, por ejemplo, en las leyes estatales de acceso a la información, cuyo contenido demuestra con claridad la falta de comprensión del derecho de acceso a la información, pero sobre todo la necesidad de contar con un adecuado marco referencial dentro de nuestra Constitución que oriente normativamente al legislador y a los órganos judiciales.³¹

En consecuencia, con lo anterior se puede afirmar que la idea de expandir el contenido normativo del derecho a la información, o mejor aún, la idea de constitucionalizar directamente y de forma amplia el derecho “de acceso” a la información, no es una cuestión puramente teórica, sino que sería una excelente oportunidad para aclarar algunas de las dudas que se han planteado en los párrafos anteriores. Pero además sería el momento oportuno para poner de manifiesto que el Estado mexicano (no un gobierno, una administración o un determinado grupo de funcionarios) tiene un firme compromiso de largo plazo y de amplio aliento en la materia.

³¹ En el libro de Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, pp. 243 y ss., puede verse la regulación que hicieron algunas entidades federativas sobre el tema.

TENDENCIAS EN EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Ernesto VILLANUEVA

El derecho de acceso a la información pública se ha ido convirtiendo en parte de la agenda pública de nuestro tiempo. En distintas partes del mundo se están haciendo esfuerzos, algunos con éxito y otros no tanto, para hacer de la información pública un derecho reconocible y, sobre todo, exigible en la vida cotidiana. En el contexto internacional se han generado en los años recientes diversas directrices o principios de los mínimos que debe tener una normativa en materia de acceso a la información pública que permita la razonable coexistencia entre vigencia y eficacia.¹ De entrada, habría que partir de dos supuestos básicos que son compatibles con un Estado democrático de derecho. Por un lado, la búsqueda de que existan controles efectivos tanto internos como externos en el ejercicio del poder público y, por el otro, el reconocimiento de las libertades públicas como limitantes al poder público, o para hacerlos más precisos como herramientas para ejercer, entre otras cosas, labores de escrutinio del poder del Estado.

En este trabajo se busca demostrar cómo esos pesos y contrapesos del poder a través del derecho a saber han ido comportándose como tendencia en el entorno internacional, particularmente en su expresión constitucional.

¹ A vía de ejemplos se tienen la Declaración de Lima, la Declaración de Chapultepec, la ley modelo de la organización británica “Article XIX” y la ley modelo elaborada por encargo de la Organización de Estados Americanos. Particularmente consúltese la declaración conjunta correspondiente al 2004 de los relatores especiales sobre libertad de expresión de la ONU, la OEA y el representante de la OSCE para la libertad de expresión, donde desarrollan varios aspectos que dos años antes fueron recogidos a profundidad por la normativa mexicana en el ámbito federal y en algunos casos a nivel local.

La Revolución francesa produjo una serie de ideas y experimentos de derecho constitucional, de lo que sobresale el dogma de la igualdad de todos ante la ley. Este derecho tuvo importantes consecuencias para el derecho civil, penal, fiscal y administrativo. Se dan las primeras Constituciones que garantizaban un mínimo de derechos de los miembros de la sociedad frente a las autoridades que ejercían el poder.

Resalta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, inspirada por Constituciones locales estadounidenses, el *Bill of Rights* inglés y las ideas de Locke y de Rousseau. La Constitución de 1791 se basó en el principio de separación de poderes; era todavía monárquica, pero con una posición débil del rey. Los dominios de la Corona ya habían sido nacionalizados, de manera que el rey recibía un salario.²

Por lo que se refiere a México, baste decir tan sólo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es sumamente genérica al proteger el derecho de acceso a la información pública, habida cuenta de que a la letra dice: “Artículo 6o. 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 a la información será garantizado por el Estado*”.³

Es de señalarse que el artículo 6o. sólo se ha reformado en una ocasión (6 de diciembre de 1977) para establecer el derecho a la información como garantía social y natural complemento de la libertad de expresión. El derecho social a la información es, en suma, la necesidad de estar informado en todo momento de toda clase de acontecimientos, de los avances técnicos y culturales que se produzcan en el mundo, de cualquier innovación creadora, en suma, de documentos, notas o noticias de interés colectivo; correspondiendo al Estado garantizar y regular su difusión y proteger al mismo tiempo el interés individual.

Pero la pregunta que surge frente al contenido final del artículo 6o. es: ¿hasta dónde se extiende o regula el derecho a la información?

² Para profundizar sobre el tema véase Margadant, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 4a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1991.

³ 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.

Se afirma que el Estado mexicano garantizará el derecho a la información; no obstante, el artículo no establece las características básicas que comprenden el derecho a la información. Por esta razón han aparecido problemas de interpretación para identificar con mayor precisión el sentido del “derecho a la información”. Veamos cómo se han pronunciado varios tribunales federales al desarrollar tesis sobre el derecho a la información, como la que afirma que es “...derecho inalienable de los particulares el de manifestar ideas y exigir información...”.⁴ Otra tesis sostiene que “...si el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la información, ese derecho implica la obligación —para el Estado— de no entorpecer el uso de los medios de difusión masiva de ideas y le prohíbe erigirse en guardián de la cantidad o calidad de los medios de difusión”.⁵

La adición al artículo 6o. constitucional en el sentido de que el derecho a la información será garantizado por el Estado, se produjo con motivo de la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, de las que se desprende que: *a)* Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada “reforma política”, y que consiste en que el Estado permita el que, a través de los diversos medios de comunicación, se manifieste de manera regular la diversidad de opiniones de los partidos políticos; *b)* Que la definición precisa del derecho a la información queda a la legislación secundaria, y *c)* Que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento en que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información. Ahora bien, respecto del último inciso, no significa que las autoridades queden eximidas de su obligación constitucional de informar en la forma y términos que establezca la legislación secundaria; pero tampoco supone que los gobernados tengan un derecho frente al Estado para obtener información en los casos y a través de sistemas no previstos en las normas relativas, es decir, el derecho a la información no crea en favor del particular la facultad de elegir arbitrariamente la vía mediante la cual pide conocer ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades, sino

⁴ Amparo en revisión RA-1601/82, abril de 1983. Fernando Lanz Cárdenas.

⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, quinta y sexta parte, vols. 145-150, pp. 226 y 227.

que esa facultad debe ejercerse por el medio que al respecto se señale legalmente.⁶

En esta tesis aislada se puede advertir que: *a)* el derecho a la información se subsume en el derecho de los partidos políticos a tener espacios en los medios de comunicación, particularmente los electrónicos; *b)* la ausencia de un derecho fundamental derivado del último párrafo en favor del gobernado, y *c)* deja abierta la posibilidad de que los gobernados puedan recibir “ciertos datos de la actividad realizada por las autoridades”, siempre y cuando se expida al efecto una ley secundaria que establezca tal posibilidad jurídica.

Tiempo después, la Corte inicia el proceso de cambio de este criterio para fortalecer la tendencia a identificarlo con la naturaleza del derecho de acceso a la información pública. En 1996, en una opinión consultiva solicitada por el presidente de la República para desentrañar el alcance y sentido del derecho a la información, la Suprema Corte sostuvo que:

El artículo 6o. constitucional, *in fine*, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al 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, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.⁷

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000, tesis P. LXI/2000, p. 71.

⁷ Solicitud 3/96. Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segun-

Con base en lo anterior, podemos observar los problemas que se presentan al interpretar el artículo 6o. constitucional.

El derecho a la información tiene dos acepciones, la primera propiamente dicha —“derecho a la información”—, en un sentido amplio: el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “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 información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. De lo anterior debemos entender que este tratado coloca al derecho a la información como una garantía fundamental que toda persona posee para atraerse información, informar y ser informada.⁸

De acuerdo con la segunda acepción, en sentido estricto, el “derecho a la información” lo podemos definir como la regulación jurídica del acceso de la sociedad a la información de interés público, particularmente la generada por los órganos del Estado. No se debería confundir la libertad de expresión ni la libertad de información con el derecho a la información —cuando se hace referencia en *stricto sensu*—. Y ello es así ya que el papel que desempeña el Estado es diferente con respecto al derecho a la información; mientras que en los primeros el Estado se abstiene de actuar, en el derecho a la información el Estado tiene la obligación de poner a disposición del público los archivos y datos generados por sus órganos constitutivos. Esta segunda acepción está relacionada con la noción de derecho de acceso a la información pública en el sentido de que constituye la prerrogativa de toda persona a conocer registros y datos en poder de los órganos del Estado, salvo las excepciones mínimas establecidas en la ley.

En términos generales se puede advertir que, con mayor o menor precisión, las Constituciones en distintos países del mundo han adoptado, para nutrir sus contenidos normativos, los preceptos previstos en el ar-

do del artículo 97 de la Constitución federal. 23 de abril de 1996. Unanimidad de once votos. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticuatro de junio en curso, aprobó, con el número LXXXIX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis.

⁸ Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (comps.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 37.

título 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las convenciones continentales, como el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 9o. de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

La relevancia que tiene el que el derecho de acceso a la información sea reconocido en la parte dogmática de las Constituciones vigentes es que permite, dentro de la estructura jurídica interna de cada país donde se reconoce el derecho en cuestión, el implementar las legislaciones derivadas del referente constitucional.

De igual forma, al momento de hacer valer la protección o defensa de este derecho ante la autoridad, en caso de controversia se deberá remitir a la fuente constitucional de la que emana este derecho. Con ello realmente se convierte en una positivización de un derecho.

Cabe señalar que Suecia, desde 1766, no sólo reconoce el derecho de acceso a la información en su Constitución, sino que también su ley es un texto integrante de su Constitución, por considerarse ley fundamental.

Son alrededor de cuarenta países los que reconocen el derecho de acceso a la información; no obstante, sólo treinta establecen características o vertientes del derecho de acceso a la información que van más allá del reconocimiento genérico del derecho a la información. Podremos observar los diversos reconocimientos de los correspondientes poderes de reforma; algunos de ellos solamente dan acceso a documentos oficiales, otros más reconocen la publicidad de las actividades de los órganos estatales. Cabe destacar que no obstante el tipo de familia jurídica de que se trate o de la divergente forma en que se ha insertado este derecho en las Constituciones, es un primer paso, sobre todo en las democracias incipientes y sobre todo en los países que pretenden un reconocimiento internacional. No sólo se debe contener un documento en donde se establezcan las reglas para el acceso al poder en una sociedad, sino que, además, debe integrarse un catálogo de garantías mínimas que permitan optimizar todos los demás derechos.

Al revisar la lista de Constituciones seleccionadas, cabe formular las primeras reflexiones:

- 1) La totalidad de las Constituciones referidas manejan una escueta referencia al derecho de acceso a la información, pero introducen en su articulado aspectos más allá de la idea genérica de “derecho

a la información”, de donde se puede desprender una vinculación con el deber del Estado de informar.

- 2) En aproximadamente el 50% de las Constituciones se establecen limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información; en la otra mitad se remite a la legislación secundaria la regularización de las limitaciones. Por supuesto, es más conveniente dejar establecidas las limitaciones mínimas en la Constitución para evitar que vía ley se pretenda restringir este derecho.
- 3) Algunas remiten a estándares internacionales, como Bosnia Herzegovina, con las ventajas y desventajas que ello implica, porque no hay estándares internacionales unívocamente reconocidos.
- 4) En otras se determina el tipo y calidad de la información, como en Colombia y Ecuador.
- 5) En Croacia, el derecho de acceso a la información se establece sólo a favor de los periodistas; en el caso de República Dominicana se le concede sólo a los medios de información. Esta confusión, que en México se ha superado con amplitud, todavía supone una conexión directa entre el papel de los medios y el acceso a la información como un derecho especial y no un derecho para todas las personas, con independencia de su actividad profesional, género, sexo, edad, nacionalidad y preferencias de todo tipo.
- 6) En Estonia se reconoce además el derecho a datos personales y archivos públicos.
- 7) Francia establece el acceso como “pedir cuentas”, lo que si bien es general, cabe deducir que el derecho de acceso a la información pública es una de las vías para rendir o exigir cuentas.
- 8) En el caso de Grecia se establece que “todas las personas tienen el derecho a participar en la sociedad de la información”.
- 9) En el caso de Polonia se establece el acceso a la información no sólo sobre actividades sino también sobre personas.
- 10) En Sudáfrica se determina el acceso a la información de cualquier persona sin acotar si ejerce o no gasto público, que es el único caso en el mundo con esta característica.

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de

argumentación jurídica. El ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Así, el avance del Estado constitucional ha venido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de las exigencias de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

Con ello, a manera de conclusión, podemos inferir que gracias al reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública en la mayoría de las cartas fundamentales del mundo, se hace realmente funcional este derecho y encarece el costo a la autoridad que pretenda limitarlo sin un sustento jurídico y argumentativo sólido que coincida con la disposición constitucional que rige sus actos.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

- 1) El derecho de acceso a la información pública está convirtiéndose en una garantía expresa en diversas Constituciones, como una actualización del principio clásico del deber de publicidad del Estado, en donde pasa a convertirse en el reconocimiento de un derecho humano fundamental. Así lo pone de relieve el hecho de que 30 países de diversos continentes, sistemas jurídicos y niveles de desarrollo democrático hayan incluido elementos que permiten contar con mayores garantías para que el derecho a conocer pueda ser legislado en aquellos países donde no cuentan con normativas en la materia. Estos países —donde se ha constitucionalizado— representan ya el 16% del total de Estados miembros de la ONU, cuya cifra alcanza el número de 191.⁹
- 2) Es de reconocerse que los enunciados normativos constitucionales aquí referidos se han redactado, en el mayor número de los casos, en forma indicativa y con una gran dosis de generalidad, acaso, empero, con mayor precisión que en la redacción del último párrafo del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que, como ya se ha anotado, ha requerido de todo un ejercicio de interpretación jurisprudencial para identificar su alcance.
- 3) Se puede comprobar que a nivel internacional falta desarrollar doctrinalmente el objeto y el contenido del derecho de acceso a la in-

⁹ Cfr. www.un.org/spanish.

formación pública, habida cuenta de que en algunas Constituciones se asocia el derecho de acceso a la información como una prerrogativa de los periodistas. Este supuesto, como es evidente, ha sido ampliamente superado y no forma parte siquiera de la discusión doctrinal contemporánea. Es claro que el derecho de acceso a la información pública en tanto derecho humano fundamental corresponde a todas las personas con independencia de las labores que desempeñen en la sociedad. En otras Constituciones se condiciona el derecho a conocer a que haya un “interés legal fundado”. De la misma manera, habría que reiterar que esa postura ha sido dejada atrás en las discusiones sobre la materia, por la simple y sencilla razón de que se trata de información pública, y si se debe demostrar un interés legal dejaría precisamente de ostentar la característica de “pública”.

- 4) Existen, por el contrario, casos emblemáticos que se remontan incluso al siglo XVIII, como el de Francia, y especialmente el de Suecia, que han reconocido el derecho de acceso a la información pública en una doble vertiente: como instrumento de control del poder y como derecho transversal de las personas para ejercer de la mejor manera posible otro tipo de derechos o cumplir adecuadamente obligaciones.
- 5) El panorama internacional de cómo se ha constitucionalizado el derecho de acceso a la información en el mundo puede servir como incentivo, explicación y necesidad de que México debe transitar (como lo ha hecho con la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que se ha convertido, dicho sea de paso, en una normativa modélica en el mundo) a que las mejores expresiones del derecho a conocer plasmadas en la Ley Federal y en las diversas leyes locales aprobadas en los estados de la federación sean integradas en el cuerpo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constitucionalizar el derecho de acceso a la información supondría garantizar un catálogo de estándares mínimos que, por un lado, reivindicuen un alto común denominador y, por otro, brinden autonomía constitucional al órgano regulador, a efecto de que ofrezcan certeza jurídica al gobernado sobre el futuro del derecho a saber en México.

- 6) Hay que considerar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido un creciente desarrollo del contenido del derecho de acceso a la información pública que pasa no sólo por las declaraciones y principios emitidos por su pleno y su relatoría especial de libertad de expresión al transcurso de los últimos años, sino particularmente por sus planteamientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la demanda *Claude Reyes vs. Chile*. Esta demanda constituye el primer caso sobre acceso a la información pública que tiene frente a sí la Corte y cuya resolución habrá de sentar un claro precedente para el hemisferio. Cabe recordar que la Convención Americana forma parte del régimen jurídico mexicano con arreglo a lo dispuesto por el artículo 133 constitucional. También es menester tener en cuenta que México ha reconocido oportunamente la jurisdicción de la Corte.¹⁰ Estos referentes ofrecen elementos adicionales de forma y fondo para iniciar los esfuerzos necesarios en la constitucionalización amplia y detallada del derecho de acceso a la información pública, que podría ser el segundo piso de protección iniciado con la aprobación de la Ley Federal en este rubro.
- 7) Se deben precisar terminológicamente los alcances en la relación de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información para evitar la confusión conceptual que deviene en detrimento de los destinatarios de la norma.
- 8) Es preferible destacar los derechos y limitaciones mínimos para el ejercicio de este derecho desde la Constitución a fin de evitar que en las legislaciones que lo regulen se establezcan restricciones que contravengan el mandato constitucional.
- 9) La identificación y análisis del estado de la cuestión en materia de reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información permite hacer un balance de dónde estamos situados y por dónde se puede seguir impulsando y desarrollando esta disciplina que cada vez va tomando más importancia como parte de los derechos fundamentales en el mundo contemporáneo.

A continuación transcribimos algunas partes relevantes de las Constituciones que hemos seleccionado para los fines de este trabajo:

¹⁰ *Diario Oficial de la Federación* de 24 de febrero de 1999.

1. *Albania*Artículo 23¹¹

1. El *derecho a la información está garantizado.*
2. Toda persona tiene el derecho, de acuerdo con la ley, *a obtener información sobre la actividad de los órganos estatales, así como de las personas que ejercen funciones estatales.*
3. Toda persona tiene la posibilidad de asistir a las reuniones de los órganos electos.

2. *Austria*Artículo 20:¹²

(4) *Todos los órganos encargados de las funciones de administración de la federación, de los estados federados y de los municipios, así como otros organismos de derecho público, estarán obligados a proporcionar informaciones sobre las materias de su ámbito de actuación en la medida en que una obligación legal de discreción profesional no se oponga a ello; las organizaciones profesionales no estarán obligadas a proporcionar informaciones a sus socios, en la medida en que esto no impida la ejecución regular de sus funciones previstas por la ley. Las reglas en detalle para los órganos de la federación, así como para los organismos dotados de autonomía en virtud de la legislación federal, serán competencia de la legislación y ejecución de la federación, aquellas que se refieran a los órganos de los estados federados y a los municipios, así como a los organismos dotados de autonomía en virtud de la legislación de los estados federados dependientes de la federación, para aquellos, ésta es la legislación que rige sobre los principios fundamentales y la de los estados federados en lo referente a las leyes de aplicación y de ejecución.*

¹¹ “Article 23

1. The right to information is guaranteed.
2. Everyone has the right, in compliance with law, to get information about the activity of state organs, as well as of persons who exercise state functions.
3. Everybody is given the possibility to follow the meetings of collectively elected organs”.

¹² Álvarez Vélez, María Isabel y Alcón Yustas, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea. Textos y comentarios*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 84 y 85.

3. *Bélgica*

“Artículo 32. *Todos tienen el derecho a consultar cualquier documento administrativo y a que se les entregue copia, salvo en los casos y condiciones fijadas en la ley, el decreto o la norma previstos en el artículo 134*”.¹³

4. *Bosnia Herzegovina*

Artículo II. Derechos humanos y libertades fundamentales¹⁴

Párrafo 1. Derechos humanos

Bosnia y Herzegovina son dos entidades que se encargarán por asegurar el nivel más alto de derechos humanos internacionalmente reconocidos y de libertades fundamentales. A tal efecto, habrá una Comisión de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina en la manera prevista en el anexo 6 al Acuerdo Básico General.

Párrafo 2. Estándares internacionales

Los derechos y libertades dispuestos en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus protocolos respectivos se aplicarán directamente en Bosnia y Herzegovina. Éstos se colocarán como prioridad respecto al resto de la legislación.

5. *Bulgaria*

Artículo 41

(1) *Toda persona tendrá el derecho de buscar, obtener y divulgar información. Este derecho no será ejercido en detrimento del derecho a la*

¹³ “Article 32. Everyone has the right to consult any administrative document and to have a copy made, except in the cases and conditions stipulated by the laws, decrees or rulings referred to in Article 134”.

¹⁴ “Article II Human Rights and Fundamental Freedoms

Paragraph 1. Human Rights

Bosnia and Herzegovina and both Entities shall ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms. To that end, there shall be a Human Rights Commission for Bosnia and Herzegovina as provided for in Annex 6 to the General Framework Agreement.

Paragraph 2. International Standards

The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law”.

reputación de terceros, o en detrimento de la seguridad nacional, orden público, salud pública y moral.

(2) *Los ciudadanos tendrán el derecho de obtener información de los órganos y agencias estatales sobre cualquier asunto de su interés legítimo, siempre que no se trate de un secreto oficial o de estado o cuando afecte los derechos de terceros.*¹⁵

6. Colombia

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la *de informar y recibir información veraz e imparcial*, y la de fundar medios de comunicación masiva.

Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Artículo 74. *Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos*, salvo los casos que establezca la ley.

Artículo 112. Los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales...

7. Croacia

Artículo 38

(1) La libertad de pensamiento y expresión estará garantizada.

(2) La libertad de expresión incluye la libertad de prensa y de otros medios de comunicación, la libertad de expresión y de expresión pública y la de libre establecimiento de instituciones de comunicación pública.

¹⁵ "Article 41.

(1) Everyone shall be entitled to seek, obtain and disseminate information. This right shall not be exercised to the detriment of the rights and reputation of others, or to the detriment of national security, public order, public health and morality.

(2) Citizens shall be entitled to obtain information from state bodies and agencies on any matter of legitimate interest to them which is not a state or official secret and does not affect the rights of others".

(3) La censura está prohibida. *Los periodistas tendrán el derecho de libertad de prensa y de acceso a la información.*

(4) El derecho de rectificación estará garantizado a cualquiera que haya sido objeto de violación en sus derechos a través de información pública.¹⁶

8. Ecuador

Artículo 81

El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.

No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley...

9. Eslovaquia

Artículo 26

(5) *Las autoridades estatales y los organismos autorregulados tienen la obligación de proporcionar información sobre sus actividades de manera adecuada y en el lenguaje oficial. Las maneras y condiciones serán determinadas por la ley.*¹⁷

¹⁶ “Article 38 (expression)

(1) Freedom of thought and expression shall be guaranteed.

(2) Freedom of expression shall specifically include freedom of the press and other media of communication, freedom of speech and public expression, and free establishment of all institutions of public communication.

(3) Censorship shall be forbidden. Journalists shall have the right to freedom of reporting and access to information.

(4) The right to correction shall be guaranteed to anyone whose constitutional and legal rights have been violated by public information”.

¹⁷ “Article 26

(5) State bodies and territorial self-administration bodies are under an obligation to provide information on their activities in an appropriate manner and in the state language. The conditions and manner of execution will be specified by law”.

10. Eslovenia

“Artículo 39. Excepto en los casos determinados por la ley, *toda persona tiene derecho a obtener información de carácter público en tanto tenga interés legal fundado*”.¹⁸

11. Estonia

Artículo 44¹⁹

(1) *Toda persona tiene el derecho de recibir información de uso general, gratuitamente.*

(2) *Las autoridades locales y estatales y sus funcionarios estarán obligados, bajo pedimento de los ciudadanos de Estonia, a proporcionar información sobre su actividad, con la sola excepción de aquella información que está prohibida por ley o aquella que sea exclusiva del uso interno de los sujetos obligados.*

(3) *Los ciudadanos de Estonia tendrán el derecho de estar informados sobre sus datos personales en posesión de las autoridades y de los archivos públicos. Este derecho puede restringirse a efecto de proteger los de-*

¹⁸ “Article 38. Everyone has the right of access to the collected personal data that relates to him and the right to judicial protection in the event of any abuse of such data.

Article 39. Except in such cases as are provided by law, everyone has the right to obtain information of a public nature in which he has a well founded legal interest under law”.

¹⁹ “Article 44

(1) Everyone shall have the right to freely receive information circulated for general use.

(2) At the request of Estonian citizens, and to the extent and in accordance with procedures determined by law, all state and local government authorities and their officials shall be obligated to provide information on their work, with the exception of information which is forbidden by law to be divulged, and information which is intended for internal use only.

(3) Estonian citizens shall have the right to become acquainted with information about themselves held by state and local government authorities and in state and local government archives, in accordance with procedures determined by law. This right may be restricted by law in order to protect the rights and liberties of other persons, and the secrecy of children’s ancestry, as well as to prevent a crime, or in the interests of apprehending a criminal or to clarify the truth for a court case.

(4) Unless otherwise determined by law, the rights specified in paragraphs (2) and (3) shall exist equally for Estonian citizens and citizens of other states and stateless persons who are present in Estonia”.

rechos y libertades de otras personas, la secrecía de los ascendientes de menores de edad o de prevenir delitos; así como en función de ejercer la persecución de un criminal o de esclarecer la verdad en un caso judicial.

(4) Salvo disposición en otro sentido, estos dos derechos serán ejercidos igualmente por ciudadanos de Estonia o de cualquier otro Estado que se encuentren en territorio nacional.

12. *Finlandia*

Sección 12:²⁰

“(2) *Los documentos y archivos en posesión de las autoridades son públicos, a menos que su publicación esté prohibida por razones establecidas en la ley. Toda persona tiene del derecho de acceder a documentos y archivos públicos*”.

13. *Francia*

En la Constitución francesa²¹ la única referencia relativa a los derechos humanos se encuentra en el preámbulo, al establecer que: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de soberanía nacional definidos en la Declaración de 1789, confirmada y ultimada por el preámbulo de la Constitución de 1946”.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²² establece en los artículos 14 y 15 el derecho de acceso a la información:

Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por ellos mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, consentirla libremente, vigilar su empleo, determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.

²⁰ “Section 12

(2) Documents and recordings in the possession of the authorities are public, unless their publication has for compelling reasons been specifically restricted by an Act. Everyone has the right of access to public documents and recordings”.

²¹ <http://www.justice.gouv.fr/espagnol/ection.htm>.

²² Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 2a. ed., trad. de Alfonso Posada, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 199.

Artículo 15. *La sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo agente público por su administración.*

14. Grecia

Artículo 5A²³

1. *A todas las personas se les garantiza el derecho de información, según lo especificado por ley.* Las restricciones a este derecho solamente se podrán imponer cuando sean absolutamente necesarias y justificadas por razones de seguridad nacional, en el combate al crimen o por la protección de los derechos e intereses de terceros.

2. *Todas las personas tienen el derecho a participar en la sociedad de la información.* La facilitación del acceso a la información electrónicamente manejada, así como de la producción, del intercambio y de su difusión, constituye una obligación del Estado, siempre en la observancia de las garantías de los artículos 9o., 9A y 19.

15. Georgia

Artículo 41²⁴

1. *Todo ciudadano tiene derecho, de conformidad con la ley, de conocer su información personal que exista en las instituciones estatales, en tanto ésta no contenga secretos profesionales, comerciales o de Estado.*

2. La información contenida en los documentos oficiales relacionada con la salud, finanzas o cualquier otro asunto privado no está disponible a

²³ “Article 5A

1. All persons are entitled to information, as specified by law. Restrictions to this right may be imposed by law only insofar as they are absolutely necessary and justified for reasons of national security, of combating crime or of protecting rights and interests of third parties.

2. All persons are entitled to participate in the Information Society. Facilitation of access to electronically handled information, as well as of the production, exchange and diffusion thereof constitutes an obligation of the State, always in observance of the guarantees of articles 9, 9A and 19”.

²⁴ “Article 41

1. Every citizen has the right according to the law to know information about himself which exists in state institutions as long as they do not contain state, professional or commercial secrets, as well as with official records existing there.

2. Information existing in official papers connected with health, finances or other private matters of an individual are not available to other individuals without the prior consent of the affected individual, except in cases determined by law, when it is necessary for the state and public security, defense of health, rights and freedoms of others”.

terceros sin su consentimiento expreso; excepto en los casos determinados por la ley o en caso de seguridad nacional, salud pública, derechos o libertades de otros.

16. *Holanda*

“Artículo 110. *En el ejercicio de sus deberes, las entidades del gobierno observarán el derecho de acceso a la información pública de acuerdo con las reglas prescritas por el Parlamento*”.²⁵

17. *Lituania*

Artículo 25²⁶

(1) Los individuos tendrán el derecho de tener sus propias convicciones y de expresarlas libremente.

(2) *Los individuos no deben ser obstaculizados de buscar, de obtener, o de diseminar información o ideas.*

(3) La libertad para expresar convicciones, así como obtener y diseminar la información, no se pueden restringir con excepción de lo establecido por la ley cuando sea necesario para salvaguardar la salud, el honor y la dignidad, la vida privada, o la moral de las personas, o para la protección del orden constitucional.

(4) La libertad para expresar convicciones o para impartir información será incompatible con las acciones criminales —la instigación del odio na-

²⁵ “Article 110. In the exercise of their duties government bodies shall observe the right of public access to information in accordance with rules to be prescribed by Act of Parliament”.

²⁶ “Article 25

(1) Individuals shall have the right to have their own convictions and freely express them.

(2) Individuals must not be hindered from seeking, obtaining, or disseminating information or ideas.

(3) Freedom to express convictions, as well as to obtain and disseminate information, may not be restricted in any way other than as established by law, when it is necessary for the safeguard of the health, honor and dignity, private life, or morals of a person, or for the protection of constitutional order.

(4) Freedom to express convictions or impart information shall be incompatible with criminal actions —the instigation of national, racial, religious, or social hatred, violence, or discrimination, the dissemination of slander, or misinformation—.

(5) Citizens shall have the right to obtain any available information which concerns them from State agencies in the manner established by law”.

cional, racial, religioso, o social, de la violencia, o de la discriminación, de la difamación o de la difusión de información falsa—.

(5) *Los ciudadanos tendrán el derecho de obtener cualquier información disponible que se refiera a ellos de las agencias del Estado de la manera establecida por la ley.*

18. *Moldavia*

Artículo 34

(1) *Tener acceso a cualquier información de interés público es un derecho de toda persona que no puede ser coartado.*

(2) De acuerdo con su competencia, las autoridades garantizarán que los ciudadanos estén informados sobre los asuntos de interés público y personal.

(3) El derecho de acceso a la información puede no perjudicar las medidas tomadas para proteger a los ciudadanos o la seguridad nacional.

(4) *El Estado y los medios privados están obligados a asegurar que el público obtenga información correcta.*²⁷

19. *Polonia*

Artículo 61

(1) *El ciudadano tendrá el derecho de obtener información de las actividades de las autoridades, así como de las personas que desempeñan funciones públicas.* Este derecho incluirá el de recibir información de los órganos económicos o profesionales que cuenten con autogobierno y, en general, de cualquier organización relacionada con la actividad de las autoridades.

(2) *El derecho a recibir información garantizará el acceso a los documentos y a las reuniones de las autoridades electas por sufragio universal.*

²⁷ “Article 34

(1) Having access to any information of public interest is everybody’s right that may not be curtailed.

(2) According with their established level of competence, public authorities shall ensure that citizens are correctly informed both on public affairs and matters of personal interest.

(3) The right of access to information may not prejudice either the measures taken to protect citizens or national security.

(4) The State and private media are obliged to ensure that correct information reaches the public”.

(3) Los derechos contenidos en los párrafos (1) y (2) pueden ser limitados por ley para proteger los derechos y libertades de terceros, el orden público, la seguridad o intereses económicos importantes del Estado.²⁸

20. Portugal

Artículo 268²⁹

1. Los ciudadanos tienen el derecho de ser informados por el servicio público, cuando ellos así lo soliciten, sobre el progreso de los planes de gobierno *en que estén directamente interesados y conocer las decisiones finales*.

²⁸ “Article 61

(1) A citizen shall have the right to obtain information on the activities of organs of public authority as well as persons discharging public functions. Such right shall also include receipt of information on the activities of self-governing economic or professional organs and other persons or organizational units relating to the field in which they perform the duties of public authorities and manage communal assets or property of the State Treasury.

(2) The right to obtain information shall ensure access to documents and entry to sittings of collective organs of public authority formed by universal elections, with the opportunity to make sound and visual recordings.

(3) Limitations upon the rights referred to in paragraphs (1) and (2), may be imposed by statute solely to protect freedoms and rights of other persons and economic subjects, public order, security or important economic interests of the State”.

²⁹ “Artigo 268 (Direitos e garantias dos administrados)

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requirem, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

3. Os actos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

6. Para efeitos dos nos. 1 e 2, a lei fixará um prazo máximo de resposta por parte da Administração”.

2. *Los ciudadanos también disfrutarán del derecho de tener acceso a registros administrativos y archivos*, sujetos a las provisiones legales en lo que concierne a la seguridad interna y externa, la investigación penal y la privacidad.

3. La acción administrativa será notificada a las partes interesadas de la manera prescrita en la ley; estará basada en razones indicadas y accesibles sustanciales cuando esto afecte derechos o intereses legalmente protegidos.

4. Las partes interesadas tienen derecho a la protección eficaz por los tribunales de sus derechos o intereses, incluyendo el reconocimiento de estos derechos o intereses, impugnando actos administrativos, independientemente de su forma.

5. Los ciudadanos también tienen derecho a oponerse a las regulaciones administrativas que tienen validez externa y que son perjudiciales a sus derechos legalmente protegidos o intereses.

6. Para los objetivos de los párrafos 1 y 2, la ley fijará el periodo máximo dentro del cual el servicio público debe responder.

21. *República Dominicana*

Artículo 8o.

“10. *Todos los medios de información tienen libre acceso a las fuentes noticiosas oficiales y privadas*, siempre que no vayan en contra del orden público o pongan en peligro la seguridad nacional”.

22. *Rumania*

Artículo 31:³⁰

El derecho de la persona de acceder a cualquier información de interés público no puede ser restringido. Las autoridades, de acuerdo con su competencia, estarán obligadas a proporcionar a los ciudadanos la información correcta sobre los asuntos públicos y de cualquiera otro que sea de su interés; el derecho a la información no será perjudicial a la protección de la seguridad nacional o de la juventud.

³⁰ “Article 31. A person’s right of access to any information of public interest cannot be restricted. The public authorities, according to their competence, shall be bound to provide for correct information to citizens on public affairs and matters of personal interest. The right to information shall not be prejudicial to the protection of the young or to national security”.

23. *Serbia y Montenegro*

Artículo 29:³¹

Cada uno tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión. *Este derecho incluye la libertad para buscar, recibir y diseminar información e ideas por discurso, escritura, imagen o de cualquier otra manera.*

Cada uno tiene el derecho del acceso a los datos en posesión de las autoridades del Estado, de acuerdo con la ley.

El derecho a la libertad de expresión se puede restringir por la ley, si es tan necesario para la protección de los derechos y la reputación de la gente, preservando la autoridad y la imparcialidad de cortes, la seguridad nacional, la salud pública o la moralidad o la seguridad del público.

24. *Sudáfrica*

Artículo 32:³²

(1) *Toda persona tiene derecho a acceder a: 1) cualquier información en posesión del Estado, y 2) cualquier información en posesión de cualquier persona que sea requerida para el ejercicio o protección de cualquier derecho.*

(2) Las leyes nacionales deben dar efectivo cumplimiento a este derecho y proveerán los medios idóneos para aliviar la carga administrativa y financiera del Estado.

³¹ “Article 29

Everyone shall have the right to freedom of opinion and expression. This right shall include freedom to seek, receive and disseminate information and ideas by speech, writing, and picture or in any other way.

Everyone shall have the right of access to data in possession of state authorities, in accordance with the law.

The right to freedom of expression may be restricted by law, if so is necessary towards protecting the rights and reputation of other people, preserving the authority and impartiality of courts, national security, public health or morality or public security”.

³² “Article 32

(1) Everyone has the right of access to: 1) any information held by the state, and, 2) any information that is held by another person and that is required for the exercise or protection of any rights;

(2) National legislation must be enacted to give effect to this right, and may provide for reasonable measures to alleviate the administrative and financial burden on the state”.

25. Suecia³³

Artículo 1o. Todos los ciudadanos tendrán garantizado lo siguiente en sus relaciones con la administración pública:

1. Libertad de expresión: libertad de comunicar información y expresar ideas, opiniones y emociones, bien oralmente, por escrito, en representaciones gráficas o de cualquier otra manera;

2. *Libertad de información: la libertad de obtener y recibir información y estar al corriente de las declaraciones de otros;*

3. Libertad de reunión: la libertad de organizar o atender a cualquier reunión con los propósitos de información, para la expresión de opinión, para cualquier otro propósito similar o con el propósito de exponer un trabajo artístico;

4. Derecho de manifestación: la libertad de organizar o tomar parte en cualquier manifestación en un lugar público;

5. Libertad de asociación: la libertad de unirse con otros para propósitos públicos o privados, y

6. Libertad de culto: la libertad de practicar su propia religión, solo o en compañía de otros.

Las disposiciones de la Ley de Libertad de Prensa y de la Ley Fundamental de la Libertad de Expresión se aplicarán considerando la libertad de prensa y la correspondiente libertad de expresión en radio, televisión y otras transmisiones, como películas, vídeos y otras representaciones gráficas y sonoras.

La Ley de Libertad de Prensa contendrá también las disposiciones sobre el derecho de acceso a los documentos oficiales.

Artículo 2o. Todos los ciudadanos estarán protegidos en sus relaciones con la administración pública contra toda coacción a revelar una opinión, sea política, religiosa, cultural o de cualquier otro tema. Serán además protegidos en sus relaciones con la administración pública contra toda coacción a participar en cualquier reunión para la formación de opiniones, en cualquier manifestación, otra forma de expresión de opinión o a pertenecer a cualquier asociación política, congregación religiosa u otra asociación para opiniones de la naturaleza mencionada en la primera frase.

26. Suiza

Artículo 16

1. *Se garantiza la libertad de opinión e información.*

³³ Álvarez Vélez y Alcón Yustas, *op. cit.*, nota 12, p. 614.

2. Toda persona tiene derecho a formar, exteriorizar y comunicar libremente su opinión.

3. *Toda persona tiene derecho a recibir libremente información, a obtenerla de medios comúnmente accesibles y a difundirla libremente.*³⁴

27. Tailandia

Sección 48:³⁵

“Toda persona tendrá el derecho de acceder a la información pública en posesión de cualquier agencia gubernamental, empresa de participación estatal o autoridad local, siempre que su divulgación no afecte la seguridad de la nación, la seguridad pública o los intereses de terceros”.

28. Ucrania

*“Artículo 34. Cada uno tiene el derecho de recoger, de almacenar, de utilizar y de diseminar libremente la información por medios orales, escritos, u otros de su elección”.*³⁶

29. Uganda³⁷

Artículo 41

(1) *Cada ciudadano tiene el derecho de acceso a la información en posesión del Estado* o cualquier otro órgano o agencia del Estado a menos

³⁴ Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999, disponible en <http://www.admin.ch/ch/itl/rs/1/c101ESP.pdf>.

³⁵ “Section 48. A person shall have the right to get access to public information in possession of a State agency, State enterprise or local government organization, unless the disclosure of such information shall affect the security of the State, public safety or interests of other persons which shall be protected as provided by law”.

³⁶ “Article 34. Everyone has the right to freely collect, store, use and disseminate information by oral, written or other means of his or her choice”.

³⁷ “Article 41

(1) Every citizen has a right of access to information in the possession of the State or any other organ or agency of the State except where the release of the information is likely to prejudice the security or sovereignty of the State or interfere with the right to the privacy of any other person.

(2) Parliament shall make laws prescribing the classes of information referred to in clause (1) of this article and the procedure for obtaining access to that information”.

que la difusión de la información ponga en riesgo la seguridad o la soberanía del Estado o interfiera con el derecho a la privacidad de cualquier otra persona.

El Parlamento creará la legislación que establezca las clases de información mencionadas en la cláusula (1) de este artículo y el procedimiento para obtener el acceso a esa información.

30. *Uzbekistán*

“Artículo 30. Todos los órganos estatales, asociaciones públicas y funcionarios públicos de la república de Uzbekistán, *permitirán a cualquier ciudadano acceder a los documentos, resoluciones y otros materiales relacionados con sus derechos e intereses*”.³⁸

³⁸ “Article 30. All state bodies, public associations, and officials of the Republic of Uzbekistan shall allow any citizen access to documents, resolutions, and other materials, relating to their rights and interests”.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
EN EL ESTADO MEXICANO. APUNTES DE CASO
PARA SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

Salvador O. NAVA GOMAR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos fundamentales y Estado constitucional*. III. *El derecho de acceso a la información: imperativo democrático*. IV. *El contenido esencial del derecho de acceso a la información*. V. *Estudios de caso que fundamentan la propuesta de mínimos constitucionales*.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente expansión de las normas sobre el acceso a la información pública (transparencia) supone un paso trascendente en el avance hacia un *Estado de derechos*,¹ al permitir la realización efectiva de una de entre muchas prerrogativas adormecidas por tanto tiempo en el texto constitucional. Sin embargo, el auge mundial por la llamada transparencia ha hecho del término un ingrediente que se incluye *a fortiori* en el discurso público, lo que obliga a su confrontación con la realidad y permite ver con desenvoltura la grave simulación al respecto. De hecho, el grado de apertura informativa se ha convertido ya en un referente para observar el grado de consolidación democrática y avance genérico de los entes públicos, lo que ha llevado, también, a legislar con prosapia y riqueza de contenidos en unos casos, o a cumplir con el expediente en otros, pero bajo la constante de poca realización concreta en la mayoría del país.

¹ Sobre el *Estado de derecho* como paradigma público puede verse, en general, Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Cuando se publicaron las leyes de Sinaloa, Morelos, Coahuila, Campeche o Chihuahua muchos celebramos —deslumbrados por un viejo anhelo en forma de eufemismo— el principio del fin del “efecto cascada” que la legislación federal, en general, representaba para la reproducción de normas similares en el caso de los estados. Sin perjuicio de dar unos meses a Chihuahua, ha sido el aparato federal, sus instituciones, normas, dinámicas y procesos los que siguen marcando la pauta del rumbo que debe tomar el derecho de acceso a la información en México. No se trata de reproducir experiencias sino de tomar modelos exitosos: la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental es un éxito por lo que hace a su implementación y ejercicio, cuando menos en la administración pública federal y en el Poder Judicial de la Federación.

El asunto no es baladí: realización de los derechos fundamentales, cultura democrática arraigada en los principales actores públicos, efectiva concreción de la dualidad organizadora jurídico-territorial (en nuestro caso el federalismo) y en general un nivel de vida aceptable como resultado del desarrollo constitucional, siguen siendo asignaturas pendientes.² Es de sobra estudiado que el derecho de acceso a la información incide de manera directa en el ejercicio de otros derechos y en la eficacia progresiva de la cosa pública. Su simulación, en consecuencia, nos estrella en la nariz una realidad grave disfrazada por el discurso, la simulación y letra muerta de leyes vitoreadas y sin cumplir.

A su vez, la vida constitucional cambia de paradigma: la carta no es sólo punto de salida, sino, y sobre todo, de llegada. No es un documento maximalista en proyectos, sino de mínimos a realizar. Fija límites, pero determina directrices.³ Lo anterior se vuelve complejo si atendemos al confuso sistema de fuentes inserto en la narrativa constitucional: leyes constitucionales, orgánicas, reglamentarias, ordinarias, generales, federales o locales, por mencionar sólo algunas, se pierden en una babel incomprensible para el ciudadano profano y no permiten distinguir la responsabilidad del legislador local y federal para exigir al administrador

² Para una espléndida conceptualización de las asignaturas del Estado constitucional véase Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 20.

público, al juez y a todo ente del Estado a través de la configuración legislativa que debiera expandir la fuerza normativa de la Constitución.

De ahí la especulación dogmática alrededor de la posible constitucionalización, generalización o federalización del derecho de acceso a la información. Consideramos que no hay más que un sólo elemento que permite discernir la jerarquía que debe tener una norma con tal contenido esencial: si se considera el derecho de acceso a la información un derecho fundamental, hay que constitucionalizar —para decirlo otra vez con palabras de Böckenförde— límites o directrices, pero en todo caso cruzarlo de la manera que mejor se decida con el modelo federal; ya sea estableciendo mínimos o explicitando concreciones. Al margen de lo anterior, una serie de coincidencias pacíficas se antojan rotundas: el derecho de acceso a la información y, en consecuencia, la transparencia peligran con cada cambio de gobierno, legislatura o titularidad de órganos, ya sean estatales o federales. La Constitución debe cumplir con su cometido y garantizar el mínimo —contenido esencial— de éste, como de cualquier otro derecho.

El asunto adquiere, además, mayor relevancia si se toma en cuenta que dentro de los estándares mínimos de los Estados democráticos del orbe, por lo que hace a los derechos fundamentales y medios de control individualizado, se encuentra el *derecho de acceso a la información pública*. La eficacia de la regulación mexicana, tal y como se encuentra en las entidades federativas, implica una ausencia en nuestra vida republicana a pesar de las respectivas leyes estatales en la materia que se sumaron a la regulación federal; de ahí que algunos nos hemos sumado al esfuerzo de lograr la positivización en la narrativa de la carta básica para establecer mínimos sobre el derecho de acceso a la información en México. Tristemente, el recelo político, la acomodaticia posición del gobernante y el ánimo acrítico que en ocasiones caracterizan al latino (con notables excepciones), han convertido este ideal democrático en una más de las “posturas a medias” del aparato estatal mexicano. La transparencia se ha convertido más en una parte obligada del discurso público y menos en la eficacia del principio jurídico de publicidad de actos y normas.

Como ocurre con los valores absolutos, no podemos tener medios de derechos. Tenemos o no tenemos. Hay apertura a la información o no la hay. Ya basta de puertas entreabiertas, de ventanas con persianas abajo. No pasa nada si abrimos el caudal democrático: incidamos en la com-

prensión de la naturaleza del derecho de acceso a la información para que se le otorgue el nivel normativo que le corresponde.

Estas líneas acompañan a otras de aquellos que, como nosotros, consideran ineludible el papel de la opinión pública en la lucha por el reconocimiento y puesta en marcha de una prerrogativa ciudadana que no debe faltar en ningún sistema jurídico contemporáneo; y por ello vuelvo a la base del Estado de derecho de la Francia revolucionaria: los derechos fundamentales y el papel que éstos deben jugar en el Estado constitucional, para amalgamarlos a manera de provocación con resoluciones y cánones hermenéuticos del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública que, desde nuestro punto de vista, deberían de configurar mínimos para la ejecución de normas, políticas públicas y en general actos de cualquier autoridad al margen de su nivel o esfera.

El derecho de acceso a la información en México, derecho fundamental en el plano meramente gramatical, no permite del todo el ejercicio efectivo de las libertades públicas, pues sus diversas legislaciones estatales no conducen al mismo nivel de vinculatoriedad.⁴

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el constitucionalismo adoptó un parteaguas que desde

⁴ Al respecto, es obligada la consulta a Villanueva, Ernesto (coord.), *El derecho de acceso a la información pública en México. Indicadores legislativos*, México, LIMAC, 2005, donde se han analizado todas las leyes estatales aprobadas o publicadas, o no (en los respectivos diarios oficiales), así como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental hasta el cierre de dicha publicación en agosto de 2005. Este estudio analiza el contenido normativo de las leyes en la materia en México. De acuerdo con los autores, “se trata de un estudio de sociología jurídica diseñado para una amplia audiencia, donde se subraya la necesidad de contar con indicadores para conocer si una ley contiene en su articulado los principios o estándares democráticos internacionales. Estos parámetros de referencia permiten pasar de la intuición o percepción de una ley al verdadero objeto que anima su creación: el derecho de acceso a la información pública. Esta publicación está compuesta de cuatro apartados que dan cuenta del proceso de construcción del objeto de estudio para llegar al análisis y medición de la calidad de las leyes. Constituye un punto intermedio entre lo que entraña el concepto de indicador y lo que el parámetro puede aportar del proceso que se lleva a cabo en las diversas entidades federativas que se han integrado a la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas”.

entonces tomó forma de axioma en la organización estatal y el derecho constitucional.⁵ Si para considerar como Constitución a una ley fundamental es necesaria la inclusión del principio político de la división de poderes y el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, éstos se han erigido como base del ordenamiento, sus instituciones y dinámicas. El papel de los derechos fundamentales ha revestido tal trascendencia que conforman ya un parámetro democrático, o como señala Manuel Aragón:⁶ fragmentos de democracia.

Su andar no ha sido sencillo, su concepción decimonónica ha quedado atrás, o cuando menos se ha presentado como insuficiente. Son muchos los “nuevos derechos” que desde 1789 han venido poblando las Constituciones contemporáneas. No se han cambiado unos derechos por otros: imperio de la ley, seguridad jurídica y, sobre todo, libertad como eje alrededor del cual gira la organización estatal, siguen inmutables, son imprescindibles e imprescriptibles. Además, se ha ensanchado el listado de libertades públicas y nacieron los llamados derechos de tercera —y cuarta— generación, que encuentran sus primeras manifestaciones en la Constitución mexicana de 1917, en la rusa de 1918 y en la alemana de Weimar de 1919.⁷

Los derechos fundamentales informan al resto del ordenamiento,⁸ y como ya señalamos, empleando la terminología de Böckenförde, fijan límites y determinan las directrices del Estado. Configuran el único puente tangible entre la voluntad constituyente y la actuación de los poderes públicos,⁹ y si bien en 1789 obligaban al Estado a un *no hacer*, hoy lo constriñen, también, a *dar*, y por supuesto a *hacer*. Ese dar y ese hacer han engordado las máximas normas con preceptos programáticos que a su vez ali-

⁵ Cfr. Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁶ “La democracia constitucional”, *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 27.

⁷ He abundado más sobre el tema en “El papel de los derechos fundamentales en el positivismo jurídico: las garantías individuales en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Escuela de Derecho*, México, primavera de 2001.

⁸ Pérez Luño, E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 23.

⁹ Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 396.

mentaban el discurso de regímenes políticos que, como el nuestro, a lo largo de la historia, hablan más de lo que efectivamente realizan.

La referencia a Manuel Aragón¹⁰ con respecto a que “el Estado constitucional no supone otra cosa más que el intento de juridificar la democracia, siendo la Constitución la forma en que esa pretensión se verifica”, es multicitada porque nos parece que con esa idea se abraza por completo el concepto más rotundo de Constitución, y se encuentra el camino directo para lograr el *Estado constitucional*. Así, la Constitución debe entenderse como la forma jurídica de la democracia. Como su máxima expresión, y al igual que la propia democracia, la carta requiere de ciertos elementos para poder considerarse como absoluta —valga la redundancia, en términos democráticos—. En otras palabras, la designación semántica de “Constitución” no convierte a cualquier ley en una “Constitución democrática”, y consecuentemente no todo Estado es uno *constitucional*.

Nos encontramos con la primera dificultad conceptual: si la Constitución equivale a una especie de sinónimo jurídico de la esencia de la democracia,¹¹ habría entonces que delimitar el alcance semántico de lo que la democracia implica. Podríamos diferenciar las distintas acepciones del término, pues en realidad se trata de un concepto polisémico que con no poca frecuencia se usa con diversos significados casi antagónicos: excluamos entonces el entendimiento de “democracia” como forma de gobierno (Grecia y Roma antiguas); su significado como ideología y movimiento político (siglos XVIII y XIX con la culminación jurídica de los máximos referentes del constitucionalismo occidental: Revolución francesa y guerra de independencia de los Estados Unidos) y quedémonos sólo con la acepción de “democracia” como forma de Estado —el Estado constitucional—, que toma forma a partir de la segunda posguerra y que sólo se asegura con la justicia constitucional, o mejor dicho, con la justiciabilidad de sus preceptos.¹² Ahora bien, la eficacia de la democracia

¹⁰ *Op. cit.*, nota 6, p. 15.

¹¹ Desarrollamos con más amplitud esa idea en “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, 2003.

¹² La idea, en general, la desarrollamos y pronunciamos en la semana inaugural por los festejos del décimo aniversario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, y quedó plasmada en “Tribunales constitucionales y democracia”, *Décimo Aniversario de la Reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005. Para profundizar en el

descansa en su sistema de controles: a mayor y mejor tipo de controles más eficaz será el Estado democrático. Los controles tradicionales, si bien imprescindibles, resultan insuficientes; la tradicional tríada diseñada por los clásicos no basta para que los poderes se controlen a sí mismos, de ahí que la participación ciudadana crezca con ahínco y se dibujen medios de control individualizado para que el ciudadano exija rendición de cuentas y haga valer sus derechos por sí mismo.

Dentro de los requisitos que la carta necesita para ser democrática podríamos enumerar demasiadas instituciones insertas en los ordenamientos de países consolidados. Trataremos por ello sólo los rasgos básicos de la cuestión: sin ir al fondo de la vieja dicotomía analítica derivada del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria (derechos fundamentales y división de poderes), y de los pilares que sostienen la estructura básica sobre la que descansa el Estado constitucional (principio político de soberanía popular y principio jurídico de supremacía constitucional),¹³ el resultado de la suma de los componentes (democráticos) esenciales podría restringirse a la voluntad general que debe expresarse en la ley (aludiendo de nuevo a la Revolución francesa, o a la buena ley de la que hablaba Morelos en Chilpancingo), por una parte, y a su desglose en determinados preceptos exigibles al Estado, por la otra. La inclusión de derechos en el texto normativo no basta sin los mecanismos adecuados para hacer valer dichos derechos, de modo que la dinámica que desarrolla el *control de constitucionalidad* (y consecuentemente el de legalidad) es el resorte en el que se apoya el ciudadano para hacer exigible a cualquier autoridad el apego irrestricto a la ley. Esto no garantiza que la ley sea la adecuada. Ello se mide, entre otras cuestiones, a través de la legitimidad (aceptación social de una norma o de un acto de autoridad); y la legitimidad, a su vez, por no ser algo concreto ni tangible, se corresponde en la realidad, muchas veces, con el sentido común —“sentimiento constitucional” diría Pablo Lucas Verdú—,¹⁴ y así, la producción normativa (las leyes que elabora el

tema desde y sobre una perspectiva jurídica es obligada la referencia de Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1946; y desde una perspectiva política, a manera de manual, Sartori, G., *Aspectos de la democracia*, México, Limusa, 1965.

¹³ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 15.

¹⁴ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985.

poder encargado de hacerlas) debe responder a lo que la mayoría quiere. Esto puede resultar complejo pero en realidad no lo es: por ejemplo, ¿a la mayoría del pueblo le gustaría que el Poder Ejecutivo se controlara a sí mismo o que lo hicieran el Legislativo y el Judicial? La respuesta es obvia, aunque a veces nuestro enorme presidencialismo actuó en sentido contrario. Así, la buena ley, la norma legítima, requiere de la sistematización de un conjunto mínimo de derechos y de articulaciones orgánicas (institucionales) para hacerlos valer, para respetarlos y, sobre todo, para garantizarlos. El equilibrio de poderes manifiesta (y ya lo planteó así desde su tiempo Montesquieu) el aseguramiento de los derechos fundamentales, principalmente de la libertad. El Estado constitucional, entonces, se construye a partir de la satisfacción de unos condicionantes esenciales del sistema democrático: la reducción de toda manifestación del Estado al aseguramiento, reconocimiento y permisión de los derechos fundamentales y al sistema de controles sobre el aparato público.¹⁵

El despliegue dogmático de los derechos fundamentales puede resultar agotador. De hecho, sus estudiosos no acaban de ponerse de acuerdo; distintas corrientes se siguen enfrentando; su conceptualización se emplea para abanderar distintas causas que les hacen adolecer de una especie de vaguedad congénita y que acaso suele superarse sólo en el plano de la especulación.¹⁶

Por su parte, el avance del derecho público supera viejos axiomas e incorpora otros. En el largo recorrido por la historia de la humanidad, un común denominador en la esfera positiva y doctrinal de los derechos fundamentales ha venido fortaleciéndose: su talante democrático, y con ello el abandono de cualquier duda sobre su carácter absoluto, universal e inalienable. Ello se ha hecho posible a través de la delimitación de su esencia, de manera que los ordenamientos jurídicos democráticamente consolidados han especificado el mínimo de los elementos que requiere un derecho para ser tal.¹⁷ Se ha establecido el “alma” o “núcleo” de los

¹⁵ López Pina, Antonio, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 137.

¹⁶ Nava Gomar, Salvador O., “El papel de los derechos fundamentales en el positivismo jurídico: las garantías individuales en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur*, México, vol. 1, núm. 2, primavera de 2001, p. 16.

¹⁷ En extenso, puede verse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

derechos fundamentales. *Contenido esencial* es el término que delimita el ser, valor y finalidad del derecho reconocido (*ontos*, *deontos* y *telos*).

El contenido esencial se erigió como elemento central de los derechos fundamentales y ha convertido a éstos en *informadores* del ordenamiento jurídico.¹⁸ Así, el principio de legalidad integra en su eficacia al de legitimidad al reconocer lo que de cada quien es y al aumentar el ámbito de mayores prerrogativas esenciales de las personas que limitan el aparato del Estado, del *Estado constitucional*; que, podríamos decir, se compone por la suma de crecientes y más efectivos contenidos esenciales. Especular sobre la necesidad de “constitucionalizar”, “federalizar” o “generalizar” el derecho de acceso a la información en México responde básicamente al hecho de delimitar su contenido esencial para hacerlo exigible en cada una de las partes territoriales integradoras de la nación.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: IMPERATIVO DEMOCRÁTICO

Un valor tan amplio —por absoluto— como el de libertad se despliega en el positivismo jurídico por distintas vertientes; entre las libertades públicas (facultades del individuo frente al aparato estatal) emerge como imprescindible el *derecho de acceso a la información pública*. Su razón de ser es simple: confiscar el manejo del mandato representativo. Transparencia, honestidad, eficacia y buen hacer del gobierno requieren de un controlador externo al equilibrio intraorgánico del Estado. El derecho de saber cualquier información que posea el representante es imprescindible en cualquier escenario democrático y de derecho.¹⁹

¹⁸ Para Häberle, “el contenido esencial de los derechos fundamentales se puede delimitar por la vía de la ponderación de bienes jurídicos enfrentados”. De ahí que califique a la norma que lo recoge como declarativa, al servir como fundamentación ante la comprobación de una violación de derechos fundamentales; mientras que frente al legislador le admite una naturaleza constitutiva; de todo ello el efecto positivo que el autor atribuye a este concepto. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 2, p. 149.

¹⁹ *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984; Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001.

Si el pueblo delega el ejercicio de su soberanía —que no la soberanía en sí misma— en sus representantes, la relación de *supra* a subordinado entre mandante y mandatarios no debe oponer resistencia al acto de fiscalización del soberano. Un aparato estatal que niegue, retenga, oculte o dificulte el acceso a la información pública simplemente no es democrático. Actuar en sentido contrario traslada el ánimo del gobierno a la *razón de Estado* tan bien recomendada al príncipe por Maquiavelo, tan sólo para la mejor detentación del poder por el poder mismo.

Pocas instituciones introducen a la maquinaria estatal en una caja de cristal con la efectividad que lo hace el derecho de acceso a la información pública. Elecciones periódicas, cuerpo permanente de letrados, mecanismos de control recíproco, contralorías, medios de defensa constitucional; todo ello, sin el ejercicio de acceso a la información, puede ocultar razones mezquinas, originar manejos presupuestales indebidos, fomentar el clientelismo, permitir preferencias arbitrarias: un Estado no consolidado en materia de democracia: un Estado no Constitucional, un Estado no transparente.

IV. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El contenido esencial es el valor intrínseco de cada una de las prerrogativas reconocidas en la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad.

Se atenta contra el contenido esencial de un derecho cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, vulnerándose así los intereses que protege la carta.²⁰

Bajo el parámetro de países consolidados, puede afirmarse que el contenido esencial del derecho a la información no opera en México. Es decir, los ciudadanos no pueden solicitar información a la autoridad local, o mejor dicho, aunque se solicite, en muchos de los casos no es entrega-

²⁰ Razonamiento del Tribunal Constitucional español expresado en la sentencia 11/81 del 8 de abril con motivo del recurso de inconstitucionalidad del real decreto-ley 17/77.

da a pesar de que la propia Constitución establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, pues no existe auténtica subordinación a la legislación de la entidad federativa de que se trate que permita el desarrollo del ejercicio de este derecho.

La garantía del efectivo ejercicio de acceso a la información en poder de cualquiera que ejerza presupuesto público configura el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública. La premisa es que la información que tiene cualquier autoridad no es propiedad del Estado, es de los ciudadanos. En consecuencia, su contenido esencial implica los mínimos democráticos sobre el derecho en cuestión. Para garantizar el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública se requiere del principio general que reconoce la propiedad ciudadana de la información; la obligación que tiene toda autoridad (los tres poderes en cualquiera de sus niveles), órganos autónomos (Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de Derechos Humanos y Banco de México, así como sus contrapartes en las entidades federativas), asociaciones políticas y, en general, cualquier persona pública o privada que maneje recursos públicos o realice actividades públicas, de entregar toda la información solicitada por cualquier persona.

Se requiere también de órganos autónomos aplicadores del derecho de acceso a la información (uno para todo el país o el establecimiento de los mínimos que debe satisfacer cada uno de los mismos en los estados) para que cumplan con dos tareas: la socialización del derecho de acceso a la información (buena parte de los mexicanos no conoce el alcance de ese derecho por su añeja privación), y la sanción a los funcionarios que se nieguen a brindar la información solicitada con la correspondiente instrucción de entregarla: contrapeso necesario para *controlar al controlador*. Se precisa un plazo máximo de años para “reservar” información, por ejemplo el mismo que señala la Organización de Estados Americanos —diez años— en los parámetros que recomienda para los países latinoamericanos²¹ que quieren “democratizarse” y que por ello están rediseñando normas e instituciones.

En suma, el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública se reduce a los preceptos normativos constitucionales e infraconstitucionales, mecanismos, procedimientos, órganos de supervisión y

²¹ www.limac.org.

coacción que permitan el pleno ejercicio de esta libertad pública por todas las personas; no al discurso de autocomplacencia normativa que hace jactarse a los gobernantes de contar con un mecanismo normativo a la vez que lo incumplen de forma sistemática.

V. ESTUDIOS DE CASO QUE FUNDAMENTAN LA PROPUESTA DE MÍNIMOS CONSTITUCIONALES

El acceso a la información, como derecho positivo, es en realidad materia jurídica de nuevo cuño en el país y distinta a la generalidad de la regulación normativa del ortodoxo derecho mexicano: se va formando con la sociedad civil organizada, la academia y un interés de los medios poco común. Lo anterior, para los juristas, puede traducirse como un sistema de fuentes plural; para los demócratas, se trata de una feliz comunión entre legalidad y legitimidad.

No hay recetas que establezcan qué resolución jurídica es correcta y cuál no: la ley puede establecer “a”, el sujeto obligado resuelve “b”, el Instituto Federal de Acceso a la Información interpreta “c”, el juez federal sentencia “d” y probablemente nosotros consideremos que la solución correcta era “e”. ¿Quién tiene la razón? Cabría plantear una pregunta que puede acercarnos a la problemática descrita: ¿en dónde está la norma: en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, su Reglamento o en lo que establecen los órganos reguladores? Adelantamos la respuesta: en las resoluciones del órgano aplicador.²² De hecho, por ejemplo, con base en varias de esas resoluciones se han presentado iniciativas para actualizar y corregir ciertas cuestiones de la Ley Federal;²³ hecho que ratifica la nueva relación *de facto* entre los distintos órganos del Estado, y la provocación en positivo que hace el Instituto Federal de Acceso a la Información al órgano encargado de proyectar la Constitución (como ocurre con el texto de la Constitución ale-

²² El esquema del planteamiento se basa en la metodología de Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

²³ Pueden verse las propuestas de reforma a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en los documentos elaborados por la Secretaría de Acuerdos del IFAI, a partir del 25 de junio de 2004, en www.ifai.org.mx/estudios/estudios.htm.

mana, que establece que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial están supeditados a la ley, mientras que el Legislativo lo está a la Constitución).

Las resoluciones normativas, como las que lleva a cabo el Instituto Federal de Acceso a la Información, *rellenan* la norma (Böckenförde),²⁴ que se vuelve a crear y recrear en cada nueva resolución, porque implica una nueva interpretación y ésta, a su vez, lleva implícita su argumentación. Aplicación, interpretación, argumentación y creación del derecho por parte del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, respecto de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, es lo que pretendemos relacionar para formular un listado de mínimos que deben incluirse en la narrativa de la Constitución general de la República que conduzca al ejercicio de un derecho cuyo contenido esencial esté previamente establecido. Al margen, es prudente señalar que al 13 de abril de 2006 se han presentado 5,646 recursos ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y que también se cuentan por miles sus resoluciones,²⁵ lo que obliga a un método discriminatorio. Ante la evidente imposibilidad de cumplir medianamente la tarea encomendada señalaremos algunos lugares comunes que dan buena cuenta del discurso jurídico que emplea el Instituto, con especial énfasis en ciertas recomendaciones que se erigen en cánones específicos para la posterior aplicación e implementación de la narrativa de la ley de transparencia, incluso para el propio Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información.

El término transparencia no está bien empleado como referencia a la apertura informativa, aunque al margen de la puridad gramatical hay que admitir que cumple muy bien con el cometido de explicar a la ciudadanía lo que implica el principio jurídico republicano de publicidad de actos y normas. De ahí la trascendencia de las resoluciones de los órganos aplicadores de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; pues el principio de publicidad se subsume en otro principio general del derecho de calado más profundo: el de seguridad jurídica.

El Instituto Federal de Acceso a la Información, se quiera o no, está sentando precedentes en la concreción del derecho de acceso a la infor-

²⁴ Böckenförde, *op. cit.*, nota 3, p. 9.

²⁵ Al 13 de abril de 2006, según la página de Internet del IFAI, se han resuelto 698 recursos en 2006, 2,640 en 2005, 1,431 en 2004 y 635 en 2003.

mación y está quitando con ello un trozo de retórica oficial al artículo 6o. de la Constitución federal, antes sólo una estrofa de poesía constitucional.

De sus resoluciones,²⁶ la opción más repetida por el Pleno es la “modificación”, cuestión que confirma el establecimiento activo de criterios por parte del órgano regulador para la administración pública federal. Sin embargo, no ya tratándose del fondo, sino de cuestiones formales, la vertiente predominante es el desechamiento. El Instituto Federal de Acceso a la Información no puede seguir los pasos del Poder Judicial que, tradicionalmente y por muchas cuestiones que desde luego aquí no se tocarán, desecha o intenta desechar. Hay que aprovechar, mientras se tenga, el generoso presupuesto para fortalecer, si es necesario, el equipo de asesores o secretarios de los comisionados dedicados a los anteproyectos de resolución de recursos y seguir con la socialización del derecho de acceso a la información, pues en muchas ocasiones el desechamiento obedece más al promovente que a la autoridad que lo dicta.

La relación entre solicitudes y dependencias puede darnos una idea del valor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y de la nueva cultura pública, pues encabeza la lista, con mayor número de solicitudes, el Instituto Mexicano del Seguro Social (8,724), le siguen Hacienda (6,524), la Secretaría de Educación Pública (5,190) y la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (4,514).²⁷ Ello puede leerse, desde la perspectiva pública, como un intento de trabajo de microscopio sobre los funcionarios, lo que confirma a su vez que las leyes de acceso configuran un mecanismo de control individualizado sobre la autoridad; mientras que, en específico, las solicitudes al Instituto Mexicano del Seguro Social y a la Secretaría de Educación Pública confirman el beneficio ciudadano del acceso a la información; y eso que, dada la distribución de competencias que emana del texto constitucional, podría presumirse que las leyes locales afectan en mayor medida la vida de las personas; un argumento más para el establecimiento de mínimos constitucionales que garanticen el contenido esencial del derecho de acceso a la información.

El Instituto Federal de Acceso a la Información, contando con sólo dos abogados en el Pleno, ha desarrollado conceptos duros de derecho en sus

²⁶ Para todo véase <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php>.

²⁷ Información actualizada hasta el 13 de abril de 2006. www.ifai.org.mx.

criterios, como, por ejemplo, la distinción que hace entre ley en sentido formal y material, y la establecida entre ley y reglamento, a propósito de impedir que la autoridad administrativa pudiera, a través de la facultad reglamentaria, establecer por adelantado la clasificación de “reservada” a determinada información, aprovechándose del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que establece que se considerará como reservada aquella información que así sea considerada por otra ley. También fue contundente cuando aclaró la distinción entre inexistencia (de un documento) e incompetencia porque la información solicitada corresponde a otra entidad pública.

A la vez, el Pleno ha tomado en cuenta a la doctrina contemporánea y de hecho la cita en sus resoluciones, tal y como lo hace con Héctor Fix-Fierro; lo mismo con algunos criterios de índole internacional,²⁸ como los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior habla de la conjunción de métodos, paradigmas y cánones hermenéuticos, y hace de los procesos al interior del Instituto un ejemplo de modernidad resolutive que rompe con la ortodoxia de muchos de nuestros tribunales que suelen repetirse y repetir mitos y dogmas de la historia patria y sus propias explicaciones y autocomplacencias normativas.

No sólo ha interpretado, también ha penetrado, a través de la analogía, en lo que otros sujetos obligados, como el Poder Judicial, han resuelto y reglamentado al respecto; como lo hizo en lo tocante a las pruebas y demás información en un proceso administrativo, precisamente a diferencia de uno de naturaleza judicial.²⁹

A pesar de lo señalado anteriormente, no se une el Instituto a la corriente desechedora del Poder Judicial, pues ha establecido el criterio de no desechar cuando:

...al constituirse el recurso de revisión como un medio de control de la legalidad, a través del cual el particular puede combatir las violaciones a la Ley de Acceso a la Información que cometan las autoridades administrativas, las causas de sobreseimiento deben entenderse como excepciones a la regla general, de tal suerte que no se presten a interpretaciones extensivas, por lo que su aplicación deberá ser en todo momento de estricto derecho.

²⁸ <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php>.

²⁹ Resolución 214 de 2003. <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php.año2003> (formato PDF).

En ese orden de ideas, es erróneo interpretar la referida fracción en el sentido de que la existencia de cualquier medio de defensa en trámite en el que el recurrente es parte —el cual no tenga el efecto de modificar, revocar o nulificar la respuesta a una solicitud de acceso a la información—, daría lugar al desechamiento del recurso de revisión presentado ante el IFAI, toda vez que ello dejaría en estado de indefensión al particular al que se le ha negado el acceso a la información solicitada.³⁰

El Instituto Federal de Acceso a la Información, rompiendo con la cultura criptocrática de antaño, nos muestra que no pasa nada cuando se abre la información; de ahí las paradigmáticas y ruidosas resoluciones contra, por ejemplo, las negativas del Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

El Instituto va generando sus propios criterios interpretativos (interpretación como fuente) y establece relaciones entre las distintas instituciones jurídicas; así lo hizo cuando en la resolución de un recurso señaló que la información relacionada con una extradición se clasificará como reservada porque, en términos de la ley, la extradición forma parte de las estrategias procesales que seguirá el Estado mexicano una vez que el inculpado sea puesto a disposición del juez penal. Buena mezcla de derecho internacional, derecho penal y derecho de acceso a la información.

Hay un criterio que no nos convence, si bien es acertado en términos esenciales, respecto del concepto territorial del Estado (ámbito espacial de validez), lo cierto es que por lo menos, desde nuestra perspectiva, debió generar una recomendación para cumplir con el principio de máxima publicidad de la ley: el IFAI estableció que aunque en otro país se considere determinado tipo de información como pública, si en México se considera reservada, así permanecerá. Desde una interpretación literal o gramatical el criterio es correcto; no así desde la perspectiva democrática de apertura informativa: ejemplo claro de las recurrentes tensiones entre el ámbito legal y el anhelo democrático o, incluso, el sentido común. Valdría la pena incluir en el esfuerzo de constitucionalización de mínimos sobre el acceso a la información principios internacionales de máxima publicidad.

³⁰ Resolución 697 de 2004. <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php.año2004> (formato PDF).

El jurista austriaco Hans Kelsen estableció que la interpretación es un proceso espiritual que acompaña a la norma en el tránsito desde su creación hasta su aplicación (de una norma superior a una inferior). Lo anterior guarda relación con la necesidad de conocer, en la mayor medida de lo posible, todo el proceso de creación normativa. La referencia de Kelsen es irrefutable, pues eso que algunos llaman el “espíritu de la ley” no es más que el fondo, antecedentes, circunstancias y finalidad detrás del texto que compone una disposición normativa. De ahí la ventaja de tener un Pleno abierto; necesitamos saber y conocer eso que llaman espíritu de la norma: el proceso de creación de la resolución que finalmente configura una norma individualizada (a través del método originalista o histórico de interpretación). Otra modalidad que no ofrecen muchos de los órganos aplicadores de las leyes de transparencia en los estados. Son precisamente los integrantes del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública los que están sentando los principios del largo camino que aún falta recorrer. Principio, también de acuerdo con Kelsen, significa el fundamento del cual se infiere lógica y realmente lo que sigue. Por qué el órgano encargado de transparentar las acciones del monstruo que supone la administración pública de cada estado no permite conocer al resto del país qué está bien, qué está mal, por qué resolvió tal o cual cuestión. Esos principios, si bien elaborados por los plenos, pertenecen a todos, son el comienzo de lo público y lo publicable. Desde luego, habría que tomar ciertas medidas con datos personales e información clasificada como reservada. No habrá manera de que avancemos al mismo ritmo si el alma y las entrañas de la creación normativa del derecho de acceso a la información y su interpretación, argumentación y aplicación, por buena que sea, como es el caso, sólo consta integralmente a los notables que se encargan de garantizar la publicidad. Al respecto, el alemán Peter Häberle³¹ aclara la existencia y propugna por la pluralidad de intérpretes, incluyendo desde luego a todos los operadores jurídicos (no autoridades), como única garantía para expandir con efectividad la fuerza normativa de la Constitución, forma jurídica de la democracia; otro pendiente más que habrá de subir a la narrativa constitucional para que los órganos aplicadores del derecho de acceso a la información, como lo hizo el Instituto Federal de Acceso a la Información, hagan público lo público.

³¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 2, p. 148.

OBSTÁCULOS FUNDACIONALES A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ESTATAL

Juan Francisco ESCOBEDO

SUMARIO: I. *Un poco de historia.* II. *Reforma constitucional o reforma legal.* III. *Ley federal o ley general.* IV. *Partidos como sujetos obligados.*

El punto de inflexión del largo y discontinuo proceso para abrir *urbi et orbi* la información contenida en los documentos públicos gestionados por los poderes del Estado ocurrió en mayo de 2001. La organización de un seminario académico para reflexionar acerca de algunos de los principales temas relacionados con el derecho a la información constituyó el detonante de una serie de cursos de acción pública que a la vuelta de menos de un año habría de tener en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental el producto legislativo de mayor calado y consenso que se hubiese gestado en los años del gobierno de Vicente Fox.

Ni Luis Javier Solana ni Ernesto Villanueva ni mucho menos quien esto escribe imaginamos las consecuencias enormes que traería consigo la formación del grupo que más tarde sería conocido como Grupo Oaxaca,¹ y que terminaría convirtiéndose en el eje articulador del inédito proceso de deliberación pública sobre una temática desconocida por casi todos los actores sociales y políticos del momento.

El Grupo también se convertiría en el principal gestor y negociador del proyecto de regulación de un derecho fundamental que había sido

¹ Véase Escobedo, Juan Francisco, “Movilización de opinión pública: el caso del Grupo Oaxaca y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información”, *México: poliarquía en construcción*, México, Universidad Iberoamericana, 2004.

mal recibido y entendido en el país desde que se incorporó en 1977 en el artículo 6o. de la Constitución Política, el párrafo: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Entonces, respetados especialistas y periodistas contribuyeron de manera decisiva a situar en la agenda del país un tema que tardó casi un cuarto de siglo en ser reglamentado.

Intentaré a continuación, después de un poco de historia sobre el Grupo Oaxaca, explicar el alcance de tres de los obstáculos fundacionales a la información pública que inciden en el proceso de apertura, en la aplicación de la ley federal, así como en el desarrollo y aplicación de las normas jurídicas contenidas en las leyes estatales de acceso a la información.

Se trata de identificar las restricciones de un debate y del diseño de una ley federal que fueron producto de acuerdos y reglas fundacionales derivadas de ciertos condicionamientos históricos, intelectuales y políticos que no pueden soslayarse.

Dichas limitaciones, en el contexto del proceso de creación normativa, no fueron identificadas a tiempo, ni por los actores del proceso ni por los observadores externos. Con el tiempo, tales limitaciones han adquirido tal relevancia que se hace necesario evaluar sus consecuencias, para desplegar las iniciativas políticas que permitan reencauzar el proceso de regulación y tutela efectiva del derecho de acceso a la información en cualquiera de los niveles y ámbitos en los que puede y debe ejercerse.

Una de las restricciones más fuertes y evidentes para avanzar en el proceso de regulación y tutela de dicho derecho se encuentra en la falta de una reforma constitucional previa a la creación de la ley federal en la materia. En la coyuntura del debate sobre las características que debería tener la ley reglamentaria, el fundamento constitucional se encontró en lo establecido en el último párrafo del artículo 6o. constitucional, que se refiere de manera genérica al derecho a la información. Una de cuyas vertientes, como se sabe y comprende hasta ahora de manera más precisa, corresponde al derecho de acceso a la información en manos de los poderes públicos.

Esta vertiente del derecho a la información sólo fue reconocida, incluso por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento en el que empezó a considerársele como un derecho fundamental individual, en consonancia con el espíritu del artículo 19 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948 y de otros instrumentos jurídicos internacionales apro-

bados por el Senado y vigentes en México en los términos del artículo 133 constitucional.

El desarrollo institucional y legal relacionado con la tutela del derecho de acceso a la información en las entidades federativas ha ocurrido de manera desigual, en varias direcciones y velocidades. Cada legislatura local ha interpretado la doctrina y la legislación vigente en la materia de manera muy diversa. El respeto a la soberanía estatal, en algunos casos, ha sido una coartada para producir leyes e instituciones locales ineficaces.

El aprendizaje y la improvisación han tenido un costo social muy alto en algunas regiones del país, donde la promoción y el respeto al derecho de acceso a la información han escenificado capítulos de desprestigio impresentables. Frente a este panorama, es muy importante identificar los cursos de acción posibles y deseables para reconducir, bajo parámetros y principios constitucionales insobornables, el proceso de apertura, allí donde se ha trocado en simulaciones.

Por otro lado, el comportamiento escasamente comprometido con la transparencia de algunas autoridades del gobierno federal, ante la falta de asideros precisos en la Constitución y dado los vacíos de la ley, ha hecho evidente las resistencias, no menores, que existen entre la burocracia. Resistencias que esconden la protección de intereses fuertemente arraigados, así como la persistencia de una cultura de manejo patrimonialista de los documentos públicos.

I. UN POCO DE HISTORIA

El debate que con altibajos se desplegó en el país desde 1977 estuvo preñado de equívocos que de algún modo persistieron por los alcances tan limitados de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se acumularon durante más de dos décadas en materia de derecho a la información.

La historia del debate nacional sobre el derecho a la información es densa y tiene ya más de veinticinco años, y está por escribirse. Tal historia es el sedimento del debate más reciente, así como del proceso de gestión pública de un derecho fundamental que encontró un punto de inflexión en la estructura de oportunidades que se abrió con la alternancia democrática.

El debate suscitado a partir de las propuestas iniciales del Grupo Oaxaca empezó a ganar en profundidad en la medida en la que se delimitaron los múltiples campos temáticos que convergen en el derecho a la información. Especialmente a partir de la exigencia puntual de crear una ley de acceso a la información que obligara a los poderes públicos a poner a disposición de las personas la información contenida en los documentos generados y administrados por los poderes públicos.

La propuesta inicial del Grupo Oaxaca dejó de lado, deliberadamente, una gama de temas asociados con el derecho a la información que, por su complejidad e inviabilidad, no podían regularse en una sola y omnicomprendiva ley. También excluyó algunos otros temas que ya se encontraban regulados en disposiciones jurídicas como la Ley de Imprenta, la Ley Federal de Radio y Televisión y la Ley de Telecomunicaciones, entre otras.

Se intentaba romper el cerco que durante casi un cuarto de siglo estableció el régimen político para no reglamentar con perspectiva democrática ninguna de las vertientes del derecho a la información.² Había que dar el primer paso que permitiera desencadenar el proceso de apertura de los poderes públicos, y luego, bajo otras condiciones políticas y perspectivas doctrinarias y legales, acometer el resto de las reformas legales que implica la densa agenda del derecho a la información.

De los cuatro temas originalmente planteados en la Primera Declaración de Oaxaca, tres quedaron para mejor ocasión: la regulación del secreto profesional del periodista, la creación de una ley de transparencia publicitaria y la transformación de los medios gubernamentales en medios públicos. No obstante la referencia inicial a esos temas, las acciones del Grupo Oaxaca se concentraron en la creación de una ley que tutelara el ejercicio del derecho de acceso a la información gubernamental.

No es ocioso recordar que una de las conclusiones del seminario de mayo de 2001, celebrado en Oaxaca, consistió en la integración de una Comisión Técnica que tuviera la capacidad de darle seguimiento a las propuestas formuladas en la Declaración de Oaxaca. Dicha Comisión habría de convertirse en la bujía de la estrategia de movilización de opinión pública que implicó el debate y la gestión política del tema.

² Para comprender el contexto y la historia del debate sobre el tema es imprescindible consultar López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Porrúa, 1984.

La primera acción del Grupo consistió en exigirle al gobierno de Fox, por todos los medios posibles, que cumpliera con el compromiso establecido en la campaña electoral de enviar una iniciativa de ley que regulara el derecho de acceso a la información.

Dado que las semanas pasaban y no se observaban señales precisas de parte del gobierno para cumplir con este mínimo compromiso, la Comisión Técnica del Grupo tomó la decisión de abrir un nuevo frente: trabajar en la redacción de una iniciativa de ley. La hospitalidad de Luis Javier Solana, del Grupo *Reforma* y del periódico *El Universal* permitieron que los trabajos de la comisión se realizaran con el rigor que exigía el tema y la intensidad que reclamaba la coyuntura política.

El gobierno guardó silencio durante algunas semanas. De pronto, por un reportaje de la Revista *Proceso*, el país se entera que desde la Secretaría de la Contraloría de la Federación se trabajaba en la formulación de un proyecto de ley restrictivo en el que no se desarrollaban adecuadamente los parámetros que en otros países habían servido de referencia para regular el derecho de acceso a la información.

Frente a estos hechos, el Grupo Oaxaca decide desplegar una estrategia de comunicación para que la opinión pública se enterara de cuáles eran los parámetros mínimos que debía contener una ley en la materia, para aceptarla como una ley eficaz al respecto, no obstante sus contenidos mínimos. Con ese propósito se da a conocer la Segunda Declaración de Oaxaca, que contiene los diez principios básicos que el Grupo estaría en condiciones de aceptar.

Había que estimular el debate público sobre el tema, impedir que el gobierno ofreciera gato por liebre en una cuestión tan sensible e importante para el país, y además, también se trataba de ganar tiempo para concluir la iniciativa de ley que a marchas forzadas redactaba la Comisión Técnica.

Una vez que el proyecto estuvo listo, fue necesario encarar un problema de fondo: en la Constitución Política no se reconoce el derecho de los ciudadanos a presentar iniciativas de ley. La facultad de iniciar leyes, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 71 constitucional, le corresponde en exclusiva al presidente de la República, a los diputados federales y senadores y a las legislaturas locales.

¿Qué hacer con la propuesta de iniciativa ciudadana de Ley Federal de Acceso a la Información Pública³ que había redactado la Comisión Técnica después de muchos e intensos ejercicios de discusión interna en la que no faltaron las dudas y las discrepancias, y que en un espíritu de consenso fueron resueltas y superadas? La redacción de esta iniciativa fue el primer y exitoso trabajo colegiado que los miembros de la Comisión habían realizado. Nunca antes los que trabajamos en esos días de vértigo habíamos coincidido y trabajado juntos.⁴

La respuesta a la pregunta la ofreció Jorge Islas. Propuso una reunión con el diputado Armando Salinas Torre, entonces presidente de la Comisión de Seguridad Pública, con el objeto de conversar acerca de los detalles y alcances de la iniciativa que había redactado la Comisión Técnica del Grupo Oaxaca. En esa ocasión, el diputado Salinas Torre ofreció promover una reunión que se realizaría en la Cámara de Diputados con todos los diputados miembros de la Comisión que él presidía, para conocer en público la propuesta del Grupo y recibir de manera informal la iniciativa ciudadana. Bajo este formato se realizó la reunión.

Para sorpresa de los asistentes a la reunión, intempestivamente se incorporaron a ella Beatriz Paredes, entonces presidenta de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, y Felipe Calderón, coordinador de la Fracción Parlamentaria del PAN. La que parecía una reunión de menor entidad se convirtió en el detonante del impulso ciudadano y de opinión pública que promovía el Grupo Oaxaca. Esa reunión le dio un giro insospechado al debate y a la gestión pública y política que se realizaba para reglamentar el derecho de acceso a la información.

La Cámara de Diputados, en un gesto del que no se tienen precedentes, abrió sus puertas para recibir al segmento de la sociedad civil articulado en el Grupo Oaxaca, y al hacerlo, inauguró un mecanismo de recepción informal, pero pública, de una iniciativa ciudadana de ley.

Con ese gesto, que distinguió a esa generación de diputados federales, el tema adquirió mayor relevancia: nuevos actores sociales y políticos se

³ Ese es el nombre de la iniciativa de ley del Grupo Oaxaca, *Archivo personal*.

⁴ No quisiera dejar de señalar que el trabajo realizado fue posible por el trabajo voluntario de quienes integramos la Comisión Técnica: Issa Luna, que hizo las veces de secretaria técnica, Luis Javier Solana, Roberto Rock, Miguel Bernardo Treviño, Luis Ernesto Salomón, Sergio Elías Gutiérrez, Jenaro Villamil, Jorge Islas, Ernesto Villanueva, Salvador Nava y Juan Francisco Escobedo.

interesaron y empezaron a observar con empatía el desarrollo de un proceso inédito de gestión, desde la ribera de la sociedad, de un proyecto que implicaba la regulación de un derecho fundamental, injustificadamente postergado durante casi un cuarto de siglo.

Entre el azoro, la sorpresa y el desconocimiento se movían las reacciones de los actores políticos y sociales sobre un tema cuyos matices más finos no eran fácilmente apreciados en la opinión pública en ese año axial de 2001. Había que aprovechar la estructura de oportunidades que se abrió con la alternancia, y eso fue lo que hizo la Comisión Técnica del Grupo Oaxaca.

La Cámara de Diputados reconoció al Grupo Oaxaca como el interlocutor social más legitimado para gestionar un tema que requería ser llevado a la agenda parlamentaria. Ese nuevo e inesperado acontecimiento había que traducirlo en acciones eficaces. El paso siguiente se advertía con claridad. Había que conseguir que el documento que contenía la iniciativa del Grupo Oaxaca se convirtiera formalmente en una iniciativa de ley.

La Comisión Técnica se trasladó en Pleno al recinto parlamentario para buscar conversaciones directas con los coordinadores parlamentarios a fin de conseguir que suscribieran el proyecto del Grupo y lo presentaran al Pleno, para que se convirtiese en una iniciativa de ley. Para nuestra sorpresa, la actitud de los diputados federales ante el trabajo de cabildeo directo que se realizó fue muy positiva.

No hubo mayores resistencias al tema y la adhesión no se hizo esperar. El entonces diputado Martí Batres fue el primer diputado y coordinador parlamentario que firmó la iniciativa. Poco después se sumaron a ella varios diputados del Partido de la Revolución Democrática, del Partido Revolucionario Institucional, del Partido Verde Ecologista de México y del Partido Convergencia.

El documento elaborado por el Grupo Oaxaca, sin que sufriese cambio alguno, fue presentado al Pleno como iniciativa de ley en los términos del artículo 71 constitucional. A partir de entonces, el tema impulsado por el Grupo Oaxaca se convirtió en un tema central de la agenda parlamentaria.

En otra ocasión habrá que referirse a las intensas negociaciones que se realizaron en la Cámara de Diputados entre los representantes del gobierno federal y los dos representantes del Grupo Oaxaca que, por acuerdo

de los diputados federales que presentaron la iniciativa, se acreditaron en la mesa de negociación.⁵

La historia en detalle está por escribirse.⁶ Deberá hacerse muy pronto, en beneficio del derecho a saber acerca del proceso que hizo posible la regulación del derecho de acceso a la información pública. Por lo pronto, y con el objeto de contribuir al debate sobre la propuesta de constitucionalizar adecuadamente el derecho de acceso a la información, intentaré esclarecer algunos obstáculos fundacionales que a la postre fueron decisivos para determinar la naturaleza y los alcances de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública vigente, y que de algún modo han incidido en el diseño institucional y legal de las leyes estatales de acceso a la información.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL O REFORMA LEGAL

En el Grupo Oaxaca siempre se tuvo conciencia de la necesidad de impulsar una reforma constitucional previa a la creación de una ley que regulase el derecho de acceso a la información como una de las vertientes del genérico derecho a la información.

Se coincidía en el diagnóstico de que el desarrollo constitucional de tal derecho le daría a la ley reglamentaria mayor fuerza jurídica y permitiría establecer un marco normativo y un sistema de fuentes para que las autoridades cumplieren de manera efectiva su obligación de otorgar la información pública a quien lo solicitase. Y además para que las autoridades jurisdiccionales tuviesen un marco de interpretación de los fundamentos legales y hechos referidos por las personas que utilizaran el jui-

⁵ Los representantes del Grupo Oaxaca que encabezaron las negociaciones con el gobierno federal, y de las que surgió el proyecto de minuta que aprobaron las comisiones respectivas y que el 24 de abril de 2002 fue aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados, fueron Jorge Islas, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y actual abogado general de la UNAM, y Juan Francisco Escobedo, profesor de la Universidad Iberoamericana.

⁶ Un excelente esfuerzo de sistematización histórica de la contribución del Grupo Oaxaca en este tema se encuentra en Navarro Rodríguez, Fidela, *Democratización y regulación del derecho de acceso a la información en México*, Querétaro, FUNDAP, 2004. Se trata de la versión de la tesis de maestría que la autora defendió en la Universidad Iberoamericana.

cio de amparo para hacer valer sus derechos en la materia, transgredidos por alguna autoridad.

Con ese propósito, de manera paralela a la promoción de la iniciativa redactada por la Comisión Técnica, se evaluó la posibilidad de formular una propuesta en materia de reforma constitucional. Finalmente se acordó plantear el asunto ante los diputados y senadores durante el proceso de cabildeo. Así se hizo, y las reacciones no se hicieron esperar.

Especialmente los diputados del Partido Revolucionario Institucional, que suscribieron personalmente la iniciativa del Grupo Oaxaca, expresaron su desacuerdo con la pretensión de realizar una reforma constitucional previa. Las razones fueron atendidas. Se argumentó que no había una correlación de fuerzas favorable y que después de la reforma al artículo 4o. constitucional, que había inaugurado prácticamente la primera legislatura del gobierno de Vicente Fox, se había arraigado muy rápidamente la convicción de que la vía de las reformas constitucionales no era conveniente, porque la reforma referida había creado demasiadas expectativas y, al final del día, había generado resultados de menor escala que no correspondían con las expectativas.

Para no entrampar el proceso de negociación —propuesto por Santiago Creel, entonces secretario de Gobernación— que se abriría en la Cámara de Diputados entre el gobierno federal y los representantes del Grupo Oaxaca, se decidió no insistir por el momento en la reforma constitucional y concentrarse en la creación de una ley reglamentaria del derecho de acceso a la información pública.

No hubo reforma constitucional porque políticamente era inviable. No porque no se hubiese planteado la necesidad de realizarla previamente. Los efectos de la falta de una narrativa constitucional que fundamente el ejercicio del derecho de acceso a la información son diversos.

El último párrafo del artículo 6o. constitucional es demasiado vago al respecto. Alude de manera genérica al derecho a la información, que de acuerdo con la doctrina y los instrumentos jurídicos internacionales comprende por lo menos el derecho a buscar, recibir y difundir información. Las derivaciones en libertades y regulaciones legales que implica el ejercicio de cualquiera de los tres verbos señalados son múltiples.

Ahora que ha quedado claro que el derecho de acceso a la información o derecho a saber básicamente consiste en ejercer la prerrogativa de solicitar a cualquier autoridad documentos e información que se encuen-

tre en su poder, y la obligación de ésta de proporcionarla en los términos señalados por la ley respectiva, es conveniente recuperar el tema de la constitucionalización del derecho de acceso a la información. Tal vez en el contexto de la legislatura que se integrará a partir del 1o. de diciembre de 2006 podrían generarse las condiciones para debatir la cuestión y en su momento desplegar las acciones políticas necesarias para incorporar en el texto constitucional la narrativa adecuada.

En ese sentido, me permito sugerir la lectura de la propuesta de reforma constitucional que presentó el senador César Camacho y que me parece que contiene los elementos básicos que es necesario incorporar en el texto constitucional. La discusión y aprobación de dicha propuesta podría ser el punto de inflexión del proceso de constitucionalización del derecho a saber.

Tuve el honor de participar en la elaboración de dicha propuesta, por ello me permito recuperarla como propuesta fundamental de cara al debate que probablemente se suscitará en el futuro.

Cito *in extenso* la parte medular de la propuesta:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 60. Y 108 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ARTÍCULO ÚNICO. Se reforman y adicionan los artículos 60. y 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 60. La manifestación de las ideas...

En lo que hace a la vertiente de este último derecho, denominado como derecho de acceso a la información, un organismo público autónomo será responsable de garantizar su ejercicio, vigilar el cumplimiento de la ley, de las obligaciones de transparencia, proteger los datos personales y resolver las controversias que se susciten entre los sujetos obligados y los solicitantes.

El organismo se denominará Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y será la autoridad competente en la materia. En la interpretación y aplicación de la legalidad deberán privilegiarse los principios de publicidad y de interés público para conocer la información en posesión de los sujetos obligados, sin detrimento de la protección de los datos de las personas físicas.

Como organismo constitucional, tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en sus funciones, administración y presupuesto. Anual-

mente deberá enviar un informe de su gestión al Senado, que deberá estar precedido de informes trimestrales. Su consejero presidente deberá comparecer ante la comisión legislativa correspondiente y el Pleno del Senado emitirá un dictamen anual que recoja la evaluación del desempeño del Instituto.

El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública será dirigido por un Consejo General, que será su órgano superior de dirección y se integrará por un consejero presidente y cuatro consejeros, que serán elegidos sucesivamente con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada, a propuesta del titular del Poder Ejecutivo Federal. El Senado conocerá y aprobará las licencias, renunciaciones y sustituciones de los consejeros.

Los ciudadanos a que se refiere el párrafo anterior deberán reunir los requisitos de elegibilidad establecidos en la ley aplicable y durarán en su cargo siete años, al término de los cuales podrán ser ratificados por un periodo de siete años más. No podrán, en ningún caso, aceptar o desempeñar empleo o cargo en la federación, los estados y el Distrito Federal, o de particulares, salvo que se trate de actividades y cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, culturales, de beneficencia y no lucrativas.

Las resoluciones del Instituto serán obligatorias y definitivas para todos los poderes del Estado y sujetos obligados por la ley. Los particulares podrán recurrirlas por la vía judicial.

Artículo 108. Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral y del *Instituto Federal de Acceso a la Información Pública*, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

III. LEY FEDERAL O LEY GENERAL

La propuesta original del Grupo Oaxaca se centró en la creación de una ley federal de acceso a la información. Pero es importante señalar que pudo no haber tenido este curso de acción. El debate sobre la cues-

ción no fue fácil encararlo y superarlo; implicó varias y polémicas discusiones al interior de la Comisión Técnica.

No existían entonces, ni existen ahora impedimentos constitucionales y legales para haber optado por la redacción y gestión en el Parlamento de una ley general. La redacción del artículo 6o. constitucional contiene el fundamento suficientemente sólido para ello. Alude al hecho de que el Estado será el garante del derecho a la información. El Congreso de la Unión bien pudo haber aprobado una ley de alcance general, ya que se trata de la reglamentación de una vertiente del derecho fundamental a la información, radicado en la Constitución Política, y por lo tanto concierne al Estado, que en su primera y más evidente manifestación alude a la naturaleza de un Estado compuesto por entidades federativas, pero representado por los poderes públicos federales. Y en ese sentido, la ley hubiese estado en consonancia con lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, que a la letra dice: “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

Se optó por el esquema de una ley federal, porque se pretendía estimular la participación de las entidades federativas en el proceso de regulación de un derecho de nuevo tipo. Después de todo, y no obstante las fuertes raíces del centralismo, no podía soslayarse el hecho de que la forma de gobierno vigente sea la de una República federal.

Mi experiencia profesional relativamente reciente como ex secretario general del Congreso del estado de Nayarit me impelía en ese momento a sostener la exigencia de dejar espacio a los Congresos locales para que, al legislar sobre una materia prácticamente inédita, se comprometieran con el proceso de difusión y aplicación efectiva del derecho de acceso a la información en sus estados.

Sin embargo, la creación de ciertas leyes estatales; el diseño inoperante de varios órganos garantes; las no pocas expresiones de simulación que se suscitaron en diversos estados, como Nuevo León y Sinaloa; las resistencias que aún persisten en algunos estados donde prevalecen enclaves autoritarios que han impedido la creación de la ley correspondiente; la aprobación de reglamentos municipales que no sólo no cumplen con los parámetros mínimos sobre el tema, sino que se han levantado como instrumentos normativos que bloquean el cumplimiento de las disposiciones de la ley estatal en la materia; las múltiples resistencias de la burocracia del gobierno federal y algunas entidades paraestatales que se

resisten a cumplir con sus obligaciones, así como el cumplimiento aletargado de parte del Poder Legislativo y de los órganos constitucionales autónomos, me han llevado a colegir que el formato de ley federal no fue el adecuado.

Debimos haber impulsado la creación de una ley general en la que se hubiesen desarrollado con mayor precisión las obligaciones de todos los poderes públicos de todos los niveles y ámbitos de competencia, y sólo se hubiese dejado, en el caso del Poder Legislativo, de los órganos autónomos constitucionales y por ley, así como de las entidades federativas, el desarrollo en disposiciones propias acerca del procedimiento para atender las solicitudes de acceso a la información, así como los medios de defensa de los solicitantes.

La creación de una ley federal es ya un hecho histórico y no hay forma de retroceder en el tiempo. Los desafíos en la materia hay que proyectarlos hacia el futuro. En ese sentido, me parece que además de las reformas que requiere la ley federal, es imprescindible insistir en la necesidad de desarrollar en la Constitución Política el derecho de acceso a la información.

Sobre la reforma a la ley federal vigente me permito una ayuda de memoria. Actualmente se encuentra en el Senado de la República el dictamen ya aprobado por el Pleno de la iniciativa de reformas a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que presentó en su día el senador César Camacho.⁷ Mi participación en la formulación de dicha iniciativa me compromete a llamar la atención sobre el hecho de que aún está pendiente su aprobación en la Cámara de Diputados.

IV. PARTIDOS COMO SUJETOS OBLIGADOS

En el artículo 5o. de la iniciativa del Grupo Oaxaca se señalaba que: “Están obligados a garantizar el respeto al derecho de acceso a la información pública los siguientes órganos del Estado: E. Las demás entidades a las que la ley reconozca como de interés público; los partidos y las organizaciones políticas con registro oficial”.⁸

⁷ Esta iniciativa se presentó ante el Pleno del Senado de la República el 9 de junio de 2004.

⁸ Archivo personal.

La propuesta se quedó en el tintero, producto del proceso de negociación que se desarrolló en la Cámara de Diputados. Los diputados federales que suscribieron la iniciativa del Grupo Oaxaca coincidieron en excluir temporalmente dentro de la lista de sujetos obligados por la ley a los partidos políticos.

La posición de los legisladores fue invariable. El Grupo Oaxaca ponderó la pertinencia de sostener su propuesta hasta el final, con el riesgo de volverla inviable. Se optó por impulsar la creación de una ley que desarrollara los parámetros mínimos, y después, por la vía de reformas sucesivas, mejorarla.

La decisión que prevaleció en el Grupo Oaxaca consistió en aceptar la exclusión temporal de los partidos políticos como sujetos obligados directos en materia de acceso a la información, con la condición de que se allanara el camino de la negociación y fuera posible la culminación exitosa del proceso de negociación.

Éstas son las razones fundamentales por las que los partidos políticos no fueron considerados en la negociación como sujetos obligados. Se trató de una severa restricción fundacional impuesta por los legisladores. Porque no existe ninguna justificación plausible que impida que los partidos políticos respondan directamente a las solicitudes de acceso a la información, y no, como lo hacen hasta ahora, por mediación del Instituto Federal Electoral.

Por fortuna, la cerrazón que se exhibió en la frecuencia federal no tuvo eco en todas las entidades federativas. Es importante señalar el mérito del Congreso de Morelos⁹ al aceptar incorporar en la ley estatal correspondiente a los partidos políticos como sujetos obligados directos en materia de acceso a la información pública.

De acuerdo con los datos que contiene el *Estudio comparativo de leyes de acceso a la información* elaborado por especialistas del Instituto Federal de Acceso a la Información, de las 29 leyes estatales de acceso a la información aprobadas por sus respectivos Congresos locales, en 16

⁹ Es importante reconocer la apertura del Congreso de Morelos para recoger en una iniciativa que luego fue aprobada por el Pleno, las ideas que a través de diversos medios y foros les hicieron llegar especialistas como Salvador Nava, Francisco Javier Acuña y el que esto escribe. El mérito es de todos los diputados locales, pero quiero dejar constancia de la apertura y decisión del diputado Sergio Álvarez Mata y de los principales funcionarios del Congreso, para sacar adelante, contra viento y marea, el proyecto de ley.

de ellas se reconoce a los partidos políticos como sujetos obligados, y en 13 leyes no se les reconoce como tales.

Como puede advertirse, ésta es una de las consecuencias más negativas de la omisión que al respecto tiene la ley federal, así como de la falta de un adecuado desarrollo en la narrativa constitucional del derecho de acceso a la información. Además, los partidos políticos y sus dirigentes, en lo general, mantienen comportamientos oligárquicos y patrimonialistas sobre el tema. Sólo cuando les es conveniente aceptan las consecuencias que implica el reconocimiento de los partidos políticos como entidades de interés público, según lo dispone el artículo 41 constitucional.

Es impostergable acometer las reformas constitucionales y legales necesarias para obligar de manera directa a los partidos políticos a atender y responder las solicitudes de acceso a la información que cualquier persona les haga, y no sólo sus integrantes. Además, deberá impulsarse la creación de una Ley de Partidos Políticos en la que se desarrolle y tutele con toda precisión y rigor técnico un derecho fundamental que se sigue soslayando. Incluso, pese a las penosas experiencias de manejos ilícitos de los recursos públicos que son gestionados desde las atalayas de los partidos políticos, y que además ya fueron sancionados por el Instituto Federal Electoral.

Éstas son algunas de las restricciones fundacionales que es necesario remontar para allanar el camino del proceso de apertura de los poderes públicos. De entre todas las restricciones aludidas, la de mayor envergadura es la que tiene que ver con el imperativo de constitucionalizar el derecho de acceso a la información. Ese es un tema que debería ocupar un lugar central en la agenda parlamentaria de la próxima legislatura. Ese es un tema fundamental pendiente en la agenda del Grupo Oaxaca.

SEGUNDA PARTE

BALANCE DEL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN EN LOS ESTADOS
Y MUNICIPIOS DE MÉXICO

LA TRANSPARENCIA EN MÉXICO EN EL ÁMBITO SUBNACIONAL: UNA EVALUACIÓN COMPARADA DE LAS LEYES ESTATALES

Eduardo GUERRERO GUTIÉRREZ
Leticia RAMÍREZ DE ALBA LEAL

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Índice de Evaluación de Leyes Estatales (IELE): metodología y resultados*. III. *“La ley de transparencia, para después”: comportamiento estratégico en relación con tiempos de aprobación, entrada en vigor y puesta en práctica de la legislación en materia de transparencia*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*. VI. *Anexos*.

I. PRESENTACIÓN

En un lapso de casi cuatro años, cerca del 90% de los Congresos estatales del país¹ aprobó leyes de transparencia y acceso a la información. Solamente dos de estas leyes estatales, las de Jalisco y Sinaloa, se aprobaron antes que la ley federal en la materia, en junio de 2002.² Los veinticinco estados restantes y el Distrito Federal aprobaron sus leyes respectivas después de que el Congreso federal aprobara la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG). Hasta abril de 2006, las únicas cuatro entidades que aún no contaban con una ley local en materia de transparencia y acceso a la información eran Chiapas, Hidalgo, Oaxaca y Tabasco.

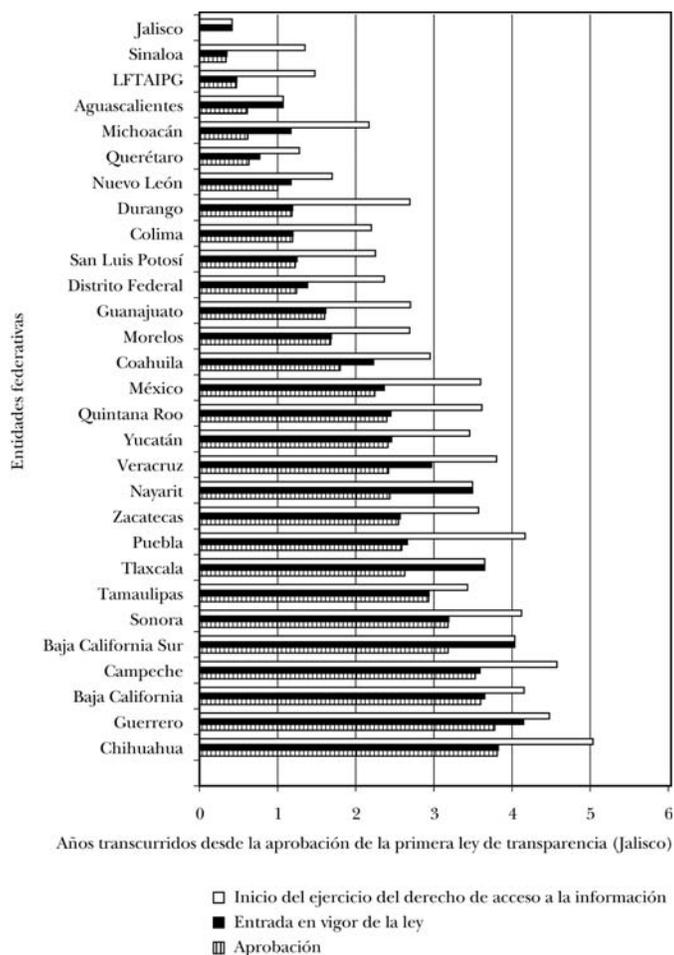
La gráfica 1 muestra la secuencia en que las leyes estatales de transparencia fueron aprobadas. Además, esta gráfica ofrece información com-

¹ La proporción exacta es de 88%.

² En diciembre de 2001 y en abril de 2002 fueron aprobadas las leyes de Jalisco y Sinaloa, respectivamente.

parativa sobre los periodos que tuvieron que transcurrir, a partir de la aprobación de la ley de Jalisco, para que el resto de las leyes estatales, en primer término, fueran aprobadas; en segundo término, entraran en vigor y, en tercer término, pudieran ejercerse de modo efectivo.

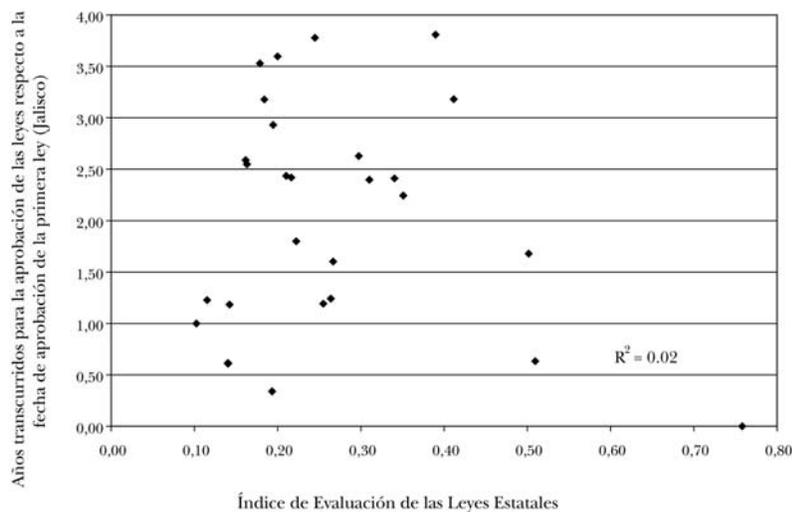
GRÁFICA 1. APROBACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA, Y FECHA DE INICIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS



Como se desprende de la misma gráfica, las veintiocho leyes estatales de transparencia se aprobaron en un periodo de casi cuatro años, mientras que han sido necesarios poco más de cinco años para que el derecho pueda ejercerse efectivamente en todos estos casos.

En relación con las disparidades que se observan en la gráfica 1 entre el momento en que una ley estatal de transparencia es aprobada y la fecha en que el derecho que plasma se hace efectivo, el análisis de datos muestra que el derecho de acceso a la información en los estados se hace efectivo aproximadamente un año después de que la ley es aprobada por el Congreso. Por otra parte, se podría suponer que las leyes estatales aprobadas más recientemente son, en general, mejores leyes que las previas en términos de mayor cobertura y facilidad de acceso, así como de los mecanismos que garantizan su observancia. Sin embargo, tal y como lo muestra la gráfica 2, prácticamente no existe ningún tipo de relación entre leyes nuevas y leyes mejor evaluadas.

GRÁFICA 2. RELACIÓN ENTRE EL ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LAS LEYES ESTATALES Y LA FECHA EN QUE SE APROBÓ CADA LEY



Por ejemplo, la ley de Jalisco es la mejor evaluada de acuerdo con el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales (IELE) propuesto en este trabajo, aun cuando esta ley fue la *primera* en aprobarse.³ Por el contrario, la ley de Puebla es una de las que muestra más deficiencias en términos de los indicadores y del Índice utilizado en este trabajo, a pesar de que se trata de una ley aprobada recientemente.

Lo anterior sugiere que, por lo que toca al diseño de las leyes, los legisladores no han adoptado una postura técnica inclinada a adoptar las mejores prácticas, sino que probablemente nos encontramos ante un proceso legislativo en el que factores de carácter político y burocrático han tenido una influencia decisiva.

Aun cuando puede considerarse un gran logro que, a la fecha, cerca del 90% de las entidades federativas haya aprobado leyes en materia de transparencia, cabe preguntarse sobre los diversos alcances y límites que cada una de estas leyes presentan en lo referente a su diseño interno. En este trabajo, mediante un análisis de datos de carácter exploratorio, se presentan los resultados de cuatro indicadores dirigidos a medir el grado en que cada una de las leyes estatales cumple con aspectos relacionados con su cobertura en términos de sujetos obligados (¿quiénes y cuántos son los sujetos obligados?), con su cobertura en términos de los rubros de información que deben publicarse de oficio (¿cuáles y cuántas son las “obligaciones de transparencia”?), con la facilidad de acceso a la información (¿qué mecanismos existen para que las solicitudes de información se realicen sin trabas burocráticas?), y con la promoción de la observancia de la ley (¿qué mecanismos prevé la ley que contribuyen a su eficaz cumplimiento?). Estos cuatro indicadores nos ofrecen criterios para que, a través de un análisis comparado del contenido de las leyes, se evalúen aspectos concernientes a su diseño.

Sin embargo, el índice no atiende otros aspectos relevantes de las leyes de transparencia como, por ejemplo, la autonomía relativa de las agencias encargadas de garantizar algunos aspectos de la ley, en términos de los actores que poseen facultades para nombrar o remover a las máximas autoridades de tales agencias. Éste y otros aspectos podrían analizarse en trabajos futuros. Además, es necesario enfatizar que *el di-*

³ Debe mencionarse, sin embargo, que la ley de Jalisco estuvo sujeta a varias modificaciones en 2004.

seño adecuado de una ley de transparencia, aunque contribuye en gran medida al funcionamiento óptimo de un sistema de acceso a la información, *no es el único factor* que determina la eficacia de tal sistema. Hay variables de carácter administrativo y presupuestal (incluso de naturaleza política) que son cruciales para garantizar la viabilidad operativa de un sistema de acceso a la información.

En este trabajo también se presentan los resultados de un análisis de datos que toma en cuenta variables como la composición partidista de los Congresos estatales, la afiliación partidista del titular del Ejecutivo, y el tiempo transcurrido tanto en los periodos gubernamentales como en los legislativos en relación con el momento en que se aprobaron, entraron en vigor y se hicieron efectivas las iniciativas de ley en materia de transparencia y acceso a la información.

Este análisis contribuye a revelar algunos patrones y rasgos del comportamiento estratégico de los actores políticos locales en relación con la aprobación, entrada en vigor y ejercicio efectivo de la normativa en materia de transparencia. En este renglón, el hallazgo más significativo es que los Congresos estatales no sólo tienden a aprobar las leyes de transparencia hacia el final de sus periodos, sino que también toman provisiones en sus artículos transitorios para que éstas entren en vigor hacia el final del periodo del gobernador en turno o, incluso, hasta el inicio del siguiente gobierno.

Por lo que respecta a los principales hallazgos en términos de la aplicación de los indicadores y del Índice de Evaluación de las Leyes Estatales propuestos, las entidades federativas cuyas leyes de transparencia y acceso a la información están mejor diseñadas son las que aparecen en el cuadro 1 (véase la página siguiente).

Como podrá observarse, la ley mejor evaluada es la de Jalisco, que posee las más altas calificaciones en dos indicadores y la segunda más alta en los indicadores relativos a obligaciones de transparencia y facilidad de acceso a la información.

Por el contrario, aquellas leyes estatales que presentan las mayores deficiencias, de acuerdo con los cuatro indicadores utilizados, son las que aparecen en el cuadro 2 (véase la página siguiente).

CUADRO 1. LEYES ESTATALES DE TRANSPARENCIA
CON LAS CALIFICACIONES MÁS ALTAS

<i>Estado</i>	<i>Cobertura</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Observancia de la ley</i>	<i>Índice de evaluación de la ley</i>
Jalisco	1.00 (1)	0.96 (2)	0.88 (2)	0.80 (1)	0.76 (1)
Querétaro	1.00 (1)	0.96 (2)	0.63 (4)	0.59 (2)	0.51 (2)
Morelos	1.00 (1)	0.92 (3)	0.75 (3)	0.56 (3)	0.50 (3)
Baja California Sur	1.00 (1)	1.00 (1)	0.38 (6)	0.52 (4)	0.41 (4)
Chihuahua	1.00 (1)	1.00 (1)	1.00 (1)	0.39 (7)	0.39 (5)
Total de posiciones en la tabla del indicador	(4)	(13)	(8)	(19)	(22)

CUADRO 2. LEYES ESTATALES DE TRANSPARENCIA
CON LAS CALIFICACIONES MÁS BAJAS

<i>Estado</i>	<i>Cobertura</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Observancia de la ley</i>	<i>Índice de evaluación de la ley</i>
Nuevo León	0.89 (2)	0.48 (12)	0.25 (7)	0.19 (19)	0.10 (22)
San Luis Potosí	0.89 (2)	0.84 (5)	0.13 (8)	0.19 (19)	0.12 (21)
Michoacán	1.00 (1)	0.88 (4)	0.38 (6)	0.19 (19)	0.14 (20)
Aguascalientes	1.00 (1)	0.52 (11)	0.38 (6)	0.22 (17)	0.14 (20)
Durango	0.89 (2)	0.64 (9)	0.50 (5)	0.21 (18)	0.14 (20)
Total de posiciones en la tabla del indicador	(4)	(13)	(8)	(19)	(22)

NOTA: Los números que aparecen entre paréntesis corresponden a la posición de las entidades federativas en las tablas de los indicadores respectivos.

Este último cuadro agrupa a las entidades peor evaluadas por el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales. Cabe destacar que todas ellas califican por abajo del promedio en por lo menos dos de los indicadores —salvo Durango y Nuevo León, que se encuentran por debajo del promedio en los cuatro indicadores—.

Conviene mencionar, de modo ilustrativo, que la Ley Federal de Transparencia también fue evaluada por los cuatro indicadores con resultados contrastantes: en lo que se refiere a los dos indicadores de cobertura (sujetos obligados y obligaciones de transparencia), la Ley Federal aparece por debajo del promedio; en tanto que por lo que toca a los dos indicadores restantes (facilidad de acceso y promoción a la observancia de la ley), aparece por arriba del promedio. De aquí que, aunque la ley federal termina por obtener una calificación por arriba del promedio en el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales, las calificaciones que recibe en los dos indicadores de cobertura sugieren que la ley federal podría perfeccionarse con algunas reformas en estas dos vertientes.

Este trabajo está compuesto por dos secciones principales: en la primera se describe la construcción de cada uno de los cuatro indicadores y se reseñan sus resultados una vez que las disposiciones de cada ley se codifican y procesan. Una vez que contamos con las tablas de resultados para cada indicador, se presentan los resultados que arroja el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales, el cual integra todos los indicadores y nos ofrece una calificación única, de carácter integral, que establece la ubicación de cada ley en relación con las demás. En la segunda sección del artículo se presentan algunos datos reveladores de la conducta de los actores políticos (el Ejecutivo, los partidos y el Congreso) en relación con el momento político en el que generalmente se aprueban las leyes de transparencia y los ritmos de su posterior implementación; es decir, cuándo las leyes entran en vigor y cuándo sus preceptos se convierten en derechos que los ciudadanos pueden disfrutar.

II. ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LEYES ESTATALES (IELE): METODOLOGÍA Y RESULTADOS

El instrumento para evaluar las leyes estatales es un índice de transparencia estatal que se construyó con base en cuatro indicadores que pre-

tenden medir los atributos de las leyes en relación con los siguientes aspectos: cobertura respecto a sujetos obligados; cobertura respecto a rubros de información pública de oficio; facilidad de acceso a la información, y promoción a la observancia de la ley.

1. *Primer indicador de cobertura: los sujetos obligados*

Todas las leyes de transparencia estatales contemplan como sujetos obligados a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de las entidades federativas, así como a los organismos constitucionales autónomos y a las empresas paraestatales. Sin embargo, algunas extienden la obligación de observar la ley a los partidos políticos, los ayuntamientos, las empresas paramunicipales y aquellas instancias “que manejan recursos públicos”. Este indicador de cobertura mide, entonces, el número de instancias sujetas a la ley. Típicamente, las leyes enumeran diversos tipos de entes públicos que no parecen estar agrupadas bajo ningún criterio en particular, salvo el de que manejan recursos públicos.

El indicador de cobertura se construyó para cada uno de los estados que cuentan con una ley de transparencia y acceso a la información. En la construcción del indicador se tomaron en cuenta nueve tipos de instancias que utilizan recursos públicos, las cuales se enlistan en el cuadro 3. La variable se refiere al tipo de instancia que recibe recursos públicos. Esta variable toma el valor 1 si la ley estatal contempla el tipo de instancia y de 0 si no la toma en cuenta.

CUADRO 3. INSTANCIAS GUBERNAMENTALES
O QUE UTILIZAN RECURSOS PÚBLICOS

<i>Variable</i>	<i>Tipo de instancia</i>
I_1	Poder Ejecutivo
I_2	Poder Legislativo
I_3	Poder Judicial
I_4	Organismos constitucionales autónomos
I_5	Empresas paraestatales

CUADRO 3. INSTANCIAS GUBERNAMENTALES
O QUE UTILIZAN RECURSOS PÚBLICOS (continuación)

<i>Variable</i>	<i>Tipo de instancia</i>
I_6	Partidos políticos
I_7	Otras instancias que manejan recursos públicos
I_8	Ayuntamientos
I_9	Empresas paramunicipales

La fórmula aplicada para obtener el valor del indicador para la ley de cada estado fue la (1). El rango de valores que puede tomar el indicador se encuentra entre 0 y 1. Mientras más instancias son consideradas como sujetos obligados de la ley, mayor será el valor del indicador.

$$C = \frac{1}{9} \left(\sum_{i=1}^9 I_i \right) \quad (1)$$

Como puede observarse, este indicador posee una fórmula muy sencilla. Se trata básicamente de un promedio en el que cada una de las nueve variables tiene un mismo peso. Los resultados fueron los siguientes:

CUADRO 4. PRIMER INDICADOR DE COBERTURA
(SUJETOS OBLIGADOS)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
1	Aguascalientes	1.00
1	Baja California Sur	1.00
1	Chihuahua	1.00
1	Coahuila	1.00

CUADRO 4. PRIMER INDICADOR DE COBERTURA
(SUJETOS OBLIGADOS) (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
1	Colima	1.00
1	Jalisco	1.00
1	Michoacán	1.00
1	Morelos	1.00
1	Querétaro	1.00
1	Sinaloa	1.00
1	Sonora	1.00
1	Tlaxcala	1.00
1	Yucatán	1.00
1	Zacatecas	1.00
2	Baja California	0.89
2	Campeche	0.89
2	Durango	0.89
2	Nayarit	0.89
2	Nuevo León	0.89
2	Quintana Roo	0.89
2	San Luis Potosí	0.89
2	Tamaulipas	0.89
2	Veracruz	0.89
3	Distrito Federal*	0.86
4	Guanajuato	0.78

CUADRO 4. PRIMER INDICADOR DE COBERTURA
(SUJETOS OBLIGADOS) (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
4	Guerrero	0.78
4	México	0.78
4	Puebla	0.78
	LFTAIPG (Ley Federal)*	0.71

* Cabe señalar que en los casos de la Ley Federal y de la ley del Distrito Federal no se tomaron en cuenta para el cálculo del indicador ni los ayuntamientos ni las empresas paramunicipales. Lo anterior en virtud de que en estos dos ámbitos de gobierno no existen dichas instancias.

NOTA: La línea horizontal más gruesa indica cuáles entidades federativas están por arriba del promedio del indicador (0.93) y cuáles por abajo. La desviación estándar en este indicador fue de 0.08.

Un hallazgo interesante al aplicar este indicador es que la Ley Federal de Transparencia está muy por abajo de las leyes estatales en lo referente a cobertura de sujetos obligados. Cabe señalar que el 57% de los estados, es decir, dieciséis de ellos, incluyen a los partidos políticos como sujetos obligados. En contraste, en la Ley Federal los partidos políticos no figuran como sujetos obligados. Los estados que ocupan el último lugar en este indicador son, como lo muestra el cuadro anterior, Guanajuato, Guerrero, México y Puebla, los cuales no contemplan como sujetos obligados ni a los partidos políticos ni a “otras instancias que manejan recursos públicos”.

2. Segundo indicador de cobertura: las obligaciones de transparencia

Todas las leyes de transparencia establecen que los sujetos obligados deben publicar información de oficio; es decir, sin que medie petición de parte. Aunque cada ley estatal establece los rubros de información que deben publicarse de oficio (comúnmente conocidos como “obligaciones de transparencia”), existen algunos rubros que son de mayor interés para

la opinión pública. El indicador evalúa si cada ley estatal establece las obligaciones de transparencia consideradas esenciales. Las obligaciones de transparencia que se tomaron en cuenta para la construcción del indicador se presentan en el cuadro 5. La variable toma el valor 1 si la ley estatal incluye la obligación de transparencia y de 0 si no la toma en cuenta.

CUADRO 5. OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA

<i>Variable</i>	<i>Información pública de oficio</i>
<i>ot</i> ₁	Estructura orgánica
<i>ot</i> ₂	Facultades de cada unidad administrativa
<i>ot</i> ₃	Directorio de servidores públicos
<i>ot</i> ₄	Remuneración mensual por puesto
<i>ot</i> ₅	Domicilio de unidad de enlace
<i>ot</i> ₆	Metas y objetivos de unidades administrativas
<i>ot</i> ₇	Servicios que ofrece
<i>ot</i> ₈	Trámites, requisitos y formatos
<i>ot</i> ₉	Presupuesto asignado y ejecutado
<i>ot</i> ₁₀	Resultados de las auditorías
<i>ot</i> ₁₁	Programas de subsidio que operen
<i>ot</i> ₁₂	Concesiones, permisos o autorizaciones otorgadas
<i>ot</i> ₁₃	Contratos celebrados
<i>ot</i> ₁₄	Marco normativo
<i>ot</i> ₁₅	Informes que por disposición legal genere
<i>ot</i> ₁₆	Mecanismos de participación ciudadana
<i>ot</i> ₁₇	Sentencias y resoluciones que hayan causado estado
<i>ot</i> ₁₈	Informes de los partidos políticos

CUADRO 5. OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA
(continuación)

<i>Variable</i>	<i>Información pública de oficio</i>
<i>ot</i> ₁₉	Estados financieros y balances generales
<i>ot</i> ₂₀	Cuenta pública
<i>ot</i> ₂₁	Aplicación de fondos auxiliares especiales
<i>ot</i> ₂₂	Controversias entre los poderes públicos
<i>ot</i> ₂₃	Iniciativas presentadas al Congreso y sus dictámenes
<i>ot</i> ₂₄	Convocatorias a concursos o licitaciones y su resultado
<i>ot</i> ₂₅	Entrega de recursos públicos, destinatarios y uso

La fórmula utilizada fue la siguiente:

$$OT = \frac{1}{25} \left(\sum_i^{25} ot_i \right) \quad (2)$$

Al igual que el indicador anterior, éste posee una fórmula sencilla. Se trata también de un promedio en el que cada una de las 25 variables tiene un mismo peso. Los resultados fueron los siguientes:

CUADRO 6. SEGUNDO INDICADOR DE COBERTURA
(OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
1	Baja California Sur	1.00
1	Chihuahua	1.00
1	Colima	1.00

CUADRO 6. SEGUNDO INDICADOR DE COBERTURA
(OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA) (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
2	Coahuila	0.96
2	Jalisco	0.96
2	Querétaro	0.96
2	Sonora	0.96
3	Morelos	0.92
3	Quintana Roo	0.92
4	Michoacán	0.88
4	Sinaloa	0.88
5	Distrito Federal	0.84
5	San Luis Potosí	0.84
5	Zacatecas	0.84
6	Yucatán	0.83
6	Guanajuato	0.83
7	Baja California	0.80
7	Guerrero	0.80
7	Tamaulipas	0.80
7	Tlaxcala	0.80
	<i>LFTAIPG (Ley Federal)</i>	<i>0.76</i>
8	Campeche	0.76
8	México	0.76
8	Nayarit	0.76

CUADRO 6. SEGUNDO INDICADOR DE COBERTURA
(OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA) (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
9	Durango	0.64
10	Puebla	0.60
11	Aguascalientes	0.52
12	Nuevo León	0.48
13	Veracruz	0.28

NOTA: La línea horizontal más gruesa indica cuáles entidades federativas están por arriba del promedio del indicador (0.81) y cuáles por abajo. La desviación estándar en este indicador fue de 0.17.

Como puede observarse, en este indicador la ley federal también está, como en el indicador anterior, por debajo del promedio. El caso de Veracruz es preocupante en lo que concierne a su listado de obligaciones de transparencia, pues el quinto artículo de su ley sólo contempla siete de las veinticinco obligaciones esenciales. La ley de Veracruz omite, como obligaciones de transparencia, rubros básicos como el presupuesto asignado y ejecutado, y los resultados de las auditorías.

3. *Indicador de facilidad de acceso*

Las leyes de transparencia establecen, en términos generales, el procedimiento que deben seguir y los requisitos que deben cumplir los ciudadanos para solicitar información. En este rubro, el indicador mide el grado en que las leyes establecen provisiones que facilitan a los ciudadanos el acceso a la información. El indicador de facilidad de acceso a la información contempla varios aspectos. En primer lugar se considera la presencia o ausencia de una instancia especializada en atender las solicitudes de acceso a la información (por ejemplo, la “unidad de enlace”, como se le conoce comúnmente en el ámbito federal). En segundo lugar se toma en cuenta si las solicitudes, además de presentarse por escrito ante la

dependencia o entidad estatal, también pueden realizarse de manera verbal o por vía electrónica. En tercer lugar se contempla si como requisito para solicitar información debe presentarse una identificación oficial y si el solicitante debe firmar una solicitud (o, en su caso, imprimir su huella digital). Por último, se considera si el solicitante tiene el derecho de recibir, en caso de que sea posible, la información por el medio de su preferencia.

La fórmula utilizada para obtener el valor de este indicador fue la (3), de acuerdo con las variables que se muestran en el cuadro 7.

$$FAI = \frac{1}{4} \left(U + \frac{\sum_{i=1}^2 FIS_i}{2} + \frac{\sum_{j=1}^2 RS_j}{2} + MRI \right) \quad (3)$$

Como puede observarse, la fórmula está integrada por cuatro elementos que poseen el mismo peso: existencia de una ventanilla única, presentación de solicitudes verbalmente o vía electrónica, obligación de presentar identificación oficial y/o de firmar la solicitud, y, por último, capacidad de seleccionar el medio por el cual se recibirá la información.

CUADRO 7. FACTORES QUE FACILITAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

<i>Variable</i>	<i>Concepto</i>	<i>Valor de la variable</i>
U	Instancia especializada en atender solicitudes de información	1 si se establece su existencia, 0 en caso contrario
FIS_1	La solicitud de información puede realizarse verbalmente	1 en caso de que se establezca la viabilidad de estas modalidades de solicitud, 0 en caso contrario
FIS_2	La solicitud de información puede enviarse a través de medios electrónicos remotos	

CUADRO 7. FACTORES QUE FACILITAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN (continuación)

<i>Variable</i>	<i>Concepto</i>	<i>Valor de la variable</i>
RS_1	El solicitante no tiene que presentar una identificación oficial	1 si el solicitante no tiene que cumplir con los requisitos, 0 en caso contrario
RS_2	El solicitante no tiene que firmar la solicitud	
MRI	El solicitante puede especificar el medio a través del cual le será entregada la información, siempre que la dependencia o entidad estatal esté en posición de hacerlo	1 en caso de que la ley establezca la viabilidad de esta modalidad, 0 en caso contrario

Los resultados del indicador fueron los siguientes:

CUADRO 8. INDICADOR DE FACILIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
1	Chihuahua	1.00
1	Distrito Federal	1.00
1	Sonora	1.00
	<i>LFTAIPG (Ley Federal)</i>	<i>0.88</i>
2	Jalisco	0.88
2	Quintana Roo	0.88
3	Baja California	0.75
3	Guanajuato	0.75
3	México	0.75
3	Morelos	0.75
3	Yucatán	0.75

CUADRO 8. INDICADOR DE FACILIDAD DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
4	Campeche	0.63
4	Coahuila	0.63
4	Colima	0.63
4	Querétaro	0.63
5	Durango	0.50
5	Nayarit	0.50
5	Puebla	0.50
5	Sinaloa	0.50
5	Tamaulipas	0.50
5	Tlaxcala	0.50
5	Veracruz	0.50
6	Aguascalientes	0.38
6	Baja California Sur	0.38
6	Guerrero	0.38
6	Michoacán	0.38
7	Nuevo León	0.25
7	Zacatecas	0.25
8	San Luis Potosí	0.13

NOTA: La línea horizontal más gruesa indica cuáles entidades federativas están por arriba del promedio del indicador (0.59) y cuáles por abajo. La desviación estándar en este indicador fue de 0.23.

En este indicador la Ley Federal tiene un desempeño sobresaliente. Por lo que se refiere a los estados, llaman la atención las bajísimas calificaciones del San Luis Potosí, Zacatecas y Nuevo León. En los casos de Nuevo León y San Luis Potosí, tales calificaciones se deben, entre otras razones, a que no contemplan una instancia única, equivalente a la unidad de enlace, para recibir y desahogar las solicitudes de información. Ambas leyes prevén, además, que las solicitudes se realicen directamente al área responsable de la información. En el caso de Nuevo León, la ley señala en su artículo 13 que “la solicitud de información deberá hacerse ante la autoridad, en términos respetuosos y por escrito...”. En San Luis Potosí, además de carecer de una instancia análoga a la unidad de enlace, se le pide al solicitante exhibir una identificación oficial al momento de hacer una solicitud de información. Ninguna de las dos leyes contempla que las solicitudes puedan realizarse verbalmente o vía electrónica, ni que el solicitante pueda escoger el medio de su preferencia para recibir la información.

4. Indicador de promoción a la observancia de la ley

Un aspecto de gran relevancia para la evaluación del diseño de las leyes es el relativo a los mecanismos que establece para asegurar su propio cumplimiento. En este rubro, el indicador pretende medir el grado en el que la ley prevé preceptos que promuevan su observancia. En términos generales, el indicador contempla tres mecanismos que contribuyen a la observancia de la ley. El primero tiene que ver con la existencia de órganos o agencias que vigilen el cumplimiento de la ley. En caso de que tal órgano o agencia exista, cobran importancia las atribuciones que posean estos órganos. El segundo mecanismo se refiere a la posibilidad que tiene el ciudadano de impugnar las respuestas negativas o parciales ante alguna instancia alternativa. El tercer mecanismo tiene relación con el establecimiento de sanciones a los servidores públicos cuando incumplan las disposiciones de la ley.

Este indicador está compuesto por cinco elementos, uno de los cuales posee mayor peso (el doble) que el resto. El primer elemento tiene que ver con la existencia y atribuciones de una agencia encargada exclusivamente de vigilar el cumplimiento de la ley (por ejemplo, la existencia del Instituto Federal de Acceso a la Información en el ámbito federal). En

segundo lugar, la existencia de un órgano (al interior de cada sujeto obligado) encargado de confirmar o revocar la clasificación de la información por parte del área responsable de generarla (por ejemplo, el Comité de Información en las dependencias y entidades de la administración pública federal). En tercer lugar, la existencia de vías jurídicas para interponer recursos o inconformidades en caso de que el solicitante así lo decida. Además, se atiende la posibilidad de que la autoridad pública requiera “pruebas documentales” para presentar recursos de revisión. En cuarto lugar, se mide un elemento compuesto por los siguientes tres aspectos: la referencia a una ley de responsabilidades para los servidores públicos en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, la mención explícita en el propio texto de la ley de sanciones administrativas en caso, también, de incumplimientos y, por último, la referencia a un tipo especial de procedimiento en caso de que una autoridad que goce de fuero constitucional infrinja la ley. Finalmente, en quinto lugar, se contempla un elemento que tiene que ver con la previsión de sanciones penales a aquellos servidores públicos que violen la ley. Se ha considerado que este último elemento es de gran relevancia, pues dota a la normativa de un instrumento que fortalece su observancia. Por esta razón se le ha otorgado un mayor peso en comparación con los cuatro elementos anteriores.

La fórmula que se utilizó para obtener el valor de este indicador fue la (4).

$$OL = \frac{1}{6} \left(oevl \left(\frac{\sum_{i=1}^7 a_i}{7} \right) + cdei + \frac{\sum_{j=1}^2 r_j}{2} + \frac{1}{3} \left(rl + \frac{\sum_{k=1}^5 sa_k}{5} + sf \right) + 2sp \right)$$

(4)

Las variables utilizadas se especifican en el cuadro 9:

CUADRO 9. ASPECTOS QUE PROMUEVEN
LA OBSERVANCIA DE LA LEY

<i>Variable</i>	<i>Concepto</i>
<i>oevl</i>	Existe un órgano que vigile la observancia de la ley
Atribuciones del <i>oevl</i> :	
<i>a₁</i>	Clasificar información
<i>a₂</i>	Desclasificar información
<i>a₃</i>	Expedir normas para clasificar y/o desclasificar información
<i>a₄</i>	Acceso permanente a información reservada y confidencial
<i>a₅</i>	Formular recomendaciones sobre el cumplimiento de la ley
<i>a₆</i>	Ordenar que sujetos obligados entreguen información
<i>a₇</i>	Facultad de sancionar a los sujetos obligados
<i>cdei</i>	Existe un órgano interno que vigile la adecuada clasificación de la información del sujeto obligado
<i>r₁</i>	Los ciudadanos pueden impugnar la respuesta que le entrega el sujeto obligado
<i>r₂</i>	El ciudadano no tiene que ofrecer y aportar pruebas documentales
<i>rl</i>	La ley señala explícitamente que las sanciones administrativas se aplican conforme a la ley de responsabilidades administrativas de los servidores públicos
Se establece explícitamente en la ley como sanciones:	
<i>sa₁</i>	La amonestación
<i>sa₂</i>	La suspensión temporal del empleo
<i>sa₃</i>	La destitución del cargo
<i>sa₄</i>	La inhabilitación
<i>sa₅</i>	Multas económicas
<i>sf</i>	La ley señala qué se debe hacer en caso de que los sujetos obligados gocen de fuero constitucional
<i>sp</i>	Se establece sanción penal ante el incumplimiento

Estas variables toman el valor 1 si la ley estatal contempla los conceptos especificados en el cuadro 9 en sus términos y de 0 en caso contrario. Los resultados del indicador fueron los siguientes:

CUADRO 10. INDICADOR DE OBSERVANCIA DE LA LEY

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
1	Jalisco	0.80
2	Querétaro	0.59
3	Morelos	0.56
4	Baja California Sur	0.52
	<i>LFTAIPG (Ley Federal)</i>	<i>0.48</i>
5	México	0.46
6	Yucatán	0.40
7	Chihuahua	0.39
7	Veracruz	0.39
7	Tlaxcala	0.39
8	Guerrero	0.38
9	Quintana Roo	0.35
10	Guanajuato	0.34
11	Distrito Federal	0.29
11	Nayarit	0.29
11	Colima	0.29
12	Tamaulipas	0.27
13	Coahuila	0.26
13	Puebla	0.26

CUADRO 10. INDICADOR DE OBSERVANCIA DE LA LEY
(continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del indicador</i>
14	Baja California	0.25
15	Sinaloa	0.24
15	Campeche	0.24
16	Zacatecas	0.23
17	Aguascalientes	0.22
18	Durango	0.21
19	Nuevo León	0.19
19	Michoacán	0.19
19	San Luis Potosí	0.19
19	Sonora	0.19

NOTA: La línea horizontal más gruesa indica cuáles entidades federativas están por arriba del promedio del indicador (0.34) y cuáles por abajo. La desviación estándar en este indicador fue de 0.15.

Éste es el indicador que registra las más bajas calificaciones. Su promedio de 0.34 sobre 1.00 es extremadamente bajo en comparación con los promedios de los otros tres indicadores. Ello nos revela que las mayores deficiencias de las leyes estatales se relacionan, precisamente, con los mecanismos que establecen para garantizar su propio cumplimiento o implementación.

Los resultados que arroja este indicador son una señal de alerta en términos de omisiones de las propias leyes, lo que lleva a preguntarnos si los legisladores, cuando aprueban esta normativa, están preocupados en realidad por su estricta y puntual observancia. Como lo revelan los resultados de este indicador, en todos los estados —salvo en Jalisco— podrían tenerse serias dudas de que el adecuado cumplimiento de la ley de transparencia sea un interés auténtico de la mayoría de los diputados lo-

cales. Dadas las facultades de revisión y veto legislativo que poseen los titulares de los poderes ejecutivos, también cabría considerar la posibilidad de que la ausencia de mecanismos para el cabal cumplimiento de las leyes tenga su origen en condiciones que fijen los propios poderes ejecutivos.

Una ley de transparencia ambiciosa en términos de cobertura de sujetos obligados o de obligaciones de transparencia pero que carezca de los mecanismos adecuados para asegurar su propia observancia, es poco menos que letra muerta. En este sentido, las leyes estatales más desequilibradas, como se observa en el cuadro 11, son las de San Luis Potosí, Sonora, Zacatecas, Michoacán y Sinaloa. En general, estas leyes se caracterizan por el notorio contraste que hay entre sus altas calificaciones en los dos primeros indicadores y sus bajas calificaciones en los indicadores tercero y cuarto. Tales leyes son engañosas: el espíritu de apertura que sugieren sus altos niveles de cobertura no corresponden con sus calificaciones ínfimas en lo relativo a los mecanismos que prevén para facilitar el acceso a la información y garantizar su observancia.

CUADRO 11. LEYES ESTATALES DESEQUILBRADAS
SEGÚN INDICADORES

<i>Entidad</i>	<i>Indicador</i>				<i>Desviación estándar</i>
	<i>Cobertura 1 (sujetos obligados)</i>	<i>Cobertura 2 (obligaciones de transparencia)</i>	<i>Facilidad de acceso</i>	<i>Observancia de la ley</i>	
San Luis Potosí	0.89	0.84	0.13	0.19	0.41
Sonora	1.00	0.96	1.00	0.19	0.40
Zacatecas	1.00	0.84	0.25	0.23	0.40
Michoacán	1.00	0.88	0.38	0.19	0.39
Sinaloa	1.00	0.88	0.50	0.24	0.35

Por el contrario, tal y como aparecen en el cuadro 12, las leyes de Jalisco, México, Morelos, Querétaro y Yucatán guardan un equilibrio y

congruencia interna: se trata de leyes que exhiben relativamente altos estándares de desempeño en los cuatro ámbitos de evaluación contemplados por el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales.

CUADRO 12. LEYES ESTATALES EQUILIBRADAS Y DE ALTA CALIFICACIÓN

<i>Entidad</i>	<i>Indicador</i>				<i>Desviación estándar</i>
	<i>Cobertura 1 (sujetos obligados)</i>	<i>Cobertura 2 (obligaciones de transparencia)</i>	<i>Facilidad de acceso</i>	<i>Observancia de la ley</i>	
Jalisco	1.00	0.96	0.88	0.80	0.09
México	0.78	0.76	0.75	0.46	0.15
Morelos	1.00	0.92	0.75	0.56	0.19
Querétaro	1.00	0.96	0.63	0.59	0.22
Yucatán	1.00	0.83	0.75	0.40	0.26

Por otra parte, Jalisco, Querétaro y Baja California Sur ocupan las posiciones más altas en la tabla del indicador de observancia, dado que, entre otras razones, son las únicas leyes que contemplan sanciones penales para quienes incumplan la ley. Esta característica, que es objeto de una alta ponderación en el indicador, dota a la ley de un instrumento eficaz para su debida instrumentación. Morelos también obtiene una calificación relativamente alta porque, aunque no prevé sanciones penales, su ley enuncia todas las sanciones administrativas que considera el indicador. Por último, las bajas calificaciones de estados como Nuevo León, Michoacán, San Luis Potosí y Colima se deben a que, entre otros factores, sus leyes no hacen explícita ninguna sanción administrativa (en la ley de Nuevo León ni siquiera se hace referencia a una ley de responsabilidades administrativas de los servidores públicos), ni cuentan con órganos internos que vigilen la adecuada clasificación de la información, además de que piden “pruebas documentales” para que los solicitantes inconformes presenten recursos de revisión.

5. *Índice de Evaluación de las Leyes Estatales*

La evaluación integral de cada ley de transparencia y acceso a la información pública en el ámbito estatal contempla los cuatro indicadores definidos anteriormente, de acuerdo con la fórmula (5).

$$IELE = \frac{1}{3}(C + OT + FAI)(OL) \quad (5)$$

Como puede observarse, el índice es un promedio simple de los tres primeros indicadores: los dos de cobertura (en relación con los sujetos obligados y las obligaciones de transparencia) y el de facilidad de acceso a la información. Tal promedio se multiplica por el cuarto indicador: el de observancia de la ley. Se consideró que esta fórmula es adecuada en contraste con otra que simplemente promediara a los cuatro indicadores, pues da un peso especial a los mecanismos que contempla la ley para garantizar su propio cumplimiento u observancia. Y es que de poco sirve enumerar largas listas de sujetos obligados o de obligaciones de transparencia o de procedimientos de acceso a la información, cuando están ausentes los mecanismos necesarios para asegurar el cumplimiento de la ley misma.

Un índice construido a partir de un promedio simple de los cuatro indicadores podría ser engañoso en caso de que colocara a una ley estatal en los primeros lugares de la tabla, aun cuando tal ley tuviera una calificación baja en el indicador de observancia a la ley. En este caso hipotético, en el que podría encontrarse, por ejemplo, Sonora, un índice basado sólo en un promedio no estaría reflejando la auténtica eficacia de la ley. Bajo la premisa de que es más probable que se cumplan los preceptos de una ley cuando establece mecanismos para tal fin, se consideró que parte de la eficacia de los dos indicadores de cobertura y del indicador de facilidad de acceso está en función de la eficacia del indicador de observancia a la ley. Por lo tanto, el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales se construye con base en “indicadores efectivos” de cobertura y de acceso, en el sentido de que las calificaciones de tales indicadores están en buena medida determinadas por las calificaciones que resulten del indicador de observancia a la ley.

Los “indicadores efectivos” se construyeron multiplicando los resultados de los tres primeros indicadores por el indicador de observancia a la ley. Con esa operación, los dos indicadores de observancia y el indicador de facilidad de acceso se redimensionan o, para utilizar un término económico, se “deflactan” con base en la calificación que la ley estatal obtuvo en el indicador de observancia a la ley.⁴ Una vez que se obtienen los dos “indicadores efectivos” de cobertura y el “indicador efectivo” de facilidad de acceso a la información, el promedio simple de los tres da por resultado el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales.

CUADRO 13. ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LAS LEYES ESTATALES (IELE)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del índice</i>
1	Jalisco	0.76
2	Querétaro	0.51
3	Morelos	0.50
4	Baja California Sur	0.41
5	Chihuahua	0.39
	<i>LFTAIPG (Ley Federal)</i>	<i>0.38</i>
6	México	0.35
7	Yucatán	0.34
8	Quintana Roo	0.31
9	Tlaxcala	0.30
10	Guanajuato	0.27
11	Distrito Federal	0.26

⁴ Como consecuencia, la fórmula del IELE “castiga” las calificaciones obtenidas en los dos indicadores de cobertura y en el de facilidad de acceso cuando la calificación del indicador de observancia a la ley es baja.

CUADRO 13. ÍNDICE DE EVALUACIÓN
DE LAS LEYES ESTATALES (IELE) (continuación)

<i>Posición</i>	<i>Estado</i>	<i>Valor del índice</i>
12	Colima	0.25
13	Guerrero	0.24
14	Coahuila	0.22
14	Veracruz	0.22
15	Nayarit	0.21
16	Baja California	0.20
17	Tamaulipas	0.19
17	Sinaloa	0.19
18	Sonora	0.18
18	Campeche	0.18
19	Zacatecas	0.16
19	Puebla	0.16
20	Durango	0.14
20	Aguascalientes	0.14
20	Michoacán	0.14
21	San Luis Potosí	0.12
22	Nuevo León	0.10

NOTA: La línea horizontal más gruesa indica cuáles entidades federativas están por arriba del promedio del índice (0.27) y cuáles por abajo. La desviación estándar en este índice fue de 0.14.

Como se observa en el cuadro 13, los estados cuyas leyes de transparencia obtuvieron altas calificaciones en los dos indicadores de cobertura y en el de facilidad de acceso a la información, pero que son deficientes

en lo que atañe a mecanismos para la promoción de la observancia de la ley (como es el caso de Sonora), obtienen una calificación relativamente baja en el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales. Por el contrario, estados cuyas leyes de transparencia obtienen calificaciones relativamente bajas en los dos indicadores de cobertura y en el de facilidad de acceso, pero que prevén numerosos mecanismos para la observancia de la ley (como es el caso de Veracruz), obtienen una calificación relativamente alta en el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales.

Por último, convendría abundar en el caso del Distrito Federal, pues aunque su ley obtiene prácticamente la calificación promedio del Índice de Evaluación, el avance de la transparencia en la capital del país ha sido objeto de severos cuestionamientos. En efecto, este resultado contrasta con la percepción generalizada de que en el Distrito Federal se ha desatendido por completo el ámbito de la transparencia. En este trabajo, el Índice se aplicó a la Ley de Transparencia que se reformó en 2005, la cual entró en vigor plenamente hasta marzo de 2006.

Desde su aprobación, el 18 de marzo de 2003, la Ley de Transparencia del Distrito Federal ha sido reformada cuatro veces. Las fechas de publicación de las reformas son el 31 de diciembre de 2003, el 28 de octubre de 2005, el 26 de diciembre de 2005 y el 31 de enero de 2006. Cabe señalar, sin embargo, que las dos últimas reformas sólo modificaron el artículo segundo transitorio, que se refiere al plazo para designar a los comisionados ciudadanos y al presidente del Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal.

Las reformas más importantes a la Ley de Transparencia del Distrito Federal tienen relación con el órgano encargado de vigilar la observancia de la ley. Inicialmente, la ley contemplaba como organismo que garantizaría la observancia de la ley al Consejo de Información Pública del Distrito Federal (CONSI). De acuerdo con esta primera versión de la ley, el CONSI debía integrarse con tres representantes de la administración pública del Distrito Federal, tres diputados, tres integrantes del Tribunal Superior de Justicia, tres representantes de la sociedad civil y un representante de cada uno de los órganos autónomos del Distrito Federal. El esquema inicial del CONSI generó controversias, pues se consideró que su estructura y atribuciones no favorecían la toma de decisiones imparciales.

Con la reforma publicada en diciembre de 2003, la estructura del Consejo se modificó. En esta nueva versión se establecía que el Consejo debía

integrarse por tres representantes de cada uno de los órganos Ejecutivo y Judicial, cuatro del órgano Legislativo, uno por cada órgano autónomo del Distrito Federal y tres representantes de la sociedad civil. Sin embargo, dichas reformas no fueron suficientes, pues se generaron una vez más diferencias entre los nuevos representantes. La gravedad de la situación obligó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a impulsar una nueva reforma. Así, la reforma publicada en octubre de 2005 previó la creación del Instituto de Acceso a la Información Pública del Distrito Federal, el cual se integraría por cinco representantes de la sociedad civil, denominados comisionados ciudadanos. Sin embargo, fue hasta marzo de 2006 cuando el nuevo Instituto se instaló y tomaron posesión sus nuevos comisionados. Cabe señalar que la reforma de octubre de 2005 fue muy importante, pues no solamente modificó la integración y las atribuciones del órgano encargado de vigilar la observancia de la ley, sino que además incluyó nuevas obligaciones de transparencia.

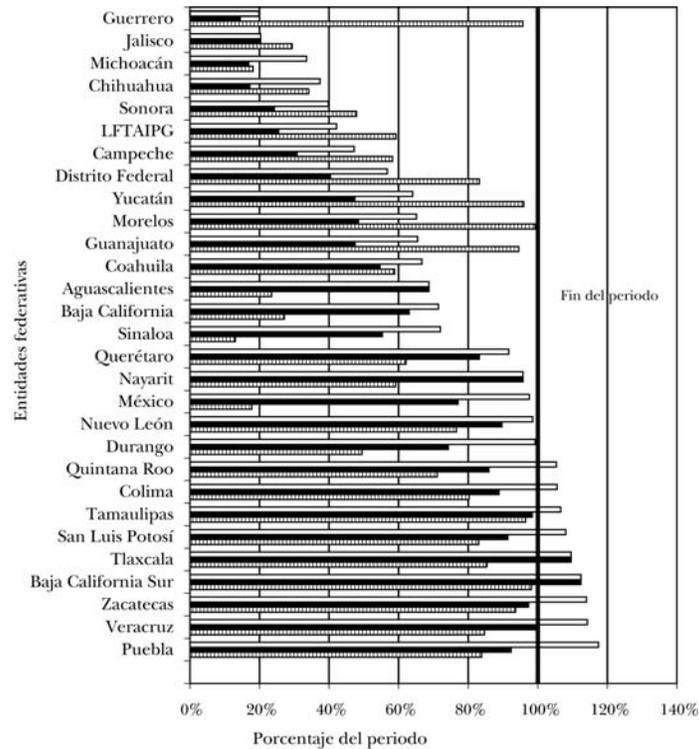
Los problemas que se suscitaron en el Distrito Federal en torno a la implementación de la Ley de Transparencia se debieron, en parte, a un deficiente diseño del órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la ley. Con la reforma de octubre de 2005, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha intentado enmendar tales deficiencias. Sin embargo, todavía es temprano para saber si el Instituto de Acceso a la Información recién creado funcionará satisfactoriamente en la práctica.

III. “LA LEY DE TRANSPARENCIA, PARA DESPUÉS”: COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO EN RELACIÓN CON TIEMPOS DE APROBACIÓN, ENTRADA EN VIGOR Y PUESTA EN PRÁCTICA DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

El ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información puede tener un impacto político considerable en el ámbito estatal cuando se combinan un diseño institucional óptimo y solicitudes de información que permitan poner al descubierto aspectos medulares de, por ejemplo, la administración de recursos en un organismo público. Con una ley de transparencia que cumpla las expectativas mínimas en términos de diseño interno puede ser relativamente sencillo colocar contra la pared a directivos corruptos o ineficientes y exhibirlos públicamente. De aquí que la puesta en práctica de la legislación en materia de transparencia pueda ser objeto

de posposiciones forzosas o retrasos deliberados por parte de los legisladores (en conjunción con las autoridades ejecutivas), para que las nuevas reglas entren en vigor o puedan aplicarse de manera efectiva hasta que los gobiernos o las legislaturas estén cerca de concluir sus mandatos o hasta que otros gobiernos u otras legislaturas inicien su gestión.

GRÁFICA 3. PORCENTAJES DE LOS PERIODOS LEGISLATIVOS Y DE GOBIERNO TRANSCURRIDOS AL MOMENTO EN QUE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA SE APRUEBAN, ENTRAN EN VIGOR Y SE HACE EFECTIVO EL DERECHO DE ACCESO



- Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento del inicio del ejercicio del derecho de acceso a la información.
- Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento de la entrada en vigor de la ley.
- ▨ Parte del periodo del Congreso transcurrido desde su instalación al momento de la aprobación de la ley.

La gráfica 3 muestra comparativamente los periodos que tuvieron que transcurrir en los gobiernos o legislaturas para que las veintiocho leyes de transparencia con que ahora se cuenta fueran aprobadas (en el caso de las legislaturas), o entraran en vigor, y el derecho de acceso pudiera ejercerse (en el caso de los gobiernos). Como se verá más adelante, los datos sugieren que en un gran número de estados, tanto los legisladores como los gobernadores podrían haber tomado decisiones para posponer o retrasar hacia el final de su periodo la aprobación de la iniciativa o la puesta en vigor y el eventual ejercicio de las leyes de transparencia.

Como puede observarse en el cuadro 14, las leyes de transparencia se aprueban, en promedio, una vez que ha transcurrido el 65% del periodo de la legislatura. En el caso del Ejecutivo esta tendencia se exagera, pues para que el derecho de acceso se haga efectivo transcurren, en promedio, cuatro quintas partes del periodo sexenal de gobierno.

CUADRO 14. PERIODOS PROMEDIO TRANSCURRIDOS PARA LA APROBACIÓN, ENTRADA EN VIGOR Y EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

	<i>Promedio</i>	<i>Desviación estándar</i>
Porcentaje del periodo del Congreso transcurrido desde su instalación al momento de la aprobación de la ley	65	29
Porcentaje del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento de la entrada en vigor de la ley	66	31
Porcentaje del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento del inicio del ejercicio del derecho de acceso a la información	79	31

De las veintiocho leyes en materia de acceso a la información, solamente tres (11%)⁵ se aprobaron, entraron en vigor e inauguraron el ejer-

⁵ Nos referimos a las leyes de Chihuahua, Jalisco y Michoacán.

cicio del derecho de acceso en una etapa temprana de la legislatura y del gobierno. En el resto de los casos, las leyes se aprobaron cerca del final del periodo del Congreso o entraron en vigor e inauguraron el ejercicio del derecho de acceso a la información cerca de la conclusión del gobierno en turno o, incluso, en el gobierno siguiente.

De acuerdo con el cuadro 15, más de la mitad de las leyes se aprobaron al final del periodo de gestión del Congreso. De hecho, la mayor parte de los Congresos aprobaron las leyes durante los últimos meses de la legislatura, lo cual podría indicar que los diputados locales pospusieron, lo más posible, su aprobación. Los casos más extremos son los de Morelos, Baja California Sur, Tamaulipas, Yucatán Guerrero, Guanajuato y Zacatecas, en los que las legislaturas aprobaron la ley durante los últimos tres meses de su gestión.

CUADRO 15. LEYES QUE SE APROBARON Y QUE ENTRARON EN VIGOR EN LA FASE FINAL DEL PERIODO DE GESTIÓN DEL CONGRESO Y/O DEL GOBIERNO

<i>Momento de aprobación de la ley</i>	<i>Número</i>	<i>Porcentaje de leyes de transparencia aprobadas en relación al total</i>
Leyes de transparencia aprobadas durante el último año de gestión del Congreso.	15	54
Leyes de transparencia que entran en vigor en el último año de gobierno o después.	14	50
Leyes de transparencia aprobadas durante el último año de gestión del Congreso y que entran en vigor durante el último año de gobierno o después.	10	36
Leyes de transparencia aprobadas durante el último año de gestión del Congreso o que entran en vigor el último año de gobierno o después.	19	68

Por otro lado, catorce Congresos estatales (50%) fijaron los plazos necesarios para que fuera hasta que estuviera a punto de concluir el gobierno en turno (Durango, Nayarit, Nuevo León, Estado de México y Querétaro) o en el gobierno siguiente (Colima, San Luis Potosí, Quintana Roo, Veracruz, Puebla, Tamaulipas, Zacatecas, Tlaxcala y Baja California Sur), cuando la ley de transparencia entrara en vigor y pudiera ejercerse. Estos datos revelan que en la mitad de los estados con leyes de transparencia y acceso a la información, el derecho de acceso no se ejerció durante la gestión de los gobernadores que estaban en el poder cuando se aprobó la ley o tal derecho cobró efectividad cuando el gobierno estaba a punto de finalizar. Tal situación impidió que, con base en el ejercicio de las nuevas leyes de acceso a la información, las autoridades ejecutivas y legislativas locales pudieran ser cuestionadas *durante el periodo de su propia gestión*. Lo anterior no obsta, por supuesto, para que los solicitantes pidan información sobre la actuación y desempeño de pasadas administraciones.

IV. CONCLUSIONES

Los resultados que arrojan el Índice de Evaluación de Leyes Estatales y los cuatro indicadores que lo componen, así como el análisis de los tiempos de aprobación, entrada en vigor e inicio del ejercicio efectivo del derecho de acceso, sugieren al menos dos ideas básicas.

En primer lugar, es indispensable que los Congresos estatales revisen las leyes de transparencia. Lo anterior, en virtud de que la calificación promedio del Índice de Evaluación de las Leyes Estatales, como aparece en el cuadro 16, es muy baja: 0.27. De hecho, solamente la ley de Jalisco obtuvo una calificación aprobatoria (0.76). La dimensión que requiere más atención es la referente a los mecanismos previstos por las leyes para garantizar su cabal observancia. El promedio de este indicador, como puede observarse en el cuadro 16, fue de 0.34, y se trata una variable crucial que determina, en gran medida, el grado de eficacia en la implementación de la ley.

Hasta ahora, en la gran mayoría de las entidades federativas, las autoridades legislativas (en conjunción con las ejecutivas) han diseñado y aprobado leyes de transparencia que, con su diseño actual, tendrán una incidencia baja o nula tanto en la conformación de un sistema institucio-

nal de rendición de cuentas como en la generación de una cultura de transparencia.

CUADRO 16. PROMEDIO Y DESVIACIÓN ESTÁNDAR DEL IELE Y DE LOS INDICADORES

	<i>Cobertura</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Observancia de la ley</i>	<i>Índice de evaluación de la ley</i>
Promedio	0.93	0.81	0.59	0.34	0.27
Desviación estándar	0.08	0.17	0.23	0.15	0.14

Por lo anterior, parecen pertinentes algunos pronunciamientos recientes a fin de que el ejercicio del derecho de acceso a la información sea uniforme a lo largo y ancho del país. Un ejemplo de lo anterior es la Declaración de Guadalajara, suscrita a finales de 2005 por los gobernadores de Chihuahua, Zacatecas y Aguascalientes. Tal Declaración se pronuncia a favor de una reforma constitucional “que plasme los mínimos de transparencia y acceso a la información que deben existir en todo el país” a fin de corregir las “las asimetrías preocupantes” que hay entre los distintos niveles de gobierno. Según la Declaración, las entidades federativas deben colocar a la transparencia y el acceso a la información “como prioridad indiscutible”, y concluye, con razón, que “el alcance de la transparencia quedaría trunco sin un entramado que abarque a todos los niveles de gobierno”. Los resultados que, en este trabajo, arroja el Índice de Evaluación de las Leyes Estatales confirman el aserto de la Declaración en relación con “las asimetrías preocupantes” que existen no sólo entre los niveles federal y estatal, sino, además, entre las propias leyes estatales.

En segundo lugar, este trabajo ofrece evidencia que sugiere que tanto los legisladores como los funcionarios del Ejecutivo realizan un esfuerzo deliberado para posponer la puesta en marcha de las leyes de transparencia. Como se mencionó previamente, tal retraso permite suponer que, en general, las autoridades evitan que las leyes puedan convertirse en un

instrumento a través del cual los ciudadanos o los medios puedan cuestionar su gestión *antes de que ellos abandonen el cargo*.

Por otra parte, el hecho de que en tan sólo cuatro años se hayan aprobado 28 de las 32 leyes locales plantea la posibilidad de que los políticos perciban que la promoción activa y eventual promulgación de legislación en materia de transparencia les brinda rendimientos electorales. En otras palabras, es posible que la aprobación de leyes de transparencia hacia el final de los periodos de gestión, tanto de los legisladores como de los gobernadores, responda, además, a la intención de mejorar la imagen de las autoridades y de sus partidos durante los procesos electorales que tienen lugar, comúnmente, al concluir los periodos de su gestión.

V. BIBLIOGRAFÍA

Estudio comparativo de leyes de acceso a la información pública, México, Instituto Federal de Acceso a la Información, diciembre de 2005, 61 pp.

VI. ANEXOS

ANEXO 1. GOBERNADORES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS AL MOMENTO DE APROBAR LA LEY

<i>Entidad</i>	<i>Gobernador al momento de aprobar la ley</i>	<i>Partido o coalición del gobernador</i>
Aguascalientes	Felipe González González	PAN
Baja California	Eugenio Elorduy Walther	PAN-PVEM
Baja California Sur	Leonel Cota Montaña	PRD-PT
Campeche	Jorge Carlos Hurtado Valdez	PRI
Chihuahua	José Reyes Baeza Terrazas	PRI
Coahuila	Enrique Martínez y Martínez	PRI
Colima	Fernando Moreno Peña	PRI

ANEXO 1. GOBERNADORES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS
AL MOMENTO DE APROBAR LA LEY (continuación)

<i>Entidad</i>	<i>Gobernador al momento de aprobar la ley</i>	<i>Partido o coalición del gobernador</i>
Distrito Federal	Andrés Manuel López Obrador	PRD
Durango	Ángel Sergio Guerrero Mier	PRI
Guanajuato	Juan Carlos Romero Hicks	PAN
Guerrero	Carlos Zeferino Torreblanca Galindo	PRD
Jalisco	Francisco Ramírez Acuña	PAN
México	Arturo Montiel Rojas	PRI
Michoacán	Lázaro Cárdenas Batel	PRD
Morelos	Sergio Estrada Cajigal	PAN
Nayarit	Antonio Echevarría Domínguez	PRD-PT-PAN
Nuevo León	Fernando Elizondo Barragán	PAN
Puebla	Melquiades Morales Flores	PRI
Querétaro	Ignacio Loyola Vera	PAN
Quintana Roo	Joaquín Hendricks Díaz	PRI
San Luis Potosí	Fernando Silva Nieto	PRI
Sinaloa	Juan S. Millán Lizárraga	PRI
Sonora	Eduardo Bours Castelo	PRI
Tamaulipas	Tomás Yarrington Ruvalcaba	PRI
Tlaxcala	Alfonso Sánchez Anaya	PRD-PT
Veracruz	Miguel Alemán Velasco	PRI
Yucatán	Patricio Patrón Laviada	PAN
Zacatecas	Ricardo Monreal Ávila	PRD-PT

ANEXO 2. INDICADORES, ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LAS LEYES ESTATALES
Y DESVIACIÓN ESTÁNDAR DE LOS INDICADORES

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Indicadores de cobertura</i>		<i>Indicadores</i>		<i>IELE</i>	<i>Desviación estándar de los indicadores</i>
	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Promoción de la observancia de la ley</i>		
Federal	0.71	0.76	0.88	0.48	0.38	0.16
Aguascalientes	1.00	0.52	0.38	0.22	0.14	0.34
Baja California	0.89	0.80	0.75	0.25	0.20	0.29
Baja California Sur	1.00	1.00	0.38	0.52	0.41	0.32
Campeche	0.89	0.76	0.63	0.24	0.18	0.28
Chihuahua	1.00	1.00	1.00	0.39	0.39	0.31
Coahuila	1.00	0.96	0.63	0.26	0.22	0.35
Colima	1.00	1.00	0.63	0.29	0.25	0.34
Distrito Federal	0.86	0.84	1.00	0.29	0.26	0.31
Durango	0.89	0.64	0.50	0.21	0.14	0.28

**ANEXO 2. INDICADORES, ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LAS LEYES ESTATALES
Y DESVIACIÓN ESTÁNDAR DE LOS INDICADORES (continuación)**

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Indicadores de cobertura</i>		<i>Indicadores</i>		<i>IELE</i>	<i>Desviación estándar de los indicadores</i>
	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Promoción de la observancia de la ley</i>		
Guanajuato	0.78	0.83	0.75	0.34	0.27	0.22
Guerrero	0.78	0.80	0.38	0.38	0.24	0.24
Jalisco	1.00	0.96	0.88	0.80	0.76	0.09
México	0.78	0.76	0.75	0.46	0.35	0.15
Michoacán	1.00	0.88	0.38	0.19	0.14	0.39
Morelos	1.00	0.92	0.75	0.56	0.50	0.19
Nayarit	0.89	0.76	0.50	0.29	0.21	0.27
Nuevo León	0.89	0.48	0.25	0.19	0.10	0.32
Puebla	0.78	0.60	0.50	0.26	0.16	0.22
Queretaro	1.00	0.96	0.63	0.59	0.51	0.22
Quintana Roo	0.89	0.92	0.88	0.35	0.31	0.27

ANEXO 2. INDICADORES, ÍNDICE DE EVALUACIÓN DE LAS LEYES ESTATALES
Y DESVIACIÓN ESTÁNDAR DE LOS INDICADORES (continuación)

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Indicadores de cobertura</i>		<i>Indicadores</i>		<i>IELE</i>	<i>Desviación estándar de los indicadores</i>
	<i>Sujetos obligados</i>	<i>Obligaciones de transparencia</i>	<i>Facilidad de acceso a la información</i>	<i>Promoción de la observancia de la ley</i>		
San Luis Potosí	0.89	0.84	0.13	0.19	0.12	0.41
Sinaloa	1.00	0.88	0.50	0.24	0.19	0.35
Sonora	1.00	0.96	1.00	0.19	0.18	0.40
Tamaulipas	0.89	0.80	0.50	0.27	0.19	0.29
Tlaxcala	1.00	0.80	0.50	0.39	0.30	0.28
Veracruz	0.89	0.28	0.50	0.39	0.22	0.27
Yucatán	1.00	0.83	0.75	0.40	0.34	0.26
Zacatecas	1.00	0.84	0.25	0.23	0.16	0.40

NOTA: Con la desviación estándar de los indicadores se mide qué tan equilibrada o desequilibrada es la ley: mientras más se acerque a cero, se considera que es más equilibrada.

ANEXO 3. FECHAS RELEVANTES PARA EL PROCESO
DE APROBACIÓN DE LEYES

<i>Entidad</i>	<i>Fecha de aprobación de la ley en el Congreso</i>	<i>Fecha de instalación de la Legislatura</i>	<i>Fecha de toma de protesta del gobernador</i>
Aguascalientes	30 de julio de 2002	15 de noviembre de 2001	1o. de diciembre de 1998
Baja California	25 de julio de 2005	1o. de octubre de 2004	1o. de noviembre de 2001
Baja California Sur	23 de febrero de 2005	15 de marzo de 2002	5 de abril de 1999
Campeche	30 de junio de 2005	<i>1o. de octubre de 2003</i>	<i>16 de septiembre de 2003</i>
Chihuahua	10 de octubre de 2005	<i>1o. de octubre de 2004</i>	<i>4 de octubre de 2004</i>
Coahuila	8 de octubre de 2003	1o. de enero de 2002	1o. de diciembre de 2000
Colima	28 de febrero de 2003	1o. de octubre de 2000	1o. de noviembre de 1997
Distrito Federal	18 de marzo de 2003	<i>17 de septiembre de 2000</i>	<i>5 de diciembre de 2000</i>
Durango	25 de febrero de 2003	1o. de septiembre de 2001	15 de septiembre de 1998
Guanajuato	28 de julio de 2003	<i>25 de septiembre de 2000</i>	<i>26 de septiembre de 2000</i>
Guerrero	29 de septiembre de 2005	15 de noviembre de 2002	1o. de abril de 2005

ANEXO 3. FECHAS RELEVANTES PARA EL PROCESO
DE APROBACIÓN DE LEYES (continuación)

<i>Entidad</i>	<i>Fecha de aprobación de la ley en el Congreso</i>	<i>Fecha de instalación de la Legislatura</i>	<i>Fecha de toma de protesta del gobernador</i>
Jalisco	20 de diciembre de 2001	1o. de febrero de 2000	1o. de marzo de 2001
México	18 de marzo de 2004	5 de septiembre de 2003	16 de septiembre de 1999
Michoacán	2 de agosto de 2002	<i>15 de enero de 2002</i>	<i>15 de febrero de 2002</i>
Morelos	25 de agosto de 2003	<i>1o. de septiembre de 2000</i>	<i>1o. de octubre de 2000</i>
Nayarit	27 de mayo de 2004	18 de agosto de 2002	19 de septiembre de 1999
Nuevo León	20 de diciembre de 2002	1o. de septiembre de 2000	4 de octubre de 1997
Puebla	22 de julio de 2004	15 de enero de 2002	1o. de febrero de 1999
Querétaro	8 de agosto de 2002	26 de septiembre de 2000	1o. de octubre de 1997
Quintana Roo	13 de mayo de 2004	26 de marzo de 2002	5 de abril de 1999
San Luis Potosí	13 de marzo de 2003	14 de septiembre de 2000	26 de septiembre de 1997
Sinaloa	23 de abril de 2002	1o. de diciembre de 2001	1o. de enero de 1999

ANEXO 3. FECHAS RELEVANTES PARA EL PROCESO
DE APROBACIÓN DE LEYES (continuación)

<i>Entidad</i>	<i>Fecha de aprobación de la ley en el Congreso</i>	<i>Fecha de instalación de la Legislatura</i>	<i>Fecha de toma de protesta del gobernador</i>
Sonora	22 de febrero de 2005	<i>16 de septiembre de 2003</i>	<i>13 de septiembre de 2003</i>
Tamaulipas	24 de noviembre de 2004	1o. de enero de 2002	1o. de enero de 1999
Tlaxcala	5 de agosto de 2004	14 de enero de 2002	15 de enero de 1999
Veracruz	21 de mayo de 2004	5 de noviembre de 2001	1o. de diciembre de 1998
Yucatán	18 de mayo de 2004	<i>1o. de julio de 2001</i>	<i>1o. de agosto de 2001</i>
Zacatecas	7 de julio de 2004	15 de septiembre de 2001	12 de septiembre de 1998

NOTA: las fechas en cursivas indican que en esos estados el Congreso y el gobernador iniciaron labores en fechas cercanas.

ANEXO 4. FECHAS RELEVANTES DE APROBACIÓN, ENTRADA
EN VIGOR E INICIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

<i>Entidad</i>	<i>Parte del periodo del Congreso transcurrido desde su instalación al momento de la aprobación de la ley</i>	<i>Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento de la entrada en vigor de la ley</i>	<i>Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento del inicio del ejercicio del derecho de acceso a la información</i>
Puebla	83.9%	92.4%	117.5%
Veracruz	84.7%	100.4%	114.2%
Zacatecas	93.6%	97.4%	114.0%
Baja California Sur	98.2%	112.4%	112.4%
Tlaxcala	85.2%	109.6%	109.6%
San Luis Potosí	83.0%	91.4%	108.1%
Tamaulipas	96.5%	98.4%	106.6%
Colima	80.3%	88.9%	105.6%
Quintana Roo	71.1%	86.0%	105.4%
Durango	49.5%	74.3%	99.2%
Nuevo León	76.6%	89.7%	98.5%
México	17.8%	77.1%	97.6%
Nayarit	59.1%	95.8%	95.8%
Querétaro	62.1%	83.2%	91.6%
Sinaloa	13.0%	55.3%	72.0%
Baja California	27.1%	63.0%	71.4%

**ANEXO 4. FECHAS RELEVANTES DE APROBACIÓN, ENTRADA
EN VIGOR E INICIO DEL EJERCICIO DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (continuación)**

<i>Entidad</i>	<i>Parte del periodo del Congreso transcurrido desde su instalación al momento de la aprobación de la ley</i>	<i>Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento de la entrada en vigor de la ley</i>	<i>Parte del periodo del gobernador transcurrido desde su toma de protesta al momento del inicio del ejercicio del derecho de acceso a la información</i>
Aguascalientes	23.4%	68.7%	68.7%
Coahuila	58.9%	54.6%	66.7%
Guanajuato	94.5%	47.5%	65.5%
Morelos	99.3%	48.4%	65.1%
Yucatán	96.0%	47.4%	64.0%
Distrito Federal	83.2%	40.4%	56.7%
Campeche	58.2%	30.8%	47.2%
LFTAIPG	59.2%	25.5%	42.1%
Sonora	47.9%	24.3%	39.8%
Chihuahua	34.1%	17.2%	37.4%
Michoacán	18.2%	16.9%	33.5%
Jalisco	29.4%	20.4%	20.4%
Guerrero	95.7%	14.4%	19.9%
<i>Promedio*</i>	65.0%	65.9%	78.7%
<i>Desviación estándar*</i>	28.7%	31.0%	30.6%

* En el cálculo no se tomó en cuenta la Ley Federal.

MUCHAS POLÍTICAS Y UN SOLO DERECHO

Mauricio MERINO

SUMARIO: I. *Introducción: la diferencia entre la política y el derecho.* II. *Tres diferencias sustantivas en el derecho de acceso a la información.* III. *En busca de una gestión pública transparente.* IV. *Conclusiones: muchas políticas y un solo derecho.*

I. INTRODUCCIÓN: LA DIFERENCIA ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO

Al revisar la situación que guardan las leyes de acceso a la información pública que se han promulgado en México hasta febrero de 2006, lo primero que salta a la vista es que las entidades federativas han afrontado el desafío de la transparencia de modos muy diferentes. No me refiero tanto a la oportunidad —pues hasta esa fecha solamente cuatro estados no contaban con una legislación específica en la materia, mientras que en tres más las leyes respectivas aún no habían entrado en vigor— cuanto al contenido de las normas ya promulgadas. Estamos ante dos extremos contrapuestos: de un lado, ante una política pública claramente diferenciada por el origen local de esas leyes, que ha respondido a la mejor lógica del federalismo. Pero en el otro extremo estamos también ante un diseño normativo que ha impedido el cumplimiento igualitario de un derecho fundamental para todos los mexicanos. Este artículo aboga por la búsqueda de un punto intermedio: de un lado, por la construcción de una base constitucional común, capaz de garantizar que ese derecho se cumpla en condiciones de igualdad en todo el país; y de otro, por la recuperación del sentido federalista de la política de transparencia propiamente dicha.

Para ese propósito, es crucial distinguir entre el derecho de acceso a la información y la política de transparencia. El primero se desprende del largo recorrido por el que transitó la interpretación de las reformas al artículo 6o. constitucional, relativas al derecho a la información, desde que éstas se promulgaron en 1977 y hasta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó, casi cuatro lustros después, que efectivamente existía ese derecho que le permitía a los mexicanos conocer la información producida y controlada por los poderes públicos. Y si bien debía ser normado por las leyes secundarias, su reconocimiento por el máximo tribunal constitucional del país permitió quebrar el secreto con el que se había protegido la información generada por el gobierno durante toda la historia de la administración pública mexicana y avanzar en el diseño de las nuevas leyes que se han promulgado hasta ahora.¹

La política de transparencia, en cambio, 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.² De modo que esta segunda entrada al tema reclama una política pública definida, capaz de responder a los problemas que se derivan de las asimetrías de información en la acción pública y de vincular las decisiones tomadas por los distintos gobiernos con la mayor transparencia posible. Así pues, mientras que el derecho de acceso a la información pública ha de ser universal para todos los ciudadanos, la política de transparencia ha de responder a las características propias de los

¹ Véase, al respecto, el minucioso relato de Sergio López-Ayllón sobre la evolución de los criterios de interpretación adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre 1977 y 2000 en *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. 34-47.

² Sobre estas tres cualidades, remito al lector a la caracterización que formula Nora Rabotnikof sobre el espacio público. Para esa autora, es público el espacio que nos pertenece a todos, y por tanto no tiene una naturaleza privada; es público también el espacio que debe ser potencialmente conocido por todos, y que por tanto no es oculto; y el que ha de ser accesible a todos, y en consecuencia no es excluyente. De aquí se desprende también una ética del espacio público, entendida como un esfuerzo deliberado por evitar la apropiación ilegítima de lo que debe pertenecer a todos (que es el principio de la corrupción); el ocultamiento de la información que todos deberíamos conocer (que es el principio del patrimonialismo), y la exclusión de las decisiones o de las acciones en las que todos deberíamos tener cabida (que es el principio de la discriminación). *Cfr. En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*, México, UNAM, 2005.

gobiernos. Si la primera supone un conjunto de garantías para afirmar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la segunda exige un proceso de adaptación diferenciado entre los gobiernos que componen la federación, dadas las condiciones organizacionales propias de cada uno. Y de ahí la importancia de diferenciar esas dos entradas: de un lado, porque resulta inaceptable que el cumplimiento de un derecho universal esté condicionado por razones organizacionales o incluso políticas derivadas de las normas que se han producido en cada entidad federativa; pero de otro, porque una política pública especialmente compleja como la de transparencia no podría ser desarrollada de modo uniforme en todo el país, ni tener éxito estando al margen de las características específicas de los gobiernos que han de ponerla en acción.

La construcción de una combinación acertada entre esas dos exigencias no será una tarea sencilla. Y menos todavía cuando las cosas han comenzado exactamente al revés. Es decir, cuando en sus orígenes el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública se encuentra fragmentado en veintiocho normas estatales y una federal (sin contar las reglas específicas que se han dado a sí mismos los órganos autónomos del Estado y los poderes que no están obligados a seguir los mismos parámetros establecidos en esas legislaciones), mientras que la política de transparencia todavía no logra definir sus perfiles propios ni concebirse como un asunto que merece la mayor atención por parte de los poderes públicos. De hecho, esta última sigue entendiéndose, en buena medida, como algo que se realiza a través de la garantía de acceso a la información pública, cuando en realidad supone un esfuerzo organizacional de mucho mayor calado.

En el siguiente apartado estudiaremos las consecuencias más evidentes de la fragmentación normativa que ha ocurrido hasta ahora en México. Y en un inciso posterior trataré de explicar las razones por las que es necesario comprender el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública de una manera distinta a la definición de una política destinada a la transparencia.

Finalmente, este trabajo cierra con una síntesis de esas ideas y las conclusiones que se derivan de ellas.

II. TRES DIFERENCIAS SUSTANTIVAS EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

1. *Primera diferencia: el elemento pasivo*

Solamente para efectos analíticos, supongamos que el derecho de acceso a la información pública tiene al menos tres elementos: uno que podríamos llamar pasivo (desde el punto de vista de los ciudadanos), y que se refiere a las obligaciones que asumen los poderes públicos en relación con la información que producen y que deben poner a disposición de la sociedad sin que ésta lo requiera por medio de un procedimiento específico. El elemento pasivo del derecho a la información no debe confundirse con las políticas de comunicación social que forman parte de la acción pública, a través de las cuales los gobiernos intentan influir en la conformación de la agenda pública.

Si bien la tarea de comunicar las decisiones y las acciones de los gobiernos no puede separarse del todo del derecho de los ciudadanos a conocer la información que produce el gobierno, al que me refiero alude más bien al esfuerzo que deben hacer los gobiernos para publicar la información que producen de manera cotidiana, accesible y gratuita. El elemento pasivo del derecho a la información no está en la estrategia que siguen los distintos gobiernos para persuadir a los ciudadanos sobre las bondades de sus políticas, sino que supone la obligación de los poderes públicos para poner a disposición de la sociedad toda la información sobre el modo en que se están utilizando los recursos y sobre la forma en que se están construyendo las decisiones públicas.

Es un elemento pasivo en tanto que se trata de información que no requiere de ningún tipo de procedimiento de solicitud por parte de los ciudadanos para ser publicada: un derecho que se realiza sin necesidad de actuación alguna por los ciudadanos. Y su cumplimiento debería sujetarse al principio de igualdad plena ante el derecho; es decir, debería garantizarse en condiciones iguales para todos los mexicanos, más allá de su lugar de origen o de residencia. Sin embargo, como podemos ver en el cuadro 1, la existencia de distintas normas de acceso a la información en cada entidad contradice ese principio.

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Facultades de cada unidad administrativa</i>	Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Baja California, Guerrero, Veracruz
<i>Domicilio de unidad de enlace</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Veracruz
<i>Metas y objetivos de unidades administrativas</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, San Luis Potosí, Quintana Roo, Sonora, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Campeche, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz
<i>Servicios que ofrece</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas	México, Nuevo León

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Trámites, requisitos y formatos</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán	México, Michoacán, Nuevo León, Veracruz, Zacatecas
<i>Presupuesto asignado y ejecutado</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Durango, San Luis Potosí, Sinaloa, Veracruz
<i>Resultados de las auditorías</i>	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Nuevo León, Tamaulipas, Veracruz
<i>Programas de subsidio que operen</i>	Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California, Campeche, Durango, Nuevo León, San Luis Potosí, Veracruz

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Concesiones, permisos o autorizaciones otorgadas</i>	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Zacatecas	Aguascalientes, Guanajuato (sólo las reglas), Yucatán (sólo las reglas), Veracruz
<i>Contratos celebrados</i>	Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán	Aguascalientes, Baja California, Guanajuato (sólo obra pública), Nuevo León, Puebla, Veracruz, Zacatecas
<i>Informes que por disposición legal genere</i>	Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Campeche, Distrito Federal, Durango, Nuevo León, Veracruz
<i>Mecanismos de participación ciudadana</i>	Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Nayarit, Nuevo León, Tamaulipas, Yucatán

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Sentencias y resoluciones que hayan causado Estado</i>	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Morelos, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán	Aguascalientes, Coahuila, Durango, México, Michoacán, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Zacatecas
<i>Informes de los partidos políticos</i>	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Nayarit, Puebla, Tamaulipas, Veracruz
<i>Estados financieros y balances generales</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Jalisco, México, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Zacatecas	Durango, Guanajuato, Michoacán, Nayarit, Puebla, Veracruz, Yucatán
<i>Cuenta pública</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Durango, Nayarit, Puebla, Quintana Roo, Tamaulipas, Veracruz

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Aplicación de fondos auxiliares especiales</i>	Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tamaulipas, Yucatán	Aguascalientes, Campeche, Distrito Federal, Durango, Guerrero, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas
<i>Controversias entre los poderes públicos</i>	Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Michoacán, Morelos, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Zacatecas	Aguascalientes, Baja California, Campeche, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán
<i>Iniciativas presentadas al Congreso y sus dictámenes</i>	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Durango, Nuevo León, Puebla, Veracruz

CUADRO 1. INFORMACIÓN PÚBLICA OBLIGATORIA EN LAS LEYES ESTATALES MEXICANAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Información pública obligatoria</i>	<i>Leyes que SÍ la consideran</i>	<i>Leyes que NO la consideran</i>
<i>Convocatorias a concursos o licitaciones y su resultado</i>	Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Zacatecas	Guanajuato, Nayarit, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán
<i>Entrega de recursos públicos, destinatarios y uso</i>	Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Yucatán, Zacatecas	Aguascalientes, Campeche, Distrito Federal, México, Morelos, Nuevo León, Puebla, Tlaxcala, Veracruz

FUENTE: Elaboración propia, con datos del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).

No es oportuno por el momento hacer un análisis detallado de la información presentada en el cuadro anterior. Pero el lector podrá observar, incluso a golpe de vista, que no existe todavía un criterio común acerca de la información que los gobiernos y los poderes públicos deberían presentar de manera accesible y gratuita al escrutinio público permanente. Ni siquiera puede afirmarse que hay uniformidad en lo que se refiere a la publicidad sobre el uso de los recursos públicos asignados y ejercidos por los poderes públicos, o sobre las metas y los objetivos que persiguen los distintos órganos que actúan a nombre del pueblo. En este sentido, un ciudadano que habite en Veracruz, por ejemplo, tendrá mucha menos información que otro residente en Aguascalientes, mientras que los habitantes de Chiapas, Hidalgo, Oaxaca o Tabasco dependerán de manera absoluta de la voluntad política de sus respectivos gobiernos, pues en esas cuatro entidades todavía no se han promulgado leyes de acceso obligado a la información pública.

Este elemento, que hemos llamado pasivo, marca así una primera diferencia de fondo en el derecho de acceso a la información pública que no debe pasar inadvertida. Si se trata en efecto de un derecho fundamental, no debería existir en principio ninguna razón para que el origen o la residencia de los ciudadanos determinen qué tipo de información pública tendrán a su alcance, sin recurrir a una instancia de arbitraje para lograr obtenerla.

2. Segunda diferencia: el elemento activo

Ahora bien, en el supuesto de que la información pública que requiera el ciudadano no esté disponible de manera permanente y gratuita, el derecho de acceso a la información pública debe contemplar la existencia de medios procesales suficientes para que los poderes públicos la provean mediante la actuación de los ciudadanos interesados en obtenerla. A ese conjunto de trámites que eventualmente pueden llevar a revelar datos que de otro modo permanecerían ocultos podríamos llamarle el elemento activo del derecho de acceso a la información. Y con los mismos argumentos ya presentados en el inciso anterior, puede afirmarse que no debería existir ninguna razón válida para que los recursos y los procedimientos destinados a garantizar que el ciudadano pueda acceder a la información pública que reclama sean diferentes en cada entidad federativa. En rigor, la garantía de cumplimiento de un derecho fundamental para todos los

ciudadanos no tendría por qué someterse a criterios procesales diferenciados. Y sin embargo, como se muestra en los cuadros 2 y 3, esas diferencias son todavía muy amplias.

CUADRO 2. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN SOBRE SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO, HASTA FEBRERO DE 2006

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Nombre de la reconsideración</i>	<i>Presentar en dependencia o entidad</i>	<i>Plazo para presentar la reconsideración</i>	<i>Tiempo total de respuesta</i>
Baja California Sur	Solicitud de rectificación	Ante la propia autoridad	5 días hábiles	5 días hábiles
Chihuahua	Solicitud de aclaración	Ante la unidad de enlace del sujeto obligado	10 días hábiles	10 días hábiles
Coahuila	Recurso de reconsideración	Ante el superior jerárquico de la entidad	10 días hábiles	10 días hábiles
Colima	Recurso de inconformidad	Ante el titular de la entidad	10 días hábiles	15 días hábiles
Durango	Recurso de inconformidad	Ante el titular del ente público	15 días hábiles	15 días hábiles
Guanajuato	Recurso de inconformidad	Ante el director general del Instituto de Acceso a la Información	15 días hábiles	17 días hábiles
Guerrero	Queja	Comisión para el Acceso a la Información Pública	3 días hábiles	6 días hábiles
	Recurso de reconsideración	Titular del sujeto obligado	5 días hábiles	10 días hábiles

CUADRO 2. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN SOBRE SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Nombre de la reconsideración</i>	<i>Presentar en dependencia o entidad</i>	<i>Plazo para presentar la reconsideración</i>	<i>Tiempo total de respuesta</i>
Michoacán	Recurso de inconformidad	Ante el titular de la entidad	10 días hábiles	10 días hábiles
Nuevo León	Recurso de reconsideración	Ante la propia autoridad	10 días	5 días
Querétaro	Reclamación	Ante la propia autoridad	5 días hábiles	5 días
Sinaloa	Recurso de inconformidad	Titular de la entidad pública	10 días hábiles	10 días hábiles
Tamaulipas	Recurso de inconformidad	Ante el titular del ente público o su representante jurídico en caso de ser colegiado. Las dependencias y entidades del Ejecutivo, ante la Contraloría Gubernamental	5 días hábiles	10 días hábiles
Yucatán	Recurso de inconformidad	Secretario ejecutivo del Instituto Estatal de Acceso a la Información Pública	15 días hábiles	25 días hábiles

FUENTE: Elaboración propia, con datos proporcionados por el IFAI.

CUADRO 3. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE REVISIÓN
PRESENTADO ANTE LOS ÓRGANOS RESPONSABLES DEL ARBITRAJE
DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA,
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO,
HASTA FEBRERO DE 2006

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Plazo para interponer el recurso</i>	<i>Plazo mínimo establecido de atención al recurso</i>
Federal	15 días hábiles	50 días hábiles
Aguascalientes	No lo establece la ley	No lo establece la ley
Baja California	No lo establece la ley	No lo establece la ley
Baja California Sur	15 días hábiles	25 días hábiles
Campeche	15 días hábiles	10 días hábiles
Chihuahua	15 días hábiles	30 días hábiles
Coahuila	10 días hábiles a partir de la notificación del acto	10 días hábiles
Colima	10 días hábiles	15 días hábiles
Distrito Federal	15 días hábiles	15 días hábiles
Durango	15 días hábiles	15 días hábiles
Guanajuato	10 días hábiles	30 días hábiles
Guerrero	5 días hábiles	8 días hábiles
Jalisco	7 días hábiles siguientes a la notificación del Instituto sobre la resolución de la revisión oficiosa	5 días hábiles
México	15 días hábiles	30 días hábiles
Michoacán	10 días hábiles	10 días hábiles
Morelos	30 días hábiles	30 días hábiles

CUADRO 3. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE REVISIÓN PRESENTADO ANTE LOS ÓRGANOS RESPONSABLES DEL ARBITRAJE DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO, HASTA FEBRERO DE 2006 (continuación)

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Plazo para interponer el recurso</i>	<i>Plazo mínimo establecido de atención al recurso</i>
Nayarit	10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación	20 días hábiles
Nuevo León	10 días	10 días
Puebla	10 días hábiles	50 días hábiles
Querétaro	15 días hábiles	15 días hábiles
Quintana Roo	15 días hábiles	30 días hábiles
San Luis Potosí	10 días hábiles	No lo establece la ley
Sinaloa	10 días hábiles	10 días hábiles
Sonora	15 días hábiles	18 días hábiles
Tamaulipas	Los plazos se normarán por las disposiciones que rijan el funcionamiento del Tribunal Fiscal del estado	Los plazos se normarán por las disposiciones que rijan el funcionamiento del Tribunal Fiscal del estado
Tlaxcala	10 días hábiles	10 días hábiles
Veracruz	No lo establece la ley	No lo establece la ley
Yucatán	10 días hábiles	40 días hábiles
Zacatecas	10 días hábiles	30 días hábiles

FUENTE: Elaboración propia, con datos proporcionados por el IFAI.

Como puede observarse, no solamente estamos ante denominaciones distintas sino, sobre todo, ante procedimientos que varían muy considerablemente de una entidad a otra y que limitan o amplían, según el caso, la posibilidad objetiva de que los ciudadanos finalmente se alleguen de la información pública que eventualmente les haya sido negada. Por otra parte, basta apreciar los datos comparados que se presentan en los dos cuadros anteriores para advertir que, además, el tiempo que debe invertirse para recurrir a los recursos procesales que contemplan las leyes varía significativamente entre entidades distintas. Y en algunas de ellas, aun contando con legislaciones específicas en la materia, ni siquiera existen plazos mínimos para agotar los recursos que se ponen a disposición de los ciudadanos.

El análisis del elemento activo del derecho de acceso a la información pasa, por otra parte, por una larga lista de cuestiones reglamentarias que incluyen también los costos en los que debe incurrir el ciudadano y por los trámites que debe cubrir para estar en condiciones de activar su derecho a saber de las decisiones y las acciones tomadas por los poderes públicos. Y todo eso sin contar las restricciones que las propias leyes estatales establecen para los distintos sujetos obligados en cada entidad. El elemento activo de ese derecho, además, ha de contar con el respaldo de las instituciones públicas encargadas de salvaguardar su cumplimiento y cuyas características vuelven a diferir entre las distintas entidades federativas.

En el siguiente inciso me referiré al elemento coactivo cuyo cumplimiento descansa en esas instituciones. Pero en este punto lo que me interesa subrayar es que los distintos diseños que han adoptado los estados de la federación al crear órganos encargados de velar por el derecho de acceso a la información no son ajenos a su eficacia. En otro lugar he analizado con más detalle las características organizacionales de esos órganos y sus consecuencias para la garantía de acceso a la información pública.³ Para los propósitos de este trabajo no es necesario ir hasta ese detalle: me basta con subrayar que las características y las cualidades de esos órganos pueden resultar cruciales para darle validez práctica a ese derecho fundamental.

³ 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, 2005, col. Sinergia.

3. Tercera diferencia: el elemento coactivo

Entre esas cualidades, sin embargo, me interesa destacar especialmente las que están vinculadas de manera directa con la garantía del derecho fundamental, en tanto que integran su elemento coactivo; me refiero a las facultades que las leyes conceden a los órganos estatales de acceso a la información pública para establecer criterios de clasificación de la información pública y para sancionar a los funcionarios que eventualmente se nieguen a cumplir con la ley. Se trata de un elemento central del derecho, pues de él depende la efectividad de las normas. Como se sabe, la ausencia de ese elemento coactivo produce la imperfección de la ley, pues su cumplimiento pierde carácter obligatorio para convertirse en asunto de voluntades políticas.

En este tercer sentido, la comparación entre las distintas leyes estatales de acceso a la información que se han promulgado hasta ahora muestra una vez más que ese derecho no se está cumpliendo de manera igual en todo el territorio de México, y revela, incluso, que en algunas entidades simplemente resulta imposible asegurar que se cumpla en absoluto, en tanto que los órganos responsables carecen de facultades para ordenar que se entregue la información pública a la que los ciudadanos tienen derecho o de producir sanciones para quien no lo haga. Es notable, como se muestra en el cuadro 4, que en esa situación se encuentra la mayoría de los órganos estatales.

Cabe señalar que en la mayor parte de los casos se aduce que los órganos estatales de acceso a la información pública no cuentan con esas facultades porque no cumplen funciones jurisdiccionales ni están dotados de los medios jurídicos indispensables para emitir decisiones de carácter coactivo. Y de ahí que cuando se verifica un incumplimiento, esos órganos estén generalmente obligados a convertirse en parte acusadora ante las instancias de control y sanción administrativa que ya existen en las propias dependencias donde se ha negado la información, para que éstas desahoguen los procedimientos pertinentes conforme a las leyes de responsabilidades aplicables en cada entidad. Pero ese mismo procedimiento habla por sí mismo de las limitaciones que enfrenta el cumplimiento cabal del derecho de acceso a la información pública y confirma la tesis que aquí se ha seguido: si un derecho fundamental no está garantizado en

condiciones de igualdad para todos los ciudadanos, no puede afirmarse que ese derecho se esté cumpliendo.

CUADRO 4. FACULTADES COACTIVAS Y DE SANCIÓN
DE LOS ÓRGANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO
ANTE LA NEGACIÓN DEL DERECHO

<i>Atribuciones del órgano de acceso a la información pública</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que sí lo consideran</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que no lo consideran</i>
Ordenar que los sujetos obligados entreguen información	Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Yucatán, Zacatecas	Baja California, Baja California Sur, Distrito Federal, México, Sonora, Tlaxcala
Sancionar a los sujetos obligados	Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Morelos, Nuevo León, Quintana Roo, Sinaloa, Yucatán	Baja California, Baja California Sur, Campeche, Distrito Federal, Durango, Jalisco, México, Michoacán, Nayarit, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Zacatecas

FUENTE: Elaboración propia, con datos proporcionados por el IFAI.

Y aun dentro de ese ámbito reservado a las responsabilidades administrativas, todavía cabe advertir que no todas las leyes estatales en la materia facultan a los órganos encargados de hacerlas cumplir para establecer procedimientos de acceso a la información o normas sobre el manejo de archivos. Lo que en la práctica significa que los órganos que producen la información pública están en condiciones de fijar sus propios criterios para decidir sobre la forma en que habrá de manejarse y controlarse, desde su origen hasta su posible clasificación como reservada o confidencial.

CUADRO 5. FACULTADES DE LOS ÓRGANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO, PARA ORGANIZAR ARCHIVOS Y FIJAR PROCEDIMIENTOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006

<i>Atribuciones del órgano de acceso a la información pública</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que sí lo consideran</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que no lo consideran</i>
Establecer el procedimiento de acceso a la información	Campeche, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Jalisco, México (para dependencias, organismos auxiliares y fideicomisos de la administración pública estatal, incluida la Procuraduría), Nayarit, Querétaro (proponer a las autoridades medidas pertinentes para garantizar el acceso a la información pública), Quintana Roo, Sonora, Tlaxcala, Zacatecas	Baja California, Baja California Sur, Colima, Durango, Guanajuato, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Yucatán
Emitir normas sobre el manejo de archivos	Campeche, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Jalisco, México, Morelos, Quintana Roo, Sonora	Baja California, Baja California Sur, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas

FUENTE: Elaboración propia, con datos proporcionados por el IFAI.

La ausencia de criterios comunes para fijar sanciones ante el incumplimiento del derecho de acceso a la información y para organizar y clasificar esa información conforme a un parámetro compartido en todo el territorio nacional, subraya una vez más la desigualdad que debe enfrentar el ciudadano como consecuencia de las diferencias entre las leyes estatales. Y muestra también la necesidad de establecer un referente constitucional común para todas las entidades federativas, capaz de igualar el cumplimiento de ese derecho en todo el territorio de la república.

CUADRO 6. ATRIBUCIONES DE LOS ÓRGANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE MÉXICO, PARA CLASIFICAR Y DESCLASIFICAR INFORMACIÓN, HASTA FEBRERO DE 2006

<i>Atribuciones del órgano de acceso a la información pública</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que sí lo consideran</i>	<i>Órganos de acceso a la información pública que no lo consideran</i>
Para clasificar información	Baja California Sur, Querétaro	Baja California, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas
Para desclasificar información	Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Zacatecas, Puebla, Yucatán	Baja California, Baja California Sur, Sonora

FUENTE: Elaboración propia, con datos proporcionados por el IFAI.

III. EN BUSCA DE UNA GESTIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE

Sobre la base de las premisas que he seguido hasta ahora, es posible afirmar que la política de transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información pública. Sin duda, éste constituye una de las condiciones básicas para reconocer la existencia de esa política. Pero las posibilidades que ofrece la transparencia como política pública son mucho más amplias, pues no se limitan a la entrega de la información que produce el gobierno, ya sea de manera sistemática o mediante solicitud de

los ciudadanos, sino que conduce a la incorporación deliberada de criterios explícitos de decisión y de acción en el ejercicio del poder público.

Las políticas públicas representan un objeto de estudio muy amplio y una metodología de análisis que no puedo desarrollar con más amplitud en este lugar.⁴ Pero en términos generales puede afirmarse que la literatura sobre ese tema acepta que ese análisis suele desplegarse a través de las distintas etapas que conforman el llamado proceso de política, y que van desde la selección y la definición de los problemas públicos que habrán de afrontarse hasta la evaluación de los resultados, pasando al menos por una etapa de diseño y una red de implementación.⁵ La política pública suele ser definida como una intervención de los órganos del Estado para corregir o modificar una situación social o económica que ha sido reconocida como problema público. Pero también existen políticas transversales que regulan la actuación de los propios gobiernos y que están destinadas a perfeccionar la gestión pública. Casi siempre se trata de las regulaciones internas que atañen a la forma en que los poderes públicos realizan las atribuciones que les han sido asignadas y que, en consecuencia, pueden llegar a determinar la eficacia, la eficiencia o la legitimidad de sus resultados. A esa definición responden las políticas asumidas por los gobiernos para combatir la corrupción, y en ese mismo género se inscribe también la búsqueda de una gestión pública transparente.

Desde este segundo mirador, la política de transparencia no puede ser exactamente la misma para todos los gobiernos. En cada uno hay estructuras orgánicas, recursos y regulaciones propias que los diferencian tanto

⁴ La idea de la transparencia como criterio de política pública está desarrollada en Merino, Mauricio, *La importancia de las rutinas. Marco teórico para una investigación sobre los gobiernos locales de México*, Documento de Trabajo DAP 145, México, CIDE, 2004.

⁵ Para una excelente síntesis de las distintas etapas que conforman el proceso de las políticas públicas remito a Bardach, Eugene, *Ocho pasos para el análisis de políticas públicas*, México, CIDE, 2000. También vale la pena consultar, de modo más extenso, los libros escritos por Weimer, David L. y Vining, Aidan R., *Policy Analysis. Concepts and Practice*, New Jersey, Prentice Hall, 1991; y por Mény, Ives y Thoenig, Jean Claude, *Las políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 1992. Una lectura básica sobre el tema tendría que incluir también a Majone, Giandomenico, *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, New Haven, Yale University Press, 1989, y desde luego las antologías dirigidas y prologadas por Luis F. Aguilar Villanueva, especialmente *El estudio de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1992 y *La hechura de las políticas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1992.

como los problemas específicos a los que deben dirigir su atención. Y aunque los principios genéricos de esa política pueden ser compartidos, la forma en que cada uno de ellos los adapte a sus circunstancias tiene que ser diferente. De ahí la importancia de distinguir entre el derecho de acceso a la información pública y el diseño de políticas destinadas a afinar el principio de transparencia en la gestión pública del país. En ese sentido, encuentro al menos cinco interpretaciones derivadas del desarrollo de la teoría en esa materia que explican la conveniencia y hasta la necesidad de contar con una política de transparencia:

Primero. Esa literatura ha demostrado que los gobiernos no pueden (e incluso no deben) resolver todos los problemas de la vida en común. No sólo por sus limitaciones fiscales, sino porque las carencias y las demandas sociales han aumentado junto con el crecimiento demográfico y los nuevos desafíos de la globalización. En ese sentido, el viejo concepto de la demanda pública insatisfecha, a la que se suponía que debía responder invariablemente el poder público, se ha venido sustituyendo gradualmente por la idea más completa y también más compleja de la agenda pública, según la cual gobernar también significa *seleccionar*.

El proceso de selección de los temas que ocuparán los recursos públicos implica, sin embargo, un criterio de discriminación y la necesidad de justificar públicamente las decisiones tomadas. En un régimen democrático, cada uno de los temas que buscan un espacio en la agenda pública cuentan también con sus defensores y sus públicos propios: sus *perros guardianes*, para usar la expresión acuñada por Charles Lindblom a mediados del siglo pasado.⁶ Y de ahí la importancia de incorporar una política de transparencia desde ese punto de arranque, capaz de responder claramente a las principales preguntas que se desprenden de ese proceso de selección: ¿cómo se seleccionaron los problemas públicos atendidos por el gobierno?, ¿qué criterios se emplearon para decidir el uso de los recursos en esas acciones públicas en particular?, ¿quiénes participaron en ese proceso de selección y con qué métodos?

Si los gobiernos no pueden responder abierta y nítidamente a esas preguntas, es porque carecen de una política de transparencia. Y esa ausencia no solamente sugiere un ejercicio más bien arbitrario en la asignación de recursos públicos sino una puerta de entrada a conflictos políticos po-

⁶ “La ciencia de salir del paso”, en Aguilar Villanueva, Luis F., *La hechura de las políticas, cit.*, nota anterior.

tenciales. De hecho, la falta de razones para explicar la asignación de recursos públicos suele ser una de las causas más frecuentes de disputa política y una evidencia de corrupción. En cambio, cuando los gobiernos pueden dar cuenta clara de la forma en que seleccionaron los problemas públicos que están atendiendo, los criterios que utilizaron para decidir los montos presupuestarios que se asignaron a la solución de cada problema y los métodos que se siguieron para asegurar la mayor participación posible de los ciudadanos durante el proceso de selección, no sólo obtienen mayor legitimidad en las decisiones tomadas sino que, al romper las asimetrías de información y obtener mayor respaldo entre los distintos actores involucrados, también pueden incrementar su eficacia.

Segundo. Dado que los gobiernos no pueden resolver todos los problemas que plantea la agenda pública, el proceso de selección no sólo ha de ser cada vez más democrático y más abierto para favorecer los mejores resultados posibles, sino que además ha de sostenerse en una definición acertada de los problemas seleccionados. El enfoque de política pública sugiere que esa definición atinada constituye la condición más importante para solucionar los problemas públicos. Si la selección de los temas es un asunto crucial, la forma de abordarlos es todavía más relevante, pues un mismo problema puede tener tantas definiciones como intereses haya detrás de su solución.

Si definir un problema es comenzar a solucionarlo, la forma que adopte esa definición será mucho más aceptable en la medida en que sea también más transparente. De aquí que una política destinada a evitar que las soluciones representen formas más o menos veladas de proteger intereses ocultos deba responder al menos a las preguntas siguientes: ¿quiénes participaron en la definición del problema atendido?, ¿cómo se establecieron las causas que lo generaron y los cursos de acción a seguir?, ¿hubo apertura hacia los beneficiarios de la política diseñada?, ¿quién y cómo estableció los parámetros de la política a seguir?

En las respuestas a estas preguntas se juega, en buena medida, la orientación política de cada gobierno. Nunca será lo mismo definir problemas públicos a puerta cerrada y al amparo de una visión excluyente de la acción pública que hacerlo junto con las personas a las que ese problema les afecta directamente. Tampoco será igual identificar causas en función de intereses políticos o determinar cursos de acción para favorecer o perjudicar de manera deliberada a una bandería o a un grupo en

particular, que hacerlo con el propósito franco de encontrar las mejores soluciones posibles. Y la única clave disponible para distinguir entre el uso parcial o incluso faccioso de los recursos públicos desde el momento en que se define un problema, es la existencia de una política de transparencia capaz de responder claramente a las preguntas planteadas

Tercero. Del punto anterior se desprende que las soluciones a las prioridades sociales parten invariablemente de una definición de problemas, que ya de suyo es elaborada con el propósito explícito de atacar las causas que los generan. Pero al hacerlo de esta manera, las políticas asumen un compromiso explícito con los resultados que se esperan de ellas. Frente a la visión tradicional de la burocracia, apoyada en estructuras estáticas y en funciones fijas y rutinarias, según la cual la solución de problemas residía en la creación de órganos de gobierno, el enfoque que aquí nos ocupa propone que cada problema ha de ser definido como un curso de acción en el que pueden y deben preverse resultados públicamente verificables.

Es probable que éste sea el punto más útil para explicar la diferencia entre el derecho de acceso a la información pública y la construcción de una política de transparencia. Aun con la visión burocrática tradicional, puede ser perfectamente posible que los ciudadanos accedan a la información producida por los gobiernos. Pero también es probable que esa información no genere ningún compromiso específico con los resultados que se esperan de la acción pública: pueden ser documentos valiosos para comprender la forma en que se están llevando a cabo funciones rutinarias y utilizando recursos para pagarlas, sin que detrás de ellos haya una sola mención hacia los objetivos puntuales de las políticas emprendidas. En este sentido, cabe formular las siguientes preguntas: ¿los resultados de las políticas diseñadas son claros, auditables y verificables?, ¿se trata de políticas que pretenden cumplir muchos resultados difusos y poco verificables, al mismo tiempo?, ¿las políticas asumidas tienen propósitos precisos y mensurables en el tiempo y los recursos que emplean?

De nuevo, la ambigüedad de las respuestas a esas preguntas revelaría la inexistencia de una política de transparencia. Cuando un gobierno es incapaz de explicar de manera nítida qué resultados espera de su actuación, y cuando ésta no puede ser verificada a la luz de los indicadores que ese mismo gobierno establece, es que en realidad está utilizando los recursos públicos a su alcance de una manera imposible de controlar por

los ciudadanos. En cambio, el compromiso abierto con los resultados de una política no sólo constituye una garantía de su transparencia, sino una forma de apoyar el cumplimiento de los resultados y de vigilar el uso atinado de los recursos públicos que se han destinado a obtenerlos.

Cuarto. Entendidas como cursos de acción orientados a resultados, las políticas públicas exigen también una visión comprometida con las cualidades de una buena gestión pública. Es decir, de una capaz de articular los medios efectivamente disponibles con los resultados esperados, en función de las definiciones adoptadas. Esa nueva visión difiere de la que estaba basada en órganos y estructuras rígidas tradicionales para apoyarse, en cambio, en la construcción de procedimientos verificables y abiertos que pueden ser objeto de evaluación pública. Ese tipo de procedimientos no sólo son distintos de los que se derivan de rutinas burocráticas sino que se suponen vinculados con la calidad de los procesos y, como se dijo en el punto anterior, con los resultados que se esperan de la propia gestión pública. Dicho de otro modo: la implementación de la política se convierte en un asunto de la mayor importancia, pues de ella depende que las cosas efectivamente sucedan como se previó. Pero a diferencia del enfoque burocrático tradicional, la implementación deja de ser una “caja negra” cuyo contenido solamente es conocido por quienes están facultados para entrar a ella, para volverse un camino abierto para quienes deseen transitarlo con libertad.

No es casual, en ese sentido, que el proceso de implementación se haya convertido en uno de los temas más frecuentados por los estudiosos de las políticas públicas. Hoy sabemos que no es cierto que un diseño acertado conduzca invariablemente a los resultados que se esperan, pues la puesta en marcha de las políticas tiene una lógica propia que no puede pasar inadvertida. Pero también sabemos que, en la medida en que esa política sea más transparente y tenga mejor definidos sus propósitos, será más viable sortear los dilemas de la implementación, producir ajustes cuando sea preciso o modificar la ruta originalmente trazada, sin perder de vista los resultados. De aquí la pertinencia de formular estas preguntas: ¿los procedimientos de la política son abiertos, verificables y públicos?, ¿existen resultados intermedios, a lo largo del proceso de implementación, que puedan ser verificados a la luz del día?, ¿en la red de implementación hay posibilidades de participación (sea por acción directa, por opinión o por vigilancia) de quienes tienen intereses legítimos en los resultados de esa política?

Quinto. Por otra parte, la evaluación del procedimiento y de los resultados se convierte, bajo esa nueva mirada, en un elemento esencial del proceso. Los patrones anteriores de evaluación solían estar basados en supuestos presupuestarios y en el cumplimiento de tareas que no necesariamente conducían a los resultados esperados. Los estándares de calidad perseguidos por la nueva visión de la política pública exigen, en cambio, una rendición de cuentas que, sin renunciar a la vigilancia sobre el uso honesto de los recursos públicos utilizados, agrega resultados organizacionales e intermedios a lo largo del proceso de implementación y verifica su cumplimiento.

En la visión burocrática tradicional, la evaluación suponía supervisión: una forma de control ejercida por los órganos facultados y casi siempre anclada en la vigilancia sobre los procedimientos establecidos para darle legalidad al uso de los recursos. También era una supervisión de procedimientos: una confrontación entre la forma en que se habían tomado decisiones y los manuales que establecían las reglas para poder hacerlo. Y, en todo caso, era una evaluación unidireccional y generalmente extemporánea; es decir, realizada por un órgano específico facultado para intervenir y sancionar la actuación de otro, cuando éste ya había concluido un periodo o ejercido los recursos que le habían sido asignados.

Con una política de transparencia, la evaluación se vuelve parte del proceso de implementación. En la medida en que los resultados se asumen como compromiso público, y los procesos para obtenerlos cuentan a su vez con ventanas de vigilancia a lo largo de su recorrido, la evaluación se integra a la operación cotidiana de los recursos públicos. Y en tanto que se realiza en función de los resultados, constituye también una pieza clave para informar sobre las decisiones que deben tomarse a fin de garantizar que esos resultados efectivamente se obtengan. En ese sentido, cabe formular estas preguntas: ¿hay criterios de evaluación de los resultados intermedios y de los resultados finales de la política implementada?, ¿hay criterios de evaluación del proceso que se sigue, en términos de estándares de calidad previamente establecidos?, ¿existen medios para comparar los costos con los resultados de la política?, ¿existen medidas de evaluación externa y pública en la operación de la política?

En términos generales puede afirmarse que la transparencia en cada una de las etapas que conducen al diseño y la implementación de las políticas que lleva a cabo un gobierno es, a la luz de los cinco criterios se-

ñalados, una clave para fortalecer y multiplicar la calidad de las respuestas a los problemas públicos. A diferencia del mirador burocrático tradicional, la transparencia agrega valor a las decisiones tomadas, abre posibilidades legítimas de participación y ofrece mayores garantías de atinar en la selección y en la solución de los problemas planteados en la agenda pública. Pero es necesario que sea una política completa, coherente y franca. Si la transparencia se utiliza como un medio para tratar de justificar decisiones previamente asumidas, o bien para tratar de persuadir a los ciudadanos de que un gobierno está actuando en armonía con los mejores intereses sociales, o acaso para construir argumentos públicos sobre las virtudes de una determinada acción pública que, sin embargo, no ha sido definida ni diseñada ni implementada ni evaluada con transparencia, esos defectos serán fácilmente advertidos y pueden resultar contraproducentes.

Por esa razón, aunque los criterios generales de una política de transparencia pueden ser válidos para cualquier gobierno, su adopción reclama tener en cuenta las circunstancias de cada uno. Como cualquier otra política, no puede ser transferida de modo automático de un gobierno a otro ni puede ser regulada sin afectar la organización y las rutinas previamente asumidas. Se trata, más bien, de una política que debe originarse al interior de los gobiernos que decidan adoptarla para modificar sus patrones tradicionales de acción pública. Y por eso no puede ser universal, como sí debe serlo el derecho de acceso a la información pública.

IV. CONCLUSIONES: MUCHAS POLÍTICAS Y UN SOLO DERECHO

En las páginas anteriores he tratado de mostrar que la transparencia y el acceso a la información pública son, en realidad, dos cuestiones distintas: de un lado, se trata de un derecho fundamental que debe ser garantizado de manera igual para todos los ciudadanos, con independencia de su lugar de origen o residencia. Pero de otro lado, el tema lleva también a la definición de una política destinada a modificar las prácticas tradicionales de gestión pública. Respecto al cumplimiento del derecho fundamental, he sostenido que está haciendo falta el diseño de una base constitucional homogénea para todo el país, capaz de garantizar que todos los ciudadanos cuenten con los mismos medios y con las mismas

oportunidades de conocer la información que producen los poderes públicos del país.

Esa conclusión se apoya en la convicción de que el sujeto de ese derecho es la persona y no los gobiernos. De modo que resulta inaceptable que su cumplimiento dependa de los contenidos específicos que cada legislatura estatal ha decidido adoptar, o incluso que haya estados en los que en definitiva no se ha promulgado ninguna ley que regule el cumplimiento de ese derecho. Y si bien las leyes vigentes hasta ahora han intentado establecer las condiciones, los procedimientos y los órganos específicos para hacer posible que cualquier individuo pueda acceder a la información pública, también han establecido restricciones diferenciadas que tienden más a privilegiar el interés de los propios poderes públicos que el derecho de las personas.

A partir de la comparación entre los principales elementos pasivos, activos y coactivos que componen el derecho de acceso a la información pública, he tratado de demostrar que las legislaciones estatales ya promulgadas plantean diferencias sustantivas que limitan y complican el acceso a la información. En la práctica, esas normas generan obligaciones y procedimientos muy distintos respecto a la forma en que los particulares pueden acceder a los documentos producidos por los poderes públicos de las entidades federativas y sus municipios. Y en ese sentido, actúan en contra de la igualdad jurídica de los ciudadanos.

Por otro lado, sin embargo, en este trabajo he sostenido que la política de transparencia no puede ser asumida ni aplicada exactamente de la misma manera en todas las entidades federativas, pues su adopción ha de responder a las características propias de cada gobierno. Si el derecho ha de ser universal en el sentido jurídico, dado que el sujeto es la persona, la política de transparencia supone, en cambio, una decisión adoptada por los gobiernos. Y de ahí la importancia de formular esa distinción, pues la evidencia disponible hasta ahora muestra que en México se está actuando exactamente a la inversa: se han diferenciado las garantías para dar cumplimiento al derecho de acceso a la información pública, y se ha buscado una política de transparencia homogénea para todo el país. Ambas tendencias revelan una concepción equivocada del tema.

Para tratar de explicar mejor la necesidad de diferenciar entre el derecho de acceso a la información y la política de transparencia he formulado una serie de preguntas agrupadas en las cinco etapas que la literatura

sobre política pública considera de manera convencional, a fin de mostrar que la sola entrega de información no equivale al diseño ni a la implementación de una gestión pública transparente. Ésta supone cambios organizacionales mayores, cuya naturaleza exige un esfuerzo de adaptación a las condiciones específicas en las que actúan los distintos gobiernos. La política de transparencia no se agota en la formación de una oficina o de un órgano responsable de otorgar la información solicitada por las personas, sino que exige modificaciones mucho más amplias en la forma en que los gobiernos abordan la gestión pública. Y por esa razón, cada uno debe adoptarla conforme a sus propias características. En suma: hacen falta muchas políticas de transparencia.

Tengo para mí que la idea de la transparencia ha abierto una veta que apenas comienza a explorarse tanto en el derecho como en las prácticas propias de la administración pública mexicana. Es una veta que ofrece amplias posibilidades de reforma a la vieja concepción burocrática que tendía a ocultar los procedimientos y las decisiones adoptadas por los gobiernos. Sin embargo, México está apenas al principio de esa ruta, y por eso es conveniente evitar que la política se confunda con el derecho. Es tiempo de corregir ese error.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS MUNICIPIOS EN MÉXICO

Luis Alberto DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ

No obstante los grandes avances que se han observado en materia de transparencia y acceso a la información pública, existen aún varios rubros que deben analizarse con profundidad y se deben reconocer ciertas deficiencias de índole incluso constitucional. Baste recordar que la reforma consagrada en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se llevó a cabo precisamente con la intención de que los particulares tuvieran acceso a la información y a los documentos que obran en los archivos de los entes de derecho público, y esto finalmente ha propiciado una ley de carácter federal y una autoridad reguladora en la materia que se han encontrado en su ejecución y ejercicio con problemas prácticos que derivan de la débil base constitucional del derecho a la información, derecho que no ha sido valorado en su justa dimensión y cuya evolución implica actualizaciones y precisiones de índole constitucional.

Esta circunstancia resulta aún más grave si se ve proyectada en el ámbito de las entidades federativas y catastrófica si la trasladamos al ámbito del denominado “municipio libre”. Y es que la mal entendida autonomía municipal ha imposibilitado combatir la opacidad en estas circunscripciones territoriales. Resulta conveniente especificar a qué nos referimos cuando hablamos de una “mal entendida autonomía municipal”, pues el problema práctico de las autoridades competentes en materia de acceso a la información pública deriva de una desvirtuada apreciación constitucional que se ha alejado por diversos intereses de la *ratio legis* de la autonomía municipal y del rigor jurídico que en su interpretación han establecido tanto la doctrina como la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El orden jurídico nacional se integra por normas jurídicas generales cuyos respectivos ámbitos de validez se sistematizan a nivel federal y estatal a través de un orden jerárquico de subordinación a las correspondientes Constituciones locales, quienes en todo momento deben observar lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los términos de los artículos 115, 116, segundo párrafo, y 133 de la carta magna. Derivado de lo anterior es importante, en consecuencia y con base en un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales, no olvidar que el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra que "...El derecho a la información será garantizado por el Estado".¹ Por otra parte, conviene señalar que una vez reconocido el citado derecho fundamental, debemos analizar, con base en el esquema planteado en el artículo 133 del pacto federal, el artículo 115, fracción II, que en su parte conducente establece:

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con *las leyes en materia municipal* que deberán expedir las legislaturas de los estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y *disposiciones administrativas* de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.²

En este caso, es importante aclarar que son precisamente las legislaturas estatales las que establecen las bases para que los ayuntamientos expidan, entre otros instrumentos de carácter legal, reglamentos, pero éstos, para los efectos que nos ocupan, solamente están referidos a la administración pública municipal, por lo que si partimos de que el derecho a la información, en estricta congruencia con el principio de legalidad, no se encuentra dentro de las facultades de los ayuntamientos por tratarse de un derecho fundamental, nos encontramos con la imposibilidad de emitir reglamentos municipales en materia de acceso a la información pública; lo anterior, independientemente de que su ámbito de competencia está perfectamente determinado y de que las leyes orgánicas existentes en la fracción III del artículo 115 de la carta magna señalen en su parte condu-

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

² *Idem.*

cente lo siguiente: “Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o en la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales”.³

A mayor abundamiento, la propia fracción III del mencionado artículo, al enumerar las funciones a cargo de los municipios, no señala en ningún momento el derecho a la información, la transparencia o el acceso a la información pública como materia municipal a reglamentarse en sus respectivas jurisdicciones.

La definición de autonomía, así como la de autarquía, han sido ampliamente tratadas por los doctrinarios. Al final se ha reconocido que, ciertamente, la autonomía sufre un desdoblamiento que se traduce en tres categorías:

- a) Autonomía pura.
- b) Autonomía funcional.
- c) Autonomía técnica.⁴

Por supuesto, habrá que establecer cuál de ellas corresponde a nuestra realidad municipal, siendo éstas, desde mi perspectiva, las dos primeras, que a su vez, y haciendo un análisis del artículo 115 de la carta magna, habrá que subdividir en autonomía política, autonomía administrativa y autonomía financiera.

Queda claro, en términos del precepto constitucional invocado, que si bien es cierto que no se hace referencia expresa a la palabra *autonomía*, el análisis integral del mismo denota claramente las facultades que el municipio, como base de la división territorial, política y administrativa de los estados, tiene en el ámbito de su competencia. Por lo que se refiere al primer aspecto, queda claro que el municipio puede en todo momento otorgarse sus propias autoridades sin que haya una intervención de otros niveles de gobierno en la gestión política respectiva.⁵

También es claro que en el ámbito administrativo el municipio puede gestionar y resolver los asuntos de la comunidad, e incluso emitir bandos municipales y hasta reglamentos para regular la convivencia social. Por

³ *Idem*.

⁴ Quintana, Carlos, *Derecho municipal*, México, Porrúa, 2003, p. 175.

⁵ *Ibidem*, p. 195.

supuesto que en la parte financiera pueden allegarse de recursos, manejar su patrimonio y disponer de su hacienda sin la intervención de otros niveles de gobierno.⁶

La problemática es que el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reduce de repente a una carta de buenas intenciones que tiene como premisa fundamental precisamente una administración responsable en el ámbito municipal, con el correlativo respeto de los demás niveles de gobierno, situación que en la realidad se ha visto superada por la discrecionalidad, la politización de los asuntos municipales, la corrupción y la opacidad. Precisamente por eso, no es raro que ante la repentina llegada del tema “transparencia”, los municipios sean los primeros en manifestar un total desinterés en el tema, y si a esta situación agregamos la triste realidad de la existencia de municipios en una situación económica difícil en extremo y con niveles culturales bajos, resulta que la corrupción y la opacidad encuentran auténticos paraísos en el territorio nacional. Basta mencionar, a manera de ejemplo, cómo los municipios en el Estado de México demostraron en 2005 poco interés en responder a los requerimientos del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, situación que se muestra en el anexo del presente trabajo.

Las leyes estatales que regulan el acceso a la información pública han enfrentado sin duda una problemática que la federación no tiene y que en el terreno de los hechos supera en gran medida lo humanamente imaginable y lo jurídicamente posible para la federación misma. Los estados de la federación han tratado de regular de diferentes maneras al municipio libre en materia de transparencia y acceso a la información pública; desde lo más básico, como es promulgar y publicar leyes de acceso aplicables al estado y los municipios, hasta el peligroso extremo de permitir que los municipios emitan reglamentos en la materia.

Efectivamente, aquellas leyes estatales que permiten la emisión de reglamentos por parte de los municipios en materia de transparencia han propiciado la incorrecta interpretación de que pueden reglamentar esta materia sin tomar en cuenta a la ley. De tal suerte que hoy día encontramos reglamentos que en materia sustantiva establecen preceptos a la conveniencia del municipio mismo, lo cual carece de fundamento constitu-

⁶ *Ibidem*, p. 200.

cional alguno y viola el principio de legalidad. Además, por supuesto, genera la aplicación de reglamentos claramente inconstitucionales, así como enfrentamientos contra las autoridades estatales en materia de acceso a la información pública. El argumento que esgrimen las autoridades municipales es que las leyes orgánicas reiteran lo constitucionalmente regulado, en cuanto a que en el ejercicio de la autonomía administrativa pueden emitir bandos y reglamentos que tengan que ver con la administración pública municipal. Ahora bien, si pareciera ya en sí peligroso este aspecto, nos encontramos con que en algunos casos las leyes estatales permiten que existan autoridades municipales que garanticen el derecho de acceso a la información y la protección de los datos personales. Esto genera que los paraísos de la opacidad tengan un atractivo adicional, y por increíble que parezca existen municipios que han intentado crear organismos descentralizados que se constituyan como dichas autoridades, claro está, con cargo al presupuesto municipal.

De esta manera, nos encontramos con un municipio que se aleja definitivamente de su esencia y de las razones por las cuales fue concebido por el Constituyente, quien jamás pretendió crear un poder adicional a los de la Unión ya previstos por la propia carta magna, sino que solamente pretendió tomar como base el esquema de descentralización por región para la adecuada organización territorial, política y administrativa de las entidades federativas; inclusive el propio legislador en 1983 tuvo que acotar el tema de los reglamentos municipales, puesto que *de facto* comenzaban a presentarse casos de reglamentos autónomos que, como tales, representaban leyes en sentido material; no obstante dicha reforma, al día de hoy sigue presentándose en las mismas circunstancias e incluso permea una voluntad municipal a veces distante de un auténtico Estado social, democrático y de derecho.

Por eso, a pesar de la reforma de 1983, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido que aclarar la imposibilidad de que existan reglamentos autónomos municipales; para ser más explícito, la siguiente tesis resulta bastante ilustrativa:

REGLAMENTOS MUNICIPALES AUTÓNOMOS. SON INCONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL TRES DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES. La Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos expresamente reconoce la facultad para reglamentar disposiciones legales emanadas del Poder Legislativo, otorgando tal facultad al presidente de la República el artículo 89, fracción I, de dicha ley fundamental. Estos reglamentos constituyen materialmente una ley, en tanto se trata de normas administrativas obligatorias, generales e impersonales, debiendo destacar que su característica es estar subordinadas a la ley, o sea, a una disposición emanada del Congreso de la Unión (o de las legislaturas de los estados en el caso de las leyes locales). En otros artículos dispersos en la norma fundamental se refiere a la existencia de reglamentos autónomos, que también son disposiciones que participan de las características materiales de la norma jurídica pero sin sujetarse a una ley formal. Hasta antes de la reforma a la fracción II del artículo 115 constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, se discutía si los ayuntamientos estaban facultados para expedir reglamentos autónomos, esto es, no reglamentarios de una ley formal expedida por la legislatura local; sin embargo, a partir de esta reforma quedaron proscritos porque tal precepto reformado sujeta a tales reglamentos, así como a los bandos de policía y buen gobierno, a las bases normativas que deban establecer las legislaturas de los estados. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito. Amparo en revisión 36/97. Rafael González Moreno y coagraviados. 12 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretaria: Cecilia Patricia Ramírez Barajas.⁷

Es importante entender el fondo del razonamiento que ha hecho el Poder Judicial respecto a los reglamentos municipales, en el sentido de que éstos deben derivar de disposiciones legales que están en un nivel de supraordenación y que son emitidas por las legislaturas estatales; permitir lo contrario no cumple con el artículo 115 constitucional ni con la *ratio legis* de la existencia del municipio libre. A mayor abundamiento, debemos señalar que parece que la propia Corte en ocasiones permite ciertos visos de reglamentos municipales autónomos, pero restringidos por los derechos fundamentales; veamos la siguiente ejecutoria:

REGLAMENTOS MUNICIPALES. NO PUEDEN AFECTAR DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS GOBERNADOS. Es indispensable señalar

⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, “Reglamentos municipales autónomos. Son inconstitucionales a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres”, 1994, octava época, México, p. 652.

que el artículo 115 constitucional instituye el municipio libre, con personalidad jurídica propia, y que puede, de acuerdo con la fracción II de este numeral, expedir con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los estados, los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones. Ahora bien, en nuestro tradicional orden jurídico político, se reconoce que los ayuntamientos al expedir bandos, ordenanzas o reglamentos, por contener disposiciones de carácter abstracto y general, obligatorias para los habitantes del municipio, son leyes en sentido material. En este orden de ideas, se admite la existencia de ciertos reglamentos autónomos en materia de policía y buen gobierno, cuya fundamentación se consagra en el artículo 21 de nuestra carta magna, y que la reforma al artículo 115 constitucional, en la fracción II, hace deducir que el legislador le otorga al ayuntamiento la facultad de expedir verdaderas leyes, en sentido material; sin embargo, se hace necesario distinguir cuál es la materia o alcance de estos reglamentos autónomos para diferenciarlos de los que no pueden expedirse sin la ley a reglamentar, porque implicarían el uso de facultades legislativas. Al respecto, este tribunal considera que cuando el contenido de la reglamentación puede afectar en forma sustancial derechos constitucionalmente protegidos de los gobernados, como son, por ejemplo: la libertad de trabajo, o de comercio, o a su vida, libertad, propiedades, posesiones, familia, domicilio (artículos 14 y 16), etcétera, esas cuestiones no pueden ser materia de afectación por un reglamento autónomo, sin ley regular, pues se estarían ejerciendo facultades legislativas reuniendo dos poderes en uno. Por otra parte, la materia del reglamento sí puede dar lugar a un mero reglamento autónomo del buen gobierno, cuando no regula ni afecta en forma sustancial los derechos antes señalados, sino que se limita a dar disposiciones sobre cuestiones secundarias que no las vienen a coartar.⁸

⁸ Amparo en revisión 317/88. Madeira Club Privado, S. A. de C. V. 30 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretario: José Luis Estrada Delgadillo.

Amparo en revisión 337/88. Promotora de Diversiones de León, S. A. de C. V. 27 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gloria Tello Cuevas. Secretario: Roberto Hernández Pérez.

Amparo en revisión 334/88. Concesionaria y Arrendadora del Bajío, S. A. de C. V. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretario: José Gilberto Moreno Gracia.

Amparo en revisión 336/88. Rebeca Navarro Valtierra y coagraviados. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Trinidad Jiménez Romo. Secretario: Sergio Rafael Barba Crosby.

Resulta interesante que en su momento el Poder Judicial haya admitido la existencia de ciertos reglamentos autónomos, toda vez que lleva a cabo una salvedad consistente en que por sí mismos no podrían ser considerados en estricto derecho reglamentos autónomos, es decir, el espíritu de la ejecutoria citada indica que no es factible que los municipios ejerzan facultades legislativas, y por otra parte establece de manera muy clara que el contenido de la pretendida reglamentación no debe ir en perjuicio de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como en el caso que nos ocupa: el derecho a la información del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de manera específica el derecho de acceso a la información que ha derivado de dicho precepto constitucional, por lo que en consecuencia esta materia no puede ni debe ser regulada a través de reglamentos municipales.

Otro problema de la autonomía municipal llevada al extremo, y que en tal virtud deja de ser autonomía para convertirse en anarquía, es el hecho de que muchos municipios pueden, en términos de las leyes de acceso o transparencia de carácter estatal, crear órganos equivalentes a los institutos o comisiones estatales, quienes, curiosamente, deben vigilar el cumplimiento de la ley, para lo que las autoridades estatales tienen facultades muy limitadas respecto a los municipios, y quedando la “reglamentación” y la vigilancia —el cumplimiento de la ley— en manos del propio ayuntamiento, que como ya señalamos no ha dimensionado de manera justa lo que significa la autonomía municipal, el paraíso de la opacidad cada vez se vuelve más atractivo. Como un ejemplo extremo, encontramos que algunos municipios del Estado de México no solamente han emitido reglamentos sustantivos en materia de transparencia y acceso a la información pública violando los artículos 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 143 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y la Ley Orgánica Municipal en su apartado correspondiente, sino que, además, han pretendido crear los institutos de transparencia municipales como organismos descentralizados, lo cual, como ya hemos mencionado, resulta incongruente con las disposiciones constitucionales, con la realidad mexicana y con los principios de austeridad municipal.

Existen, por el contrario, municipios que son debidamente regulados por una ley de transparencia estatal, sin dejar posibilidad alguna de reglamentos municipales. Por otra parte, existe el instituto estatal, que vi-

gila el cumplimiento de la ley de la materia en el ámbito municipal y que obliga, al igual que se constituye como autoridad plena frente a los municipios. Jurídicamente, esto pudiera parecer un esquema que propicia la supresión de los paraísos de la opacidad municipales y el surgimiento de una administración municipal acorde a la carta magna, además de impulsar una vigilancia más eficaz respecto de los derechos fundamentales, del debido ejercicio de las garantías individuales y de una realidad municipal que encuadra perfectamente en el Estado de derecho en nuestro país.

Sin embargo, no solamente debe combatirse una tradición consistente en el manejo de los asuntos que están por y para los municipios, en donde a veces pudiese parecer que las jerarquías de las leyes y las autoridades no existen, sino que implica necesariamente una importante canalización de recursos financieros para los institutos de transparencia, ya que, ciertamente, por muy pocos municipios que puedan conformar el territorio de un estado, las labores de verificación, así como de vigilancia, de difusión, de la misma cultura de transparencia y la sistematización de las tecnologías de información en materia de transparencia, implican un importante despliegue de recursos humanos, técnicos y económicos; puede haber pocos o muchos municipios complejos, pero aunque poco complejos son municipios rurales en donde, paradójicamente, hay menos transparencia.⁹

Como conclusión de este análisis podemos determinar la evidente asimetría que existe entre el derecho positivo mexicano y la realidad municipal. Hemos dejado claro por qué nos referimos en un principio a una mal entendida “autonomía municipal”, ya que es evidente la intención tanto del Constituyente de 1917 como la del legislador de 1983. Todo esto resulta congruente con las tesis y ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los doctrinarios, en el sentido de que el fundamento de la autonomía municipal se ha distorsionado; asimismo, que dicha distorsión ha ocasionado que la misma sea incongruente con la realidad municipal, al menos en la mayoría de los casos, lo que genera un serio problema ya planteado, consistente en que la transparencia puede y debe superar por sí misma dicha problemática, partiendo de la base fundamental de que la organización municipal es la forma en que la legislación mexicana ha adoptado la descentralización por región, y que este régimen es perfectamente lógico en los ámbitos democráticos puesto

⁹ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1991, p. 218.

que permite a los municipios designar a sus autoridades, gestionar de manera más eficaz los servicios públicos y apoyar el ejercicio de las atribuciones que corresponden a las entidades federativas.¹⁰

Como podemos observar, esto no tiene ninguna relación ni debe tenerla desde un punto de vista estrictamente jurídico con los derechos fundamentales, puesto que éstos solamente pueden ser reconocidos y reglamentados desde la perspectiva constitucional, que sobre todo en el caso del derecho a la información deriva de una facultad coincidente en donde, en el caso de los municipios, éstos deberán observar lo que la Constitución federal, las Constituciones estatales y las leyes reglamentarias respectivas establezcan.

En este sentido, queda claro que el aspecto sustantivo de la transparencia y el acceso a la información pública en los municipios pareciera estar resuelto, y en estricto apego a la ley son los estados los únicos facultados para legislar y reglamentar las leyes respectivas, las cuales deben ser observadas plenamente por los municipios. Por otra parte, esto tiene sustento en el artículo 6o. de la Constitución federal, debiendo estimarse que al tratarse de facultades coincidentes, los estados y las autoridades estatales creadas por ley en materia de acceso a la información pública ejercen o deben ejercer plena autoridad frente a los municipios, implicando esto, como ya se ha mencionado, una importante inversión de recursos técnicos, humanos y económicos, tomando como referencia a cada estado en particular; de lo contrario, estaríamos hablando de la existencia de más de 2,400 reglamentos municipales.

En conclusión, la transparencia y el acceso a la información pública en los municipios no forma parte de la autonomía administrativa que los propios ayuntamientos invocan, y es necesario que las autoridades estatales en materia de acceso a la información pública acoten este tema, a fin de que los municipios se encuentren plenamente obligados frente a éstos; y es que, reiteramos, en los municipios es donde se requiere sin lugar a duda mayor transparencia, por todas las razones que hemos mencionado.

Es decir, desde nuestra perspectiva no es necesaria ninguna reforma de carácter constitucional para aclarar este punto, puesto que la carta magna es muy clara al respecto. Sin embargo, no debemos desestimar la necesidad de que se reconozca a nivel constitucional federal el derecho

¹⁰ *Ibidem*, p. 218.

de acceso a la información con mínimos de transparencia que permitan la homogeneización de las leyes federales y estatales, tal y como ha sido manifestado en la Declaración de Guadalajara el 2 de marzo de 2006, pero quizá resultaría por demás adecuado que constitucionalmente se establezca, aunque en rigor jurídico no se requiera, de manera expresa que los municipios no pueden reglamentar en materia de transparencia y acceso a la información, dejando claro que sólo las autoridades estatales tendrán atribuciones en esta materia, ajustándose a los mínimos de transparencia establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ANEXO

<i>Municipios con respuesta</i>	<i>Municipios sin respuesta</i>
Aculco	Acambay
Almoloya del Río	Acolman
Amanalco	Almoloya de Alquisiras
Atizapán de Zaragoza	Almoloya de Juárez
Atlacomulco	Amatepec
Axapusco	Amecameca
Ayapango	Apaxco
Capulhuac	Atenco
Coacalco de Berriozábal	Atizapán
Chalco	Atlautla
Ecatzingo	Calimaya
Huehuetoca	Coatepec Harinas
Isidro Fabela	Cocotitlán
Ixtapaluca	Coyotepec

ANEXO (continuación)

<i>Municipios con respuesta</i>	<i>Municipios sin respuesta</i>
Ixtapan del Oro	Cuautitlán
Ixtlahuaca	Cuautitlán Izcalli
Lerma	Chapa de Mota
Luvianos	Chapultepec
Metepec	Chiautla
Nextlalpan	Chicoloapan
Nezahualcóyotl	Chiconcuac
Ocuilán	Chimalhuacán
Otumba	Donato Guerra
Polotitlán	Ecatepec de Morelos
San Martín de las Pirámides	El Oro
San Mateo Atenco	Hueypoxtla
San Simón de Guerrero	Huixquilucan
Santo Tomás	Ixtapan de la Sal
Soyaniquilpan de Juárez	Jaltenco
Tecamac	Jilotepec
Temascalapa	Jilotzingo
Tenancingo	Jiquipilco
Teoloyucan	Jocotitlán
Teotihuacan	Joquicingo
Tepetzotlán	Juchitepec

ANEXO (continuación)

<i>Municipios con respuesta</i>	<i>Municipios sin respuesta</i>
Texcaltitlán	La Paz
Timilpan	Malinalco
Tlalmanalco	Melchor Ocampo
Toluca	Mexicaltzingo
Tultitlán	Morelos
Valle de Bravo	Naucalpan de Juárez
Valle de Chalco Solidaridad	Nicolás Romero
Villa de Allende	Nopaltepec
Villa Guerrero	Ocoyoacac
Villa Victoria	Otzoloapan
Zacazonapan	Otzolotepec
Zinacantepec	Ozumba
Zumpahuacan	Papalotla
	Rayón
	San Antonio la Isla
	San Felipe del Progreso
	San José del Rincón
	Sultepec
	Tejupilco
	Temamatla
	Temascalcingo

ANEXO (continuación)

<i>Municipios con respuesta</i>	<i>Municipios sin respuesta</i>
	Temascaltepec
	Temoaya
	Tenango del Aire
	Tenango del Valle
	Tepetlaoxtoc
	Tepetlixpa
	Tequixquiac
	Texcalyacac
	Texcoco
	Tezoyuca
	Tianguistenco
	Tlalnepantla de Baz
	Tlatlaya
	Tonanitla
	Tonatico
	Tultepec
	Villa del Carbón
	Xalatlaco
	Xonacatlán
	Zacualpan
	Zumpango

TERCERA PARTE

PROPUESTAS PARA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

¿POR QUÉ CONSTITUCIONALIZAR?

Ricardo BECERRA
Alonso LUJAMBIO

SUMARIO: I. *Buscando un lugar (en el edificio democrático) para la transparencia.* II. *Transparencia para democracias nuevas.* III. *Una larga marcha (legal, normativa y reglamentaria).* IV. *El fracaso de la heterogeneidad.* V. *La curva de las resistencias.*

I. BUSCANDO UN LUGAR (EN EL EDIFICIO DEMOCRÁTICO) PARA LA TRANSPARENCIA

El acceso a la información pública y la transparencia constituyen la principal novedad democrática de nuestro país en los últimos años. Puede decirse incluso —a pleno derecho— que las leyes de transparencia (la federal y las veintiocho estatales emitidas hasta hoy) constituyen una importante reforma política *nacional*, fruto maduro de una etapa —postransicional— en la que la democracia busca su consolidación.

Una vez que quedaron resueltas las reglas para la competencia y la distribución del poder político en la República (el tema electoral, que dominó la última parte del siglo XX mexicano), de inmediato se asomaron otro tipo de dilemas, de rediseño político, más ligados a la calidad de la democracia y a sus condiciones de sustentación.

¿Cómo gobernar en condiciones pluralistas?, ¿cómo controlar al poder democrático?, ¿sobre qué nuevas reglas funcionarán los gobiernos constituidos mediante elecciones limpias? Era casi natural que en el centro de esa problemática quedaran la transparencia y el acceso a la información. Porque la primera condición para evaluar, premiar, castigar, votar (o bo-

tar) a un gobierno es poseer la información de lo que hace en nombre de la sociedad que lo ha elegido. Dicho de otro modo: la información se vuelve crucial para que los electores sepan e impongan sus preferencias a los gobernantes, para que éstos actúen como agentes¹ de los gobernados en vez de dejarse llevar por sus propios intereses, por fines distintos a los que dicta la ley o muy diferentes a los que quedaron sellados en su campaña o durante su elección. Pero el punto que importa destacar aquí es que el acceso a la información no sólo es relevante para efectos electorales (saber qué hizo el gobierno en turno y cómo lo hizo), sino para efectos del control cotidiano del gobernado sobre el gobernante.

Las leyes de transparencia y acceso a la información pública gubernamental replantean el modo en que se ha entendido el control del poder y la división de poderes. Dice Diego Valadés, en su libro *El control del poder*:

La expresión “controlar el poder” contiene un enunciado en apariencia paradójico. La idea misma de poder parecería no dejar mayores espacios, sino mediante una utilización convencional del término, para pensar en su control. Merced a un gran esfuerzo disociativo se plantea la “división” del poder, para lo cual se tiene que pluralizar lo que en esencia es unitario... se introducen en el engranaje del poder elementos de equilibrio y se hace aceptable la idea del poder para sus destinatarios.²

He ahí la gran novedad: comúnmente, el control del poder se ha asociado a la división o separación de los poderes, es decir, se ha pensado como instrumento de los ciudadanos que se ejerce *a través* de los órganos del Estado, y no de manera *directa*, pues se ha entendido, y con razón, que las democracias modernas no pueden ser sino representativas. No pueden ser directas. Con todo, las leyes de transparencia introducen una modificación a esa concepción, pues el acceso a la información a partir de solicitudes formuladas *directamente* por el ciudadano, *sin mediación institucional alguna*, configura una forma de *control directo* (no mediado) del gobernante sobre el gobernado. Es por ello que las leyes de

¹ Sappington, David E. M., “Incentives in Principal-Agent Relationships”, *Journal of Economic Perspectives*, núm. 5, 1991, pp. 45-66.

² Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 1.

transparencia han venido a transformar, silenciosamente, el modo en que se ejerce democráticamente el poder. Precisemos: no han sustituido las formas tradicionales de control, densamente institucionales, a través de los mecanismos de división del poder. Más bien se han *sumado* a esos mecanismos, de modo que diversas “capas geológicas” van acumulándose para fortalecer la democracia, para dotarla de calidad y para consolidarla ante los ojos de los gobernados, quienes, en definitiva, ven aumentada su cuota de poder no sólo en el momento de elegir (castigar o premiar) partidos y gobiernos, sino en todo momento, en el largo interregno cotidiano que se abre entre una elección y otra.

Así, el acceso a la información se vuelve un nuevo, sutil y permanente mecanismo de control del poder democrático. Tan importante se ha vuelto la diada transparencia-acceso a la información para la teoría democrática que los autores contemporáneos han llegado a ubicarla como un elemento crucial para medir el “grado” en la calidad de la democracia.

Guillermo O’Donnell escribió:

La efectividad de los derechos de ciudadanía política requiere un contexto social que incluya fuentes de información variada, no monopolizadas o censuradas por el Estado. Esta posibilidad, que es un componente de un contexto socialmente diverso y plural, es un bien público respaldado por un sistema legal democrático que garantice el conocimiento también público de un adecuado desempeño de las instituciones estatales.³

O para decirlo en forma lapidaria: “un gobierno es más democrático... mientras más información cierta y sistemática esté dispuesto a otorgar a su sociedad...”⁴ Podemos argumentarlo *a contrario sensu*: por definición, un gobierno autoritario no suministra expedientes, cifras, datos de su quehacer, ni documentos, no rinde cuentas de sus actos; su naturaleza es “más bien el secreto”; los Estados que acumulan información pública y privada “sin revelarla... al cabo dejan a los ciudadanos en una situación extrema de miedo e indefensión”.⁵ De ahí la centralidad de la apertura de

³ O’Donnell, Guillermo, *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*, Buenos Aires, PNUD, Homo Sapiens Ediciones, 2003, p. 84.

⁴ Rifkin, Jeremy, *La era del acceso*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 90.

⁵ Garton Ash, Timothy, *El expediente*, Madrid, Tusquets, 1997, p. 36.

la información gubernamental: es un hecho inequívoco que muestra y demuestra la auténtica “democraticidad del Estado”.⁶

Es cierto que el ciudadano de a pie no dedica demasiado tiempo a informarse sobre las políticas posibles o sobre los programas que ejecuta un gobierno o una institución pública cualquiera; y que incluso, cuando lo hace, difícilmente puede calcular o prever las consecuencias de estas políticas, no ya sobre sus propios intereses, sino sobre la marcha general del país. Así, es un tanto inevitable que toda elección de un gobernante suponga una *delegación*⁷ de la toma de decisiones. No obstante y precisamente por eso, es que la exigencia de apertura sigue siendo pertinente y válida: deben existir canales efectivos, legales, claros y permanentemente abiertos para exigir información de los asuntos públicos a los poderes públicos. Si esa condición no se cumple, se degrada la calidad democrática de los Estados, el poder pierde puentes y contacto con la sociedad que lo eligió.

Así pues, la transparencia y el acceso a la información responden a una pregunta que se hacen casi todas las democracias modernas: ¿se puede crear un entramado legal e institucional que permita evitar o al menos reducir la arbitrariedad de las personas a las que elegimos para representarnos o para gobernar?, ¿es posible reducir la asimetría de información entre lo que el gobernante sabe y el público puede conocer?, ¿se pueden establecer puentes que comuniquen sistemáticamente las decisiones del gobierno al público?

Evidentemente, acceso a la información pública y transparencia no resuelven todo ese desafío, pero son parte de la respuesta: para que los gobiernos reduzcan sus decisiones arbitrarias o discrecionales; para que la discusión pública ocurra sobre bases documentadas y razonadas; para que los comicios sean el fruto de un electorado bien enterado; para que la prensa desarrolle su trabajo sobre bases ciertas y probadas; para que el ciudadano tenga instrumentos de control *entre* elección y elección; para que exista un diálogo permanente entre funcionarios y ciudadanos; en suma, para que una sociedad democrática funcione, el acceso a la información se vuelve indispensable.

⁶ O'Donnell, Guillermo, *Democracia, desarrollo humano..., cit.*, nota 3, p. 86.

⁷ O'Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Londres, 5/1, 1994.

Es cierto que las viejas democracias (excepto Suecia) pudieron vivir mucho tiempo sin leyes de acceso a la información, pero no menos cierto es que hoy, la exigencia de transparencia ha crecido como en ningún otro momento de la historia política y económica mundial. Sesenta y nueve naciones cuentan ya con una legislación en la materia de un total de 193 países.⁸ Tan solo de 1990 a 2005, cuarenta y ocho naciones —incluido México— se han sumado al pelotón, es decir, *el 75% de las leyes de transparencia en el mundo fueron aprobadas de 1990 a la fecha*, y Alemania, Angola y Suiza son los ejemplos más notables de la última camada legislativa nacional en 2005. Visto en perspectiva histórica, estamos ante una ola, ante un fenómeno democrático nuevo.

Es inevitable preguntar: ¿por qué ese *boom* universal?, ¿por qué ha crecido a tal punto la corriente de transparencia y acceso a la información? Una primera respuesta es la globalización: la interconexión de mercados, el flujo de seres humanos y de bienes, la necesidad de conocer recíprocamente las reglas y las condiciones con las que trabajan y se asocian las naciones. Otra respuesta es la tecnología: la posibilidad de transmitir información a velocidades instantáneas, la sistemática comparación entre países y sus ventajas asociadas para la toma de decisiones. Una respuesta más es la búsqueda de nuevos mecanismos para inhibir y evitar la corrupción y para contar con instrumentos de control, de evaluación y de seguimiento de los gobiernos en la gestión de los recursos públicos, de sus deudas y sus compromisos futuros.⁹ Otra explicación, menos sutil pero no menos realista, está en el hecho elemental —pero ya asimilado en la conciencia pública— de que la información generada y acumulada por funcionarios públicos es pagada con dinero público y por lo tanto pertenece al público. Todo eso engrosa la corriente universal a favor del acceso a la información, pero hay más.

A nuestro modo de ver, el impulso más importante se nutre del avance de la democracia misma. Luego de la ola escenificada en el planeta desde el último cuarto del siglo XX a la fecha (incluyendo las revoluciones naranja de las ex repúblicas soviéticas que se desarrollan ante nuestros ojos),

⁸ Banisar, David, *Freedom of Information and Access to Government Record Laws around the World*, Privacy Internacional, 2004 (www.privacyinternational.org).

⁹ Es importante anotar que uno de los pocos requisitos exigidos por el Banco Mundial y por el Fondo Monetario Internacional para proceder a la condonación de deudas en los países más pobres fue, precisamente, la vigencia de una ley de transparencia.

hoy existen más naciones democráticas que nunca. Su existencia se basa, siempre, en la posibilidad de elegir pacíficamente a sus gobernantes y en la concurrencia de una pluralidad de opciones en elecciones equitativas y limpias. Sin embargo, a estas alturas, casi ninguna de ellas puede ya prescindir de la vigencia de una ley de acceso a la información pública, como si esta “tercera ola de la democratización” quisiera superar las nociones minimalistas de la democracia.¹⁰ En ningún otro momento de la historia, la democracia se había percibido en muchos rincones del mundo como el único régimen político legítimo. Y es en ese contexto que surge un nuevo marco de exigencias adicionales a la democracia.

Aclaremos: no pensamos que se pueda atenuar en modo alguno la importancia de las elecciones, más bien quisiéramos subrayarla. Pero precisamente porque las elecciones constituyen el fundamento mismo de la democracia, los ciudadanos deben tener una capacidad real de disponer de información para decidir qué gobierno, para poder ejercer control y para incidir permanentemente en la marcha de la cosa pública.

Por eso es que las leyes de acceso hacen de la democracia un entramado más complejo: no se trata sólo de una sociedad que delega el ejercicio del poder en sus representantes, sino que tiene el derecho de “ver” e intervenir sistemáticamente, conocer las acciones y llamar a cuentas al aparato público con los recursos a su alcance. Las leyes de transparencia parecen subrayar la idea de que el ciudadano no expide, cuando elige gobiernos, ningún cheque en blanco.

La democracia cambia y eleva sus condiciones de operación, no tanto porque se modifica su teoría o su batería conceptual, sino porque se levanta sobre “un nuevo tipo de pueblo” hijo de la globalización, de la educación de masas y de la difusión tecnológica; porque las democracias deben funcionar ahora, interactuando con un tipo de ciudadanía más complejo, “masiva, cultivada, políticamente más sofisticada, interconectada con el mundo y con mayores necesidades de información”.¹¹ La transparencia y el acceso son algo más que una recomendación teórica o normativa: son una exigencia de la realidad política nacional y global. Son instrumentos que se abren paso en el entramado político y jurídico que han adquirido vida propia y que tienen un lugar destacado en la práctica democrática moderna.

¹⁰ Véase Maravall, José María, *El control de los políticos*, Madrid, Taurus, 2003.

¹¹ Véase Held, D., *La democracia y el orden global*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 320.

II. TRANSPARENCIA PARA DEMOCRACIAS NUEVAS

Las leyes de transparencia cumplen su función de muy diversas formas en correspondencia con su historia social y política, con el equilibrio de fuerzas legislativas, su elaboración intelectual, la exigencia pública, la complejidad institucional y su capacidad financiera. De esa suerte, las leyes de transparencia en el mundo no son, ni mucho menos, un universo llano y uniforme en el cual se comparten las mismas orientaciones, lógicas, estructuras, procedimientos o tiempos; todo lo contrario: una mirada a las leyes de transparencia en el mundo muestra que el tema ha cristalizado de muy distintas maneras, hasta formar un auténtico caleidoscopio político y legal. Australia, Suecia, Sudáfrica o República Dominicana¹² protagonizan una misma aspiración, pero ni de lejos comparten su forma constitucional, legal u operativa.

¿Cómo se ejerce el derecho de acceso a la información?, ¿quién lo garantiza?, ¿bajo qué modalidades e instrumentos?, ¿cuáles son sus tiempos y sus condiciones? En los detalles, ya se sabe, se oculta Lucifer, y en ellos se juega buena parte del éxito, la velocidad, la profundidad y el avance del derecho de acceso a la información. Es pertinente escuchar a la comisionada eslovena de acceso a la información:

Las leyes de transparencia más incisivas, más abarcadoras y más densamente equipadas, las que crean instituciones ‘watch dog’, órganos de acceso especializados en la transparencia y en la protección de datos por ejemplo, no son fruto del azar ni del capricho, sino que comparten una situación histórica: están saliendo de un régimen autoritario y han terminado su transición democrática; sus poderes judiciales suelen trabajar dificultosa y lentamente, y/o la cultura del Estado de derecho es aún muy débil.¹³

¹² En la República Dominicana, por ejemplo, ante una negativa de acceso el ciudadano debe acudir a los juzgados ordinarios del Poder Judicial, cuyo plazo promedio de resolución es de aproximadamente un año seis meses. Es difícil hablar de transparencia si el acceso se verifica merced a plazos de acceso tan dilatados.

¹³ Natasha Pirc Musar, comisionada de Eslovenia, Intervención en la IV Conferencia Internacional de Comisionados de Acceso a la Información, Gran Bretaña, 2006, en el informe que presenta María Marván Laborde ante el Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información.

No obstante, la construcción institucional con la que los países están enfrentando la exigencia de la transparencia es variada: de 69 legislaciones (hasta mayo de 2006), algunas disponen de un órgano especializado para defender el derecho, mientras que otras cuentan con una instancia encargada de proteger los datos personales y la información que afecta a la intimidad. Esa fue la ruta típica seguida por la primera camada de instituciones del tipo: una ley de acceso independiente de una ley de protección de datos.

Los casos prototípicos de este “modelo” son Francia (con su *Commission d’Accès aux Documents Administratifs* y su *Commission Nationale de L’informatique et des Libertés*) y Canadá (*Information Commissioner of Canada*, por un lado, y la *Privacy Commissioner of Canada* por otro). Esta fórmula institucional propicia que ambos derechos se desarrollen de manera independiente, sin tocarse, y con gran frecuencia induce a su colisión, pues aunque sus temas se entrecruzan, empalman y yuxtaponen en la realidad, sus lógicas institucionales o jurídicas caminan por senderos divergentes.

Esta tendencia (separar el despliegue del derecho de acceso a la información de la protección de datos personales) está siendo superada por la construcción institucional de los últimos años. Estonia (con su *Andmekaitse Inspektsioon*), Hungría (*Országgyűlési Biztos Hivatala*), y sobre todo Alemania (con *Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*), Gran Bretaña (*UK Information Commissioner*) y México (con su IFAI)¹⁴ son ejemplos de una visión nueva. En buena medida, sus leyes e instituciones corrigen el divorcio artificial de temas que inevitablemente se presentan juntos en la vida pública, administrativa y gubernamental; temas que por eso deben ser abordados de manera comprehensiva, conjugando y no repulsando el principio de publicidad con el de privacidad. Armonizar dos derechos (el derecho a la información y el derecho a la privacidad) es una tarea democrática que se puede acometer mejor si una sola institución se hace cargo de la tutela y protección de ambas dimensiones.

Así, en el contexto mundial y en el contexto latinoamericano, México representa todo un caso, porque es de los pocos países en el mundo y el

¹⁴ Es preciso subrayar que México no cuenta con una ley de datos personales en posesión de entes privados, pero ha asignado al IFAI todo un capítulo (el cuarto de la ley) para la protección de datos personales en posesión del gobierno federal.

único país de la región que ha decidido poner en marcha una institución especializada, un *perro guardián* que vigila el derecho de acceso y la protección de la privacidad, en buena medida porque aquí se presentan las condiciones descritas arriba: porque es un país recién salido de su transición democrática, con un Poder Judicial sobre-demandado, y en condiciones de una frágil cultura de la legalidad.

Pero sobresale nuestro caso, además, porque edifica una institución de alcance federal, dueña de una función adicional, nacional, que le imprime una mayor velocidad a la expansión del derecho de acceso a la información: no sólo resuelve las controversias a la manera de un tribunal especializado, sino que también está encargado de “promover y difundir” esta novedad democrática en todo el país (artículo 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental), ampliar “el estudio y el conocimiento” en la materia y colaborar con todas las instituciones del Estado y en todos los niveles de gobierno, estatal y municipal (artículo 37). Es evidente que el legislador mexicano no quiso sólo una discreta oficina para resolver casos polémicos, sino una institución ampliamente conocida, promotora, difusora y divulgadora, fuertemente enraizada en la conciencia de la sociedad y una palanca para el cambio más o menos acelerado del ejercicio y de la cultura gubernamental. Por todo eso, México es un caso *sui géneris* en el concierto internacional de las democracias comprometidas con la transparencia.

* *

Si todo esto es verdad, si el acceso a la información forma parte de una corriente universal que va mucho más allá de una coyuntura, de una administración, y se ha convertido en auténtico derecho que ya no puede ser ignorado, evadido o pospuesto; si la transparencia ha sido inscrita como parte de los proyectos de gobierno de todas las fuerzas políticas en el país; si es una realidad que se reproduce en todos los niveles de la administración pública que han merecido, además, creación legal, institucional, recursos económicos, nuevas reformas y acciones sostenidas; si la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental fue aprobada por unanimidad de todos los partidos políticos en el Congreso de la Unión, y veintiocho estados gobernados por el Partido

Revolucionario Institucional, el Partido Acción Nacional o el Partido de la Revolución Democrática han continuado este proceso de apertura creando diversas leyes en la materia; si —en suma— transparencia y acceso tienen un lugar destacado en el proyecto democrático de México, ¿cómo garantizar su desarrollo firme, compartido y coherente?, ¿cómo ponerla a salvo de los ciclos pendulares de “freno y arranque”, de apertura y cerrazón en el presente y en el futuro?

En los últimos tiempos, pocos temas de la agenda política nacional han sido acompañados de tal y tanto esfuerzo. Pocos temas aparecen con tanta naturalidad en las agendas públicas de los gobiernos. Por eso, una ruta posible es la de “constitucionalizar” al entramado de la apertura y la información gubernamental. En este trabajo nos proponemos desarrollar un alegato, práctico y político, para argumentar por qué.

III. UNA LARGA MARCHA (LEGAL, NORMATIVA Y REGLAMENTARIA)

El acertijo de la “constitucionalización” del derecho de acceso a la información estuvo presente muy temprano en la génesis de la Ley Federal de Transparencia, aunque entonces asumió un sentido muy distinto al que aquí defendemos.

Como se sabe, en marzo de 2001 fue creada una comisión intersecretarial (Secretaría de Gobernación, Secretaría de la Contraloría, Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal) para realizar estudios comparados y redactar un anteproyecto para una ley de acceso a la información. En ese documento preliminar se adoptaron dos gruesos criterios que definieron el curso de las discusiones ulteriores:¹⁵

- La ley se aplicaría sólo a la administración pública federal (no a los otros poderes).
- Sería de aplicación “federal”, es decir, no tendría validez para estados y municipios.

¹⁵ López-Ayllón, Sergio, “La creación de la Ley de Acceso a la Información”, en Concha, Hugo *et al.*, *Transparentar el Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

Después del anteproyecto, el gobierno del presidente Fox decidió convocar a una consulta pública, con la participación de 204 personas en distintos foros celebrados en Monterrey, Guadalajara, Veracruz y el Distrito Federal. Por fin, el 30 de noviembre, el Ejecutivo envía a la Cámara de Diputados su propuesta; que es inmediatamente contestada (el 6 de diciembre) por otro grupo de diputados del Partido Revolucionario Institucional, del Partido de la Revolución Democrática, del Partido del Trabajo y Convergencia, dueños de una iniciativa de ley cuyo contenido, explícitamente, hacía suyo un proyecto redactado por el Grupo Oaxaca.¹⁶ Esa versión insistía en:

- a) Incorporar a los tres poderes federales y a los organismos constitucionales autónomos como sujetos obligados.
- b) Crear un órgano (llamado Instituto Nacional de Acceso a la Información) con la mayor autonomía respecto al Poder Ejecutivo, que conociera de las controversias en los tres poderes federales.

Hacer del órgano garante del derecho de acceso a la información un órgano constitucional autónomo (un IFE de la información, se decía) para dar el mayor peso político e institucional al nuevo derecho y otorgarle al instituto facultades para hacer recomendaciones no vinculatorias a los poderes Legislativo y Judicial, a las instituciones constitucionales autónomas y, aun, a las entidades federativas, fueron las propuestas que suscitaron el mayor debate. Ambas proposiciones tocaban un tema vertebral del derecho de acceso a la información en el país: el alcance de la ley federal y los límites de acción del órgano que garantizaría el acceso a la información pública.

No prosperaron. Ni la una ni la otra iniciativa pudieron cursar en sus términos. Algunas hipótesis implicaban necesariamente una reforma constitucional que arriesgaría y retrasaría obligadamente la aprobación de la Ley de Acceso a la Información en un tiempo de pluralismo tenso en el Congreso de la Unión; otras propuestas podían romper con el principio fundador de división de poderes y con la soberanía de los estados de la federación, que serían sometidos a las decisiones de una nueva institu-

¹⁶ Un grupo de académicos, periodistas y especialistas en el tema que jugaron un papel central en el impulso y confección de la Ley Federal de Transparencia.

ción federal.¹⁷ De esa suerte, al prevalecer ambos argumentos, el contorno de la ley de transparencia quedó bien definido: una norma que debía ser cumplida por todas las instituciones *federales* y un órgano garante que poseía jurisdicción “solamente” sobre uno de los poderes de unión: el Ejecutivo Federal y sus 240 entidades.¹⁸

No obstante, aun sin quererlo, esta decisión legislativa tuvo otra consecuencia todavía más vasta: implícitamente, el Congreso estaba forzando al país a una larga ruta de construcción jurídica e institucional en todos los estados de la federación, en los poderes de la unión y en todas las instituciones federales distintas al Ejecutivo. Como no emitió una “ley general” que obligase *tabula rasa* y sin distingos a todos los niveles de gobierno, el camino quedó trazado de otro modo: tendríamos que edificar una ley federal, varios reglamentos federales adicionales, acompañados de 32 leyes estatales y, acaso, de un buen número de reglamentos en los municipios de México.

En esa ruta estamos embarcados. El país cuenta ya con una ley federal que obliga al Ejecutivo y a otras quince entidades constitucionales autónomas que han de cumplir la ley de transparencia emitiendo de forma independiente sus propios reglamentos. Ellos son, en orden de aparición constitucional:

- 1) Cámara de Diputados.
- 2) Cámara de Senadores.
- 3) Auditoría Superior de la Federación.
- 4) Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 5) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- 6) Consejo de la Judicatura Federal.
- 7) Universidad Nacional Autónoma de México.
- 8) Universidad Autónoma Metropolitana.
- 9) Universidad Autónoma Chapingo.
- 10) Banco de México.
- 11) Instituto Federal Electoral.
- 12) Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

¹⁷ Dada esta discusión originaria, y desde entonces, en los círculos especializados, la idea de constitucionalizar la transparencia gubernamental se convirtió —erróneamente— en sinónimo de “constitucionalización del órgano de acceso”, pero el planteamiento ha evolucionado, como queremos demostrar en adelante.

¹⁸ López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 15, pp. 23 y 24.

- 13) Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- 14) Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- 15) Tribunales Agrarios.¹⁹

Del mismo modo, tenemos también 28 leyes consecutivamente aprobadas que los estados de la República han implementado soberanamente (cuadro 1). Y han surgido reglamentos de acceso a la información en alrededor de sesenta municipios²⁰ del país que han querido aportar al tema su propia perspectiva local.

CUADRO 1. LEYES DE TRANSPARENCIA EMITIDAS EN LOS ESTADOS (2002-2005)

<i>2002 (5)</i>	<i>2003 (8)</i>	<i>2004 (9)</i>	<i>2005 (6)</i>
Jalisco	Nuevo León	México	Sonora
Sinaloa	Durango	Quintana Roo	Campeche
Federal	Colima	Yucatán	Baja California
Aguascalientes	San Luis Potosí	Veracruz	Baja California Sur
Michoacán	Distrito Federal	Nayarit	Guerrero
Querétaro	Guanajuato	Zacatecas	Chihuahua
	Morelos	Tlaxcala	
	Coahuila	Puebla	
		Tamaulipas	

¹⁹ Finalmente, la Ley Federal de Transparencia los bautizó como “otros sujetos obligados”. El IFAI conoce de sus normativas confeccionadas con plena autonomía, y tiene como política cooperar y coadyuvar al mejor funcionamiento de la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información, respetando siempre su independencia y sus decisiones particulares. Conviene agregar que una reforma constitucional aprobada en abril de 2006 convirtió al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) en “otro sujeto obligado”, al otorgarle plena autonomía del Poder Ejecutivo Federal. La lista de “OSO’s”, entonces, se incrementará a dieciséis.

²⁰ Datos de los municipios que hasta mayo de 2006 habían notificado al IFAI la emisión de su reglamento de transparencia.

IV. EL FRACASO DE LA HETEROGENEIDAD

Como se ve, se trata de una construcción a muchas manos que ha tenido indudables ventajas (como la posibilidad de innovar a partir de la experiencia de otros; evitar costosas “curvas de aprendizaje”, etcétera). De esta manera, han surgido leyes ejemplares que rebasan en casi todos sus estándares a la federal y a las leyes del resto de los estados (Chihuahua es un caso notable, Campeche también, aunque ninguna de las dos entra todavía en pleno vigor). Otras entidades han dado pasos adicionales, convirtiendo en sujetos obligados de la ley a otros actores sociales, como los partidos políticos o los organismos no gubernamentales que reciben dinero público; o han fortalecido sus órganos de transparencia desde las Constituciones locales (como Chihuahua, Campeche, Morelos, Jalisco o Coahuila). Pero al mismo tiempo han surgido otras tantas disposiciones y prácticas que han impulsado débilmente o de plano han dejado trunco el derecho de acceso a la información, merced a una legislación descuidada y excesivamente tímida (Tamaulipas, por ejemplo, y Aguascalientes o Veracruz antes de sus reformas).

El solo hecho de que a cuatro años de arrancado el ciclo de construcción de la transparencia a nivel nacional, todavía hoy (mayo de 2006), Chiapas, Hidalgo, Oaxaca y Tabasco no cuenten con una ley de acceso a la información, no constituye solo un rezago para oaxaqueños o tabasqueños, sino que se convierte en un problema de todo el país y un nudo del derecho como tal, pues la práctica del acceso a la información federal queda inhibida en aquellas regiones donde localmente no es posible ejercerlo (¿para qué solicito información sobre los recursos federales que llegan a mi localidad si no puedo saber cómo se gastan en mi estado?).

Aunque estemos ante treinta y dos soberanías y una federación, en realidad el viaje de la transparencia se realiza en un mismo barco: el fracaso o el embotamiento federal jugará en contra de la transparencia local. Y al revés: la frustración o el enmohecimiento estatal desanima el desarrollo y el uso de la ley federal. Veamos algunos ejemplos —estrictamente legales— que pueden ilustrar cuanto llevamos dicho.

El artículo 39 de la ley de Guanajuato dice: “cualquier persona... podrá solicitar información ante las unidades de acceso a la información pública... En todo caso, la solicitud deberá contener... el nombre del soli-

citante y domicilio para recibir notificaciones, mismo que deberá estar ubicado en el lugar donde reside la unidad de acceso a la información pública a la que se presente la solicitud”. Es decir: para saber, hay que vivir (o mudarse) donde la unidad de acceso.²¹

28 estados con Ley de Transparencia



Otro ejemplo es el artículo 5o. de la ley de Quintana Roo: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por... derecho a la información: la facultad de los ciudadanos quintanarroenses y personas morales que tengan su domicilio fiscal en la entidad, de allegarse y tomar conocimiento de la información que generen, administren o resguarden los sujetos obligados”. En otras palabras: sólo los quintanarroenses pueden pedir información de su estado.

En este rubro, Baja California acusa una dualidad imposible en su ley: el artículo 31 obliga a que la solicitud de información esté debidamente acompañada de la firma autógrafa de los ciudadanos, y que debe sellarse de recibido en original y copia para ser entregada al solicitante, o sea: su-

²¹ Debe apuntarse, sin embargo, que el gobierno del estado y las autoridades locales de acceso a la información, con gran voluntad, han ido más allá, ampliando las posibilidades del derecho mediante solicitudes electrónicas. El domicilio electrónico es interpretado como “un domicilio perteneciente al lugar donde reside la unidad de información”.

pone un procedimiento que debe celebrarse en la ventanilla oficial. Dos artículos después (34), la misma ley dispone la posibilidad de instaurar medios remotos, electrónicos, para el acceso. Un criterio y otro son totalmente contradictorios, y si es permitido el segundo, ¿para qué las taxativas del primero?

Solventar estos problemas ha requerido la decisión de las administraciones, gobiernos y/o las autoridades locales de transparencia, quienes, literalmente, han debido generar instrumentos extraordinarios para dar la vuelta, forzar e ir más allá de la ley local. El ejercicio del acceso a la información se traslada entonces a la voluntad del gobernante o a la disposición de los funcionarios, pero no a la solidez legal.

Los problemas siguen. Si usted quiere que la institución garante trabajo con muchos contratiempos, haga lo que Tlaxcala: constituya un Consejo de Transparencia honorífico, sin sueldo, integrado por cinco representantes de universidades públicas, privadas, empresariales, de organismos no gubernamentales y del Congreso del Trabajo, con recursos escasos, coordinado por un secretario técnico propuesto por el gobernador, y por si fuera poco haga que sus comisionados duren en su encomienda ¡sólo un año!

Sonora también constituye un Instituto de Transparencia Informativa (órgano técnico del Congreso local) con tres vocales cuyas funciones son las de emitir lineamientos y promover la cultura de la transparencia; pero cuando exista litigio y controversia que exijan de criterios específicos, el proceso se irá por otro lado, desembocando al final en el Tribunal estatal Electoral (artículo 49). Veremos en el futuro cómo funciona el esquema sonoreño, pero de entrada llama la atención por la dualidad del arreglo institucional.

CUADRO 2

Modelo 1 (8 casos)	El Congreso del estado los propone y aprueba por mayoría calificada <i>Campeche, Chihuahua, Coahuila, Jalisco, Morelos, Nayarit, Quintana Roo y Sonora</i>
Modelo 2 (6 casos)	Propuestos por el titular del Ejecutivo del estado y aprobados por el Congreso del estado <i>Colima, Durango, Michoacán, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas</i>

CUADRO 2 (continuación)

Modelo 3 (1 caso)	Cada uno de los poderes del estado designa a un consejero. El titular del Ejecutivo designa además al director general del Instituto <i>Guanajuato</i>
Modelo 4 (7 casos)	Propuestos por la sociedad y aprobados por el Congreso del estado <i>Baja California, Distrito Federal, Guerrero, Nuevo León, Puebla, Querétaro y Tlaxcala</i>
Modelo 5 (3 casos)	El titular del Ejecutivo los designa y lo hace del conocimiento del Congreso del estado, quien podrá objetar <i>Federal, México y Yucatán</i>
Modelo 6 (1 caso)	Diez integrantes: tres diputados de la Comisión Permanente de Transparencia del Congreso estatal; el secretario general de gobierno del estado; un magistrado designado por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y el secretario general de cada uno de los cinco municipios <i>Baja California Sur</i>

El cuadro que sigue da cuenta, *grosso modo*, de los “modelos institucionales” que se están ensayando en la República para promover el derecho de acceso a la información y resolver las controversias en la materia:

CUADRO 3

Modelo 1 (4 casos)	<i>Órgano constitucional autónomo</i> Chihuahua, Coahuila, Jalisco y Morelos
Modelo 2 (19 casos)	<i>Organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, autonomía operativa, presupuestaria y de decisión</i> Campeche, Colima, Distrito Federal, Durango, <i>Federal</i> , Guanajuato, Guerrero, México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Querétaro,* San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas

* La ley establece en el artículo sexto transitorio que el OAIP tendrá autonomía constitucional a partir de una reforma a la Constitución Política, misma que hasta la fecha no se ha llevado a cabo.

CUADRO 3 (continuación)

Modelo 3 (1 caso)	<i>Órgano de carácter permanente, de consulta, honorífico y de evaluación</i> Tlaxcala
Modelo 4 (1 caso)	<i>Órgano ciudadano, auxiliar de los sujetos obligados, con atribuciones de vigilancia, consulta y propuesta</i> Baja California
Modelo 5 (1 caso)	<i>Órgano interinstitucional conformado por los tres poderes públicos y municipios del estado, que se encargará de garantizar el ejercicio, disfrute, promoción, difusión e investigación del derecho de acceso a la información pública</i> Baja California Sur

La lista es larga y los problemas de la heterogeneidad se multiplican en muchas direcciones. Aguascalientes y Veracruz han tenido que cursar un largo proceso de reforma para poder crear un órgano de acceso, mientras que Tamaulipas no contempla la creación de ninguna instancia promotora, especializada en el acceso a la información.

CUADRO 4

<i>Entidades federativas</i>	<i>Partidos políticos como sujetos obligados</i>
Guanajuato, Guerrero, México, Nuevo León, Puebla (5)	<i>NO</i>
Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Jalisco, Michoacán, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas (16)	<i>SÍ</i>
Baja California, Campeche, Distrito Federal, Durango, Nayarit, San Luis Potosí, Tamaulipas (7)	<i>No los señala expresamente la ley</i>

Otro notable ejemplo de esquizofrenia nacional es el de los partidos políticos: dieciséis leyes de transparencia los convierten ya en sujetos obligados, otras doce no, abriendo la puerta, en siete casos, para interpretaciones propias de los órganos de acceso. Mientras tanto, la Ley Federal permite un intrincado acceso a la información de los partidos políticos gracias a la creativa y empeñosa intervención (e intermediación) del Instituto Federal Electoral.

Existen muchísimos más puntos de “falla” donde las leyes de transparencia se quiebran y se vuelven débiles; pero hemos querido llamar la atención sobre estos tres ejemplos (requisitos para solicitar información gubernamental, órganos de acceso, partidos políticos) para dar cuenta de ese *boom* heterogéneo que se ha instalado en casi toda la República a falta, por así decirlo, de una “guía constitucional” para la construcción del derecho.

Hasta cierto punto era previsible que así fuera, pues se trata de la primera construcción institucional (pos-transición) que ocurre en un ambiente democrático “descentrado”, es decir, que ocurre por iniciativa de los gobiernos, de la política local y de las prioridades institucionales propias, sin que medie ninguna intervención ni injerencia de un “centro” regulador o de la federación.

Pero resulta que toda esta heterogeneidad está militando en contra del sujeto principal de las leyes de acceso: el ciudadano, la persona que exige la información. Como tratamos de mostrar en este recuento impresionista, el sencillo derecho de pedir información a los gobiernos en México está adquiriendo las más variadas tonalidades, pues los procedimientos y los arreglos institucionales, las taxativas, los límites, la apertura, la tecnología disponible y los documentos accesibles son hartamente distintos. La pregunta es inevitable: ¿conviene este tipo de heterogeneidad?, ¿puede un derecho fundamental tener tantas versiones como gobiernos, jurisdicciones administrativas y soberanías?, ¿puede un derecho democrático diferenciar a los mexicanos de modo tan subrayado, dependiendo de la entidad federativa, del lugar de residencia o de nacimiento de un ciudadano?

El Instituto Federal de Acceso a la Información ha discutido una y otra vez esta problemática en distintos foros públicos,²² con especialistas, go-

²² Sobre todo en la Semana Nacional de Transparencia (ciudad de México, junio de 2005); en el Congreso Nacional de Transparencia Local (Guadalajara, 2005) y en el Encuentro Nacional para la Apertura Gubernamental (marzo de 2006).

bernadores, alcaldes, académicos, organismos de la sociedad y con las autoridades locales en materia de transparencia. Ha surgido un consenso que parece señalar una ruta promisorio: es inconveniente intentar una ley general de transparencia, haciendo caso omiso de realidades locales (políticas, jurídicas, materiales, humanas).

Pero también conviene intentar un “segundo impulso”: consolidar lo avanzado, al mismo tiempo que se elevan las condiciones y las exigencias mínimas que deben ser cumplidas por todas las legislaciones del país y por la práctica de todos los niveles de gobierno. No una homogeneidad forzada, pero sí un piso mínimo exigible para cualquier gobierno de la compleja democracia mexicana.

De hecho, tres gobernadores de tres estados y de tres partidos distintos (Amalia García de Zacatecas, Armando Reynoso de Aguascalientes y José Reyes Baeza de Chihuahua) firmaron en noviembre un documento en esa dirección: la “Declaración de Guadalajara”, en la que proponen una reforma constitucional que incorpore al texto fundamental el derecho de acceso a la información pública y los requisitos mínimos a cumplir en y por toda la República, a saber:

- Otorgar a todo mexicano y a toda persona los mismos derechos, es decir, sujetar las leyes a los principios de máxima publicidad y gratuidad.
- Facilitar al máximo la solicitud de información sin condicionantes artificiales, como la exigencia de demostrar personalidad, firma, identificación o interés jurídico.
- Poner a disposición del público todas las modalidades para tramitar solicitudes de información, incluyendo las herramientas electrónicas.
- Crear instancias profesionales, autónomas e imparciales para generar una cultura de transparencia y garantizar el acceso a la información en caso de controversia.
- Establecer sanciones para los funcionarios que nieguen dolosamente la información.
- La obligación de todos los órganos públicos de transparentar los principales indicadores de gestión.
- Asegurar la protección de los datos personales.

Se trata de probar una ruta que México ya exploró con razonable éxito en materia electoral (cuando en 1996 fueron incorporados a la carta magna una serie de mecanismos de control de constitucionalidad y un catálogo de principios obligatorios a ser observados en todas las legislaciones locales). Luego de cuatro años de debate, emisión de leyes, reformas a las mismas, construcción institucional, experiencia práctica en el ejercicio del derecho y evaluaciones críticas a lo largo y ancho de la República, la idea de constitucionalizar ha adquirido otro carácter: ya no la de edificar otro órgano cuasi-jurisdiccional especializado dentro de la carta magna, sino el de incorporar al cuerpo constitucional una serie de criterios “mínimos” que guíen el desarrollo del acceso a la información y la transparencia en toda institución pública y en todo nivel de gobierno. Porque más allá de las políticas públicas, se trata de un derecho cada vez más importante para la ciudadanía y para la vida democrática de México. Por tanto, un derecho que merece un lugar en nuestro edificio constitucional.

V. LA CURVA DE LAS RESISTENCIAS

Nuestro segundo argumento es fruto de la experiencia: tres años de avance, expansión y fricción del derecho de acceso a la información en el poder federal. En ese tiempo, ha desfilado una secuencia de estrategias cuyo objetivo evidente es el de posponer o resistir el avance de la transparencia. Sabido es que a ningún gobierno le resulta fácil o demasiado estimulante sujetarse a las molestias de este derecho fundamental,²³ pero el caso mexicano ofrece algunas características que merecen ser analizadas. El IFAI ha ubicado tres momentos, tres estratagemas bien definidos que ilustran la curva de las resistencias a la Ley Federal de Acceso a la Información.

- a) En las postrimerías de 2003, algunas secretarías y dependencias promovieron directamente, sin mediación, diversos amparos en contra de las resoluciones del Instituto Federal de Acceso a la Información. Era un acto difícil y temerario, pues el artículo 59 de la

²³ Schedler, Andreas, “¿Qué es la rendición de cuentas?”, *Cuadernos de Transparencia*, México, num. 3, 2005.

Ley Federal de Transparencia es categórico: “Las resoluciones del IFAI serán definitivas para las dependencias y entidades...”. Así que la apuesta se erigió sobre bases jurídicas extraordinariamente débiles. Gracias a una consistente interpretación del Poder Judicial, esos amparos fueron desechados y las dependencias debieron acatar en todos los casos las resoluciones del IFAI.

CUADRO 5. AMPAROS CONCLUIDOS
(NOVIEMBRE DE 2005)

<i>Persona</i>	<i>Número de amparos</i>		
	<i>Resueltos a favor del IFAI</i>	<i>Resueltos en contra del IFAI</i>	<i>Total</i>
<i>Dependencias y entidades (estrategia A)</i>	9	0	9
<i>Servidores públicos (estrategia B)</i>	11	0	11
<i>Personas morales de derecho privado (estrategia C)</i>	31	2	33
<i>Otros (particulares)</i>	18	15	33
<i>Total</i>	<i>69</i>	<i>17</i>	<i>86</i>

- b) Meses después sobrevino una etapa más: una serie de servidores públicos —funcionarios en lo individual— que interpusieron sus propios juicios de amparo en contra de las resoluciones de la institución de transparencia. Fueron once funcionarios que discutían la jerarquía de la Ley de Transparencia frente a otras leyes que, supuestamente, salvaguardaban el secreto. El resultado fue prácticamente el mismo: el IFAI ganó todas las controversias en los tribunales.
- c) Visto el tamaño del fracaso, los estrategas proclives a la opacidad idearon una tercera táctica sin duda más astuta: ya no serían las de-

pendencias del gobierno ni los funcionarios públicos quienes opondrían resistencia a las resoluciones del IFAI, ahora serían personas morales, poderosas empresas privadas (bancos, telefónicas, gaseras, etcétera) que concurrían como tercero interesado para interponer los recursos legales del caso en un esfuerzo por mantener la reserva de la información gubernamental, arguyendo un interés propio en el meollo de la controversia. Se trató de una ardua batalla legal en la cual, de 33 casos, 31 fueron resueltos a favor del acceso público a los documentos públicos.

Como muestra el cuadro 5, en otros 15 casos el IFAI ha sido corregido por los tribunales merced a juicios de amparo promovidos por particulares que solicitaron información a las dependencias y entidades federales. Es decir, siguió imperando el principio de publicidad. En todos esos casos la justicia ha concedido los amparos, pero no por cuestiones de fondo ni para negar la apertura, sino por cuestiones formales en la sustanciación de los mismos.

* *

En el inter, se han probado otras tantas variantes de la resistencia (como el sistemático recurso de las declaraciones de “inexistencia”), otros tantos esfuerzos, cada vez más profundos y serios —por su origen y por su posible alcance— para frenar el avance del acceso. Sobresale la “vía legislativa”, las reformas legales que quieren colocar un dique definitivo de una vez por todas al acceso a la información.

Algunas limitaciones legales a la transparencia y a la universalidad de su procedimiento han tenido éxito (por ejemplo en el Reglamento del Infonavit), pero la reforma a una ley orgánica que varios senadores propusieron, ciertamente, iba más allá. Según esa propuesta —ya retirada por fortuna—, todas las determinaciones del IFAI, todas las controversias, de cualquier naturaleza, podrían ser impugnadas por los sujetos obligados de la ley ante una instancia aparte: el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa. Y aunque la iniciativa no aludía por su nombre al IFAI, en el diagnóstico, no se ocultaban las recriminaciones a la actuación de la institución:

...se faculta al Tribunal para conocer de las resoluciones administrativas favorables a un particular en materia de acceso a la información pública gubernamental... se considera de suma importancia dotar a las autoridades administrativas de la posibilidad de acudir ante una instancia jurisdiccional cuando consideren que la autoridad competente en materia de transparencia y acceso a la información pública gubernamental ha excedido sus atribuciones, o bien haya resuelto en contravención a la ley.

De suyo, el planteamiento es complicado: el sujeto que la iniciativa proponía defender —mediante un tribunal— es el funcionario, no el ciudadano; los litigios que resuelve ocurren entre dos autoridades (el funcionario, la dependencia y el IFAI), mientras el ciudadano (primer interesado) es puesto en gayola como “tercer interesado”. O sea: para encarar los “excesos” de la transparencia y de su órgano especializado se invita a un juzgado no especializado, y para corregir los problemas de una ley de acceso a la información se proponía una reforma en ¡una ley orgánica de un tribunal administrativo! Por fortuna la iniciativa quedó desechada luego de una escaramuza pública en la que el IFAI advirtió las consecuencias de tal reforma, y al final, los senadores actuaron con sensibilidad.

No obstante, queda una lección de fondo: los instrumentos de la transparencia siguen siendo frágiles, malmirados por intereses creados, malentendidos y proclives a retrocesos. Por eso, quizá es la hora de discutir la manera en que este derecho pueda ser asegurado, una forma de arrebatarlo de la coyuntura, el capricho, la ocurrencia o la animadversión, ésta o aquella, hoy o mañana, de políticos y funcionarios. Pues mientras los principios de la transparencia y el acceso sigan habitando el nivel y el espacio de una ley, pueden ser contrarrestados o cancelados con otra ley o con una reforma legal. Ponerlos a salvo de tales vaivenes es posible si se colocan en otro piso: el de la Constitución.

No es un deseo corporativo: ocurre que a lo largo de los litigios que ha enfrentado el IFAI, distintos jueces individuales, lo mismo que tribunales colegiados de circuito e incluso la Sala Superior de la Suprema Corte, han inclinado sistemáticamente la balanza a favor de la transparencia y el acceso, con argumentos que colocan a ambos valores en el nivel de un derecho fundamental. Por ejemplo, dice la Suprema Corte: sólo procede el juicio de amparo si lo que está en juego es el patrimonio de las instituciones federales; sólo se dará entrada al amparo si es que el litigio en materia de acceso puede implicar “una disminución material de

sus bienes”. En cualquier otro caso, “las dependencias están obligadas a exhibir la documentación respectiva”. Otro ejemplo: un “funcionario no tiene interés jurídico para tramitar el juicio de amparo, ya que sólo está cumpliendo una orden, y la misma no afecta sus derechos personales e individuales”. O este otro en el que Telmex (usuario frecuente de la ley) ponía en cuestión la misma constitucionalidad de la norma: “la resolución de entregar información es para la entidad (COFETEL) y no para la compañía... los documentos que obran en los archivos de una agencia gubernamental —aunque provengan de otras fuentes— son públicos...”. Y remata la Suprema Corte: “Pensar que la información en la que tienen injerencia los particulares y que obra en resguardo de las autoridades federales no puede ser proporcionada para consulta de otros ciudadanos equivaldría a negar el derecho a la información que establece el artículo 6o. de la Constitución”.

Todas estas tesis y afirmaciones judiciales han reforzado una idea central para el desarrollo institucional de México: que el acceso a la información es un valor que está por encima de los intereses particulares, de instituciones, funcionarios y personas morales; que el acceso es un bien público y, por lo tanto, cuenta con una tutela privilegiada en nuestro edificio legal. La conclusión jurídica, política y lógica es ésta: la transparencia pertenece (o debe pertenecer) al mundo constitucional.

No se trata de crear un “superpoder”, sino de asegurar a todos los actores de la sociedad mexicana (funcionarios, particulares, instituciones públicas, empresas privadas, Estado y mercado) que la transparencia y el acceso a la información es una de esas reglas del juego esencial e irrenunciable en la nueva democracia mexicana.

Por eso, quizá sea la hora de la constitucionalización: imaginar las características y los procesos obligatorios para obtener la información pública del gobierno en todos sus niveles, en todas las instituciones, sin lamentaciones ni disculpas. La transparencia es una de esas conquistas políticas (más bien escasas) que México puede exhibir a su sociedad y al mundo. Es uno de los avances a los que no podemos ni debemos renunciar. Hay que constitucionalizar... también por eso.

EN BUSCA DE ARMONÍA Y EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Edgar CORZO SOSA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desfase normativo*. III. *Doble desequilibrio*. IV. *Posición jurídica del Instituto Federal de Acceso a la Información*. V. *Propuesta de reforma constitucional*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Era difícil suponer que lo que inició siendo una gran preocupación en un gobierno de alternancia política trajera como resultado el reposicionamiento de un derecho fundamental que al introducirse en nuestro sistema jurídico quedó como una propuesta espejo del interés gubernamental prevaleciente en ese entonces.

El derecho a la información, nuevo derecho fundamental de los años setenta, no estaba llamado a ser, por las circunstancias que lo rodeaban, uno de los derechos fundamentales con mayor presencia en el proceso democrático. Tuvieron que pasar más de veinte años para que la ola de inquietudes internacionales produjera vientos alentadores en la nueva relación que se iba a crear entre el derecho y la práctica gubernamental, a propósito del derecho a la información.

No era común, hasta entonces, innovar el sistema jurídico para introducir un derecho fundamental que llevara por misión especial la transformación del propio gobierno que lo estaba propiciando. Ni lo fue durante más de dos décadas después de su introducción. Las relaciones entre práctica gubernamental y derecho caminaban más bien por el sendero de la función justificadora y legitimadora de este último respecto de lo que

aquél quería alcanzar, y no era precisamente la idea de un gobierno más democrático.

Una vez expedida la ley reguladora del derecho a la información, en su vertiente de accesibilidad, junto con la política gubernamental de transparencia, la situación adquirió una intensidad tal, que lo hecho durante los últimos cinco años contrasta con lo que no se pudo hacer por más de veinte años, pero no sólo en relación con el derecho a la información sino también con cualquier otro derecho o práctica gubernamental.¹

Ya dentro del análisis de estos últimos cinco años, percibimos que este tiempo ha estado marcado por una fuerte corriente que está llenando los cauces que anteriormente estaban vacíos, pero abriendo otros cauces que no estaban previstos. Todo ha sido bregar en favor del derecho a la información y de la transparencia gubernamental. La vida privada de los individuos y la relación especial de sujeción que guardan los servidores públicos ha recibido una fuerte sacudida.

Por tal razón, considero que es necesario analizar los aspectos que marcan tendencias jurídicas, pero también los que han llegado a torcer la noción de que el individuo es el principal titular de los derechos fundamentales, por más dimensión institucional que se quiera extraer de sus derechos.

II. DESFASE NORMATIVO

Que el sistema jurídico de un país se cimbre cuando ha sido motivo de una reforma constitucional y legal resulta hasta cierto punto normal, siempre y cuando dicha innovación sea producto de las necesidades sociales. Un cambio jurídico sin respaldo social tiene una misión de largo plazo que cumplir para lograr incorporarse, con la duda de si finalmente lo logre. Un cambio jurídico reflejo de una necesidad social tiene una misión que cumplir en lo inmediato, como el derecho a la información.

El derecho a la información tiene un origen particular que conviene traer a colación, ya que fue reflejo de lo que en su tiempo nuestra sociedad demandó, pero sin producir mayores consecuencias. La evolución poste-

¹ Sería interesante contraponer este encuentro entre práctica gubernamental y derecho en el periodo de la renovación moral de la sociedad, que trajo reformas jurídicas de gran relevancia, con los últimos cinco años de transparencia y derecho a la información.

rior de este derecho, tanto legal como judicial, ha tenido un peculiar desarrollo. Por tal motivo, consideramos necesario hacer referencia en este apartado al desfase normativo que se ha producido entre la Constitución federal, la ley federal que regula uno de sus contenidos y los criterios judiciales emitidos al amparo de ambos, así como al desfase normativo que ha tenido lugar entre la Constitución federal y las Constituciones locales, todo ello con miras a obtener un diagnóstico incipiente pero aproximado, desde el punto de vista normativo, del derecho a la información.

1. *Entre Constitución federal, ley federal y criterios judiciales*

Con la reforma de 1977 al artículo 60. de la Constitución federal se introdujo la expresión “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, con la cual se amplió nuestro catálogo de derechos humanos en una vertiente hasta ese entonces escasamente explorada: la institucional, ya que al producirse dentro de la gran reforma política de ese año, la exposición de motivos reconoció que dicha reforma se efectuó con la finalidad de permitir a los partidos políticos el acceso a los medios de comunicación en aras de que la sociedad contara con una pluralidad de opiniones,² y no precisamente con un derecho individual.

Esta dimensión institucional del derecho a la información continúa desempeñando un papel importante en el desarrollo de este derecho, ya que lo que en un inicio fueron razones político-electorales, actualmente son principios inherentes a las políticas públicas de transparencia y rendición de cuentas, aspectos que forman parte fundamental del constitucionalismo democrático en donde el centro de gravedad ya no está en la limitación al poder para que los individuos gocen de libertad, sino en enmarcar las acciones de gobierno dentro del contenido establecido en la Constitución democrática, sin olvidar que la dimensión institucional de los derechos humanos impulsa fuertemente la noción de gobierno democrático.³

² El Poder Judicial de la Federación vio en este derecho, desde el inicio, una garantía electoral subsumida en la reforma política, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran su plataforma electoral a través de los medios de comunicación masiva. Véase novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XI, abril de 2000, tesis P. XLV/2000, p. 72 (registro 191981).

³ La libertad de expresión y el derecho a la información tienen como dimensión institucional la opinión pública; el derecho de asociación, en cambio, la participación en la

El derecho a la información es parte de este proceso, ya sea que se le vea como garantía de los partidos políticos para acceder a los medios de comunicación o como un derecho de los individuos relacionado con la transparencia y la rendición de cuentas.

La dimensión individual del derecho a la información, aquella que tiene que ver más con las necesidades propias del individuo que con su involucramiento social, también ha sido motivo de especial análisis, principalmente en algunos criterios judiciales. La atención se ha centrado en la confidencialidad que debe guardarse respecto de ciertos documentos en poder de las autoridades administrativas,⁴ tema interesante que constituye un punto de tensión entre el derecho a la información en su dimensión individual y en su dimensión institucional, sobre el cual queremos exponer nuestra opinión.

El manejo de la confidencialidad de los documentos⁵ mantiene un doble significado según se atienda a la dimensión individual o a la institu-

toma de decisiones colectivas. Los derechos político electorales guardan una posición preferente en esta dimensión institucional, ya que tienen vinculación directa con el proceso democrático. Nótese que partimos de la idea de un constitucionalismo democrático en el que se reconoce valor a las decisiones democráticas, y no precisamente de aquel en el que cualquier decisión mayoritaria debe ceder ante el compromiso de la Constitución con los derechos humanos.

⁴ Dejamos a un lado criterios judiciales en relación con el derecho a la información como la obligación del Estado a informar verazmente; su limitación por intereses nacionales y de la sociedad, así como por derechos de terceros; la existencia de un acto autoritario que vulnere el derecho a la información del gobernado para tener interés jurídico y acudir al juicio de amparo, y la actuación de las autoridades en la cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, constituyendo una violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional.

⁵ La información reservada es otro tema de especial interés, sin embargo no lo abordaremos en esta ocasión, ya que consideramos que su aplicación ha sido confiada al legislador excluyendo la discrecionalidad de las autoridades, lo que al parecer no sucede con la confidencialidad aplicable al contenido de la información. Así, para que la información sea reservada, debe haberlo considerado expresamente el legislador. Llama la atención la reciente resolución de nuestro más alto tribunal al resolver el amparo en revisión 1477/2004 en su sesión del 15 de mayo de 2006, en el que fue impugnada la negativa de acceso a la información por parte del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública respecto de la solicitud planteada por Juan Pedro Machado Arias, al haber considerado que se trataba de documentos reservados hasta pasado un año, ya que junto con la negativa se impugnó la constitucionalidad del artículo 15 de los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal emitido por dicho Instituto (publicados el 18 de

cional del derecho a la información, caracterizada la primera de ellas por la existencia de diversas leyes que tomaron en cuenta, dentro de su regulación propia, la confidencialidad, y la segunda que tiene como nota distintiva la existencia de una ley especial expedida en 2002 en la cual prevalece un especial criterio sobre la confidencialidad. De no distinguirse estos supuestos se producirá una confusión que creemos redundará en perjuicio del derecho a la información.

Antes de la expedición de la ley en materia de transparencia y acceso a la información en 2002, la confidencialidad mantenía una relación más estrecha con el contenido de la información que con los datos personales. Así, por ejemplo, el secreto bancario, fiduciario, industrial o comercial fueron temas de especial preocupación en las legislaciones correspondientes, determinándose que sólo podía accederse a esa información mediante una orden judicial. Lo mismo acontecía en otros asuntos en los que la temática resultaba de especial cuidado.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia reconoció esta particularidad del contenido de la información en tres casos. En uno de ellos, la ley orgánica municipal de una entidad federativa limitaba la expedición de copias certificadas de documentos, constancias de archivo y libro de actas de los ayuntamientos, exclusivamente a quienes demostraran tener interés legítimo y siempre y cuando no perjudicara el interés público, ya que el contenido de la información involucraba la discusión y resolución de intereses de índole municipal, por lo que su difusión no podía ser indiscriminada o general, ni obedecer a la simple curiosidad del ciudadano.⁶ En el segundo asunto se dijo que el artículo 22 de la Ley del Seguro Social no violaba el derecho a la información al establecer la confidencialidad de los documentos, datos e informes proporcionados al Instituto, ya

agosto de 2003), sobre todo porque se cuestionó la facultad otorgada en dicho documento al Instituto para determinar el momento a partir del cual debe computarse el plazo en que una información clasificada debe permanecer en reserva (“el periodo de reserva correrá a partir de la fecha en que se clasifica el expediente o documento”), ya que el quejoso consideró que ello debía ser materia de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y no de los Lineamientos Generales. El asunto fue sobreesido por unanimidad de ocho votos, toda vez que el plazo de reserva aplicado a la información solicitada, un año, ya había transcurrido, por lo que el acto reclamado, la negativa, se había consumado de manera irreparable.

⁶ Véase novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis P. LXI/2000, tomo XI, abril de 2000, p. 71 (registro 191966).

que son estrictamente confidenciales y no pueden comunicarse o darse a conocer en forma nominativa o individual, para evitar que la información sea conocida indiscriminadamente, salvo cuando se trate de juicios y procedimientos en los que dicho Instituto sea parte y en los casos previstos en la ley.⁷ En el tercer caso, el Pleno de la Suprema Corte sostuvo que los artículos 48 de la Ley y el 104 del Reglamento Interno, ambos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, no violan el derecho a la información al establecer como facultad discrecional la expedición de documentos y copias, ya que tampoco la prohibían, quedando en manos de la autoridad la decisión de acceder a ellas.⁸

Estos criterios judiciales hacen presuponer que las disposiciones legales o reglamentarias que establecen la confidencialidad de documentos, datos e informes, así como aquellas que regulan el manejo discrecional para la entrega de dicha información, están en congruencia con el derecho a la información.⁹

Ahora bien, resulta conveniente plantearnos la interrogante de si una vez aprobada y publicada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002, la anterior situación cambió o, por el contrario, el sistema previsto en dicha ley recoge lo dispuesto en las leyes que le preceden y, junto con ellas, su interpretación judicial.

La regulación constitucional del derecho a la información sigue siendo la misma ya que no ha sido objeto de ninguna reforma constitucional, y su contenido, en consecuencia, ha sido delimitado por los criterios judiciales emitidos. Sin embargo, debemos analizar si el contenido de la nueva ley cambió en algo el contenido constitucional del derecho a la información en lo que ahora nos ocupa.

Es factible sostener que de un examen de la nueva ley y de los antecedentes que llevaron a su expedición, así como de lo dispuesto en la expo-

⁷ Véase novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis P. XLVII/2000, tomo XI, abril de 2000, p. 72 (registro 191979).

⁸ Véase novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis P. XLVI/2000, tomo XI, abril de 2000, p. 74 (registro 191980).

⁹ No puede obviarse el hecho de que el conocimiento de cierta información por personas ajenas al quejoso puede dar lugar a represalias por las autoridades u otros particulares, perderse la confianza en la institución que no manejó correctamente la confidencialidad, afectar el derecho a la intimidad de personas que han sufrido vejaciones incluso sexuales y, en general, la información puede ser utilizada con fines ilícitos.

sición de motivos, se desprenden principios como el de máxima publicidad¹⁰ e interdicción de la discrecionalidad por la autoridad pública, que hacen que el derecho a la información expanda su contenido incluso frente a la confidencialidad y manejo discrecional de la información, ya que estos supuestos sólo son admisibles cuando así lo establezca expresamente la ley.

Esta posición, independientemente de que cambiaría el contenido constitucional del derecho a la información ya fijado por criterio judicial, no parece estar conforme con el contenido de la ley que interpreta; incluso la contradice.

En la ley de transparencia están previstos dos tipos de información confidencial: la regulada en el artículo 18 y que tiene que ver principalmente con datos personales, y la establecida en la primera fracción del artículo 14, relacionada con el contenido de la información. A esta última, la ley de transparencia también la considera información reservada, junto con la regulada en el artículo 13.

En la ley de transparencia, entonces, hay dos preceptos que regulan la información confidencial (18 y 14-I) y dos preceptos que regulan la información reservada (13 y 14).

Ahora bien, el legislador utilizó dos técnicas para otorgarle a la información la calificación de reservada. En una de ellas, la propia ley de transparencia directamente señaló la información que debía considerarse reservada (artículo 13); en la otra, que es la que nos interesa por encontrarse allí uno de los tipos de información confidencial, el legislador acudió a la remisión legislativa (artículo 14-I).

En la redacción de la fracción I del artículo 14, el legislador de 2002 hizo referencia expresa al legislador anterior,¹¹ remisión que lleva por objetivo respetar lo que en otras leyes ya expedidas había regulado otro legislador, o incluso él mismo, evitando con ello un doble esfuerzo. Es más, el legislador de 2002 no sólo respetó al que le precedió sino que

¹⁰ Principio incluido recientemente con la reforma al artículo 6o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, aprobada por ambas cámaras en abril de 2006, precepto legal en el que ahora se establece la “máxima” publicidad y “disponibilidad” de la información en posesión de los sujetos obligados.

¹¹ Dicho precepto legal establece: “Artículo 14. También se considerará como información reservada: I. La que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial...”.

también tomó en consideración al legislador actual y al de mañana, ya que la remisión legislativa sigue siendo aplicable en esos supuestos. En todos estos casos, el legislador de 2002 hizo suyos los criterios de clasificación de las otras leyes. Ésta es la razón por la cual en la fracción I del artículo 14 se afirma que es información reservada la que por disposición expresa de otra ley sea considerada confidencial o reservada.

Luego, no parece aceptable que los criterios judiciales en los cuales se consideraban como constitucionales las disposiciones legales o reglamentarias que permiten la confidencialidad de documentos, datos e informes, y las que permiten la discrecionalidad de las autoridades para entregar información sobre sus funciones, hayan quedado superados por la ley de 2002, ya que se emitieron con base en disposiciones legales que la propia ley respetó e hizo suyas.¹²

No obstante lo anterior, consideramos que hay un desfase entre el texto constitucional que establece el derecho a la información, lo que las leyes no especiales han regulado al respecto junto con los criterios judiciales emitidos y lo que la ley especial de 2002 establece. No podemos perder de vista que con la expedición de la ley de transparencia se ha dado una sacudida al derecho a la información, sobre todo al vincularse con las preocupaciones estatales de transparencia y rendición de cuentas, lo que representa cambios jurídicos en los que intervienen inercias políticas que conviene tomar en consideración para evitar la presencia de una regulación frágil, pero ello no puede desconocer lo ya realizado y querido por el mismo legislador.¹³

2. Desfase entre Constitución federal y Constituciones locales

El artículo 6o. de la Constitución federal regula el derecho a la información con una expresión lacónica de la cual podemos extraer dos consecuencias:

¹² Este sistema de determinación de la información confidencial por remisión a la clasificación que de confidencial realizan otras leyes se sigue en algunas entidades federativas como por ejemplo Campeche (artículo 28-IV), Estado de México (artículo 25-II), Guanajuato (artículo 18-VI), Quintana Roo (artículo 29-VI), Sonora (artículo 27-III) y Veracruz (artículo 10-VI).

¹³ El desfase expuesto puede presentarse en otros contenidos de la ley, por ejemplo la clasificación de la información como reservada.

Si la asociamos al legislador federal, de entrada puede concluirse que dejó la configuración de este derecho en sus manos, ya que la expresión “el derecho a la información será garantizado por el Estado” parece dirigir su contenido principalmente a la obligación del Estado de hacer lo que esté a su alcance para que este derecho sea cumplido, quedando el resto del contenido, no evidente en la redacción, para ser configurado por el legislador. Es más, ha sido el legislador federal el que ha regulado con detalle este derecho, mientras que el juzgador sólo recientemente ha empezado a emitir sus criterios, después de tres años de haber entrado en vigor la ley de transparencia.

Una segunda consecuencia está asociada con la complejidad de nuestro sistema federal, y concretamente con el régimen constitucional de las entidades federativas.

El Estado mexicano adoptó la forma de una federación, organizada bajo los principios establecidos en la Constitución federal. Uno de estos principios consiste en que los estados son libres y soberanos de conformidad con los términos establecidos en su texto constitucional, pero sin contravenir las estipulaciones del pacto federal (artículo 41, primer párrafo).

Esta disposición constitucional, producto de nuestro sistema de organización jurídica, establece el fundamento para que las entidades federativas, en uso de su soberanía, se den una Constitución, la cual constituye la base de su régimen interior, caracterizando a nuestro Estado federal como un Estado con una Constitución federal y diversas Constituciones estatales.

El contenido del artículo 41 constitucional también regula otra interesante situación. Para que los estados continúen siendo libres y soberanos la Constitución que expidan no deberá contravenir las estipulaciones del pacto federal. El establecimiento de su orden jurídico es producto de la soberanía que ejerzan, pero este actuar está limitado a no contravenir el pacto federal, a respetar lo establecido en la Constitución federal, donde quedó plasmado dicho pacto.

La no contravención al texto constitucional federal es importante en una entidad federativa. El aspecto negativo de este principio de no contravención, derivado de su lectura literal, consiste en la conservación del Estado federal, ya que ningún sistema podría resistir el crecimiento natural de las entidades federativas si no les fijara un límite. El contenido de

los artículos 117 y 118 constitucionales, que establecen prohibiciones expresas a los estados, son producto de este principio en su faceta negativa.

Esta posición tiene a su vez una válvula de seguridad. En caso de que los estados establezcan estipulaciones en contra del pacto federal, los jueces estatales deben “arreglarse” a lo dispuesto a la Constitución federal, como lo dispone la segunda parte del artículo 133, aspecto que la interpretación judicial federal ha vaciado de contenido al haber preferido que la operación de la válvula quedara en manos de los jueces federales y no en la de los locales.

Pero este principio de no contradicción también tiene una faceta positiva, consistente en el reconocimiento de ámbitos de actuación. Por un lado, los estados pueden darle contenido a su orden jurídico dentro de los contornos que marca el texto constitucional federal. El artículo 124 de la Constitución federal es producto de este principio en su lado positivo, ya que como parte de las prevenciones generales se indica que lo que no esté expresamente concedido por la Constitución federal a la federación, queda reservado a los estados. Pero, por otro lado, también queda establecido el ámbito de la federación, enmarcado en el pacto federal y reflejado en las facultades que le son expresamente concedidas.

De esta manera, en los artículos 41 y 124 quedan reflejados dos ámbitos constitucionales de actuación dentro de la federación. El de esta última, cuya actuación federal queda establecida en la propia Constitución federal, y el ámbito propio de los estados, fijado por exclusión.

Sin embargo, nuestro sistema federal tiene un contenido más profundo dentro de la faceta negativa que ya comentamos. El pacto federal no sólo busca asegurarse él mismo con el establecimiento de su no contravención. También está interesado en que el ámbito propio de los estados quede regulado de una manera uniforme; por ello establece lo que puede considerarse bases para el desarrollo constitucional posterior de los estados, las cuales —al formar parte del texto federal— deben ser respetadas, por lo que adquieren una doble naturaleza. Dan pautas de contenido a los estados buscando uniformidad, pero al mismo tiempo son estipulaciones que no deben contravenir los estados. El artículo 116 es muestra evidente de esta situación.

El principio de no contravención al pacto federal tiene también otro significado positivo. Si lo que contravenga el pacto federal está prohibido, todo lo que no lo contravenga, o mejor dicho lo amplíe o mejore, es

aceptado. Por tanto, los estados tienen un amplio espacio de regulación en el que pueden aportar mejoras significativas a nuestro sistema federal. Es más, quizá estamos en la antesala de un sistema federal empujado y renovado desde los estados, pues son ellos los que están estableciendo regulaciones novedosas que ofrecen una forma diferente de resolver los inconvenientes de nuestro sistema político y de nuestra vida en sociedad, a lo que no escapa el derecho a la información.

Como consecuencia de lo anterior, es dable considerar que existen diversos ámbitos de actuación reconocidos en el texto federal. Uno de ellos lo podemos denominar, a efecto de una mejor comprensión, como federal-federal, en el cual el texto constitucional determina un contenido que va dirigido exclusivamente a las autoridades federales; el contenido propio del pacto federal. En cambio, los estados tienen un ámbito de actuación diferente del anterior, establecido en su propio texto constitucional local, ámbito que pudiera considerarse como local-local, siguiendo el contenido de los artículos 41 y 124 constitucionales.

Este último ámbito, sin embargo, tiene como condicionante las bases establecidas en el texto federal en aras de la uniformidad federal; se trata entonces de un ámbito de naturaleza local que se encuentra establecido en el texto federal, ámbito que pudiéramos denominar federal-local.

Así, los estados tienen un ámbito competencial propio en el cual pueden actuar libremente, el que denominamos local-local; pero también tienen un ámbito competencial con lineamientos establecidos por el texto constitucional federal, lo que denominamos federal-local. Lo importante es que dentro del ámbito local-local, pero respetando siempre el federal-federal y el federal-local, una entidad federativa puede regular aspectos que le beneficien, como pudiera ser la ampliación en el catálogo de los derechos humanos.

En efecto, si las Constituciones estatales amplían el catálogo de los derechos humanos establecidos en el texto constitucional federal, no estarían contraviniendo el pacto federal, pues no hay ninguna disposición que sea contradicha; situación diversa sería si en relación con un derecho humano regulado en el texto federal, el correspondiente en un estado establece una regulación que lo contraría. Aquí tendría aplicación contundente el artículo 41 constitucional. Por otra parte, no hay en el apartado federal-local establecido en el texto federal ninguna indicación en relación con los derechos humanos, por lo que no se avizora como posible

ninguna contravención al pacto federal en este aspecto. Los estados están en completa libertad para adicionar el catálogo de derechos humanos establecido en el texto federal.

Con base en este razonamiento, las Constituciones estatales han modificado la redacción de los derechos reconocidos en la Constitución federal, y en contadas ocasiones han ampliado el catálogo de derechos. En el caso del derecho a la información, introducido a nivel federal en 1977, estuvo intocado durante cerca de veinticinco años, quizá porque el tema no tenía mayor trascendencia bajo un régimen político hegemónico, o bien porque el individuo podía obtener la tutela de este derecho sin importar la entidad federativa en que se encontrara, pues en nuestro país todo individuo goza de las garantías establecidas en la Constitución federal, y consecuentemente a través del juicio de amparo podía defender el derecho a la información establecido en la Constitución federal.¹⁴

No obstante lo anterior, en algunas Constituciones locales, cerca de la mitad,¹⁵ se ha incorporado el derecho a la información, mientras que en la gran mayoría de los estados, salvo contadas excepciones, se han expedido leyes reguladoras del derecho a la información.¹⁶ Este esquema ha arrojado complicaciones tanto de diseño constitucional como de protección del derecho, y ha provocado un nuevo desfase entre la Constitución federal y las Constituciones locales.

En lo que al diseño constitucional se refiere, es distinta la hipótesis en la cual la entidad federativa no regula específicamente el derecho a la in-

¹⁴ Independientemente de los criterios judiciales señalados, en los cuales se hacía valer directamente el derecho a la información, en los tribunales federales existen pronunciamientos de este derecho pero en relación con el derecho de petición, ya que la frontera entre ambos es tenue. El derecho de petición consiste en obtener una respuesta, favorable o no, a la solicitud formulada para obtener información, mientras que el derecho de información consiste en obtener la información que fue solicitada. El primero es un derecho instrumental mientras que el segundo es un derecho sustantivo. Entonces, en múltiples ocasiones, al otorgarse el amparo al quejoso a efecto de que la autoridad responsable le diera una respuesta, además de haberse ganado tiempo, la respuesta iba acompañada de la información solicitada, lo que significaba que el derecho de petición había evitado un pronunciamiento respecto del derecho de información.

¹⁵ Es el caso, por ejemplo, de Baja California, Chihuahua, Coahuila, Colima, Estado de México, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Tamaulipas y Tlaxcala.

¹⁶ Las entidades federativas que todavía no han expedido su legislación especializada en acceso a la información son Chiapas, Hidalgo, Oaxaca y Tabasco.

formación pero contiene una cláusula genérica de remisión a los derechos fundamentales de la Constitución federal, de aquella en la que se reproduce la redacción del derecho a la información federal o aquella otra en la que se introduce una nueva redacción a dicho derecho. Son tres los supuestos.

En el primer caso no existe mayor problema, toda vez que con la cláusula genérica de remisión se está retomando el derecho a la información de la Constitución federal; inclusive si dicha cláusula no se hubiera introducido tampoco habría mayor complicación, toda vez que la Constitución federal, incluido su artículo 6o., es de aplicación en toda la República, por lo que el derecho a la información puede hacerse valer en cualquier momento ante los tribunales federales.

El segundo caso tampoco crea una situación de cuidado, pues la reproducción de la redacción del texto federal lo único que hace es reiterar tal derecho, situación que de no darse tampoco sería problemática por la existencia de la primera.

El tercer supuesto, en cambio, ofrece algunas dificultades. La nueva redacción debe respetar el texto federal, pues así funciona nuestro sistema federal, como bien lo indica el artículo 41, primer párrafo, de la Constitución, en donde se afirma que las Constituciones de los estados “en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”. La cuestión estriba en determinar la forma en que debe producirse el respeto al texto federal.

En materia de derechos humanos existe un principio según el cual es de recibo todo lo que sea en favor de las personas (*pro homine*); entonces, si la regulación constitucional local amplía el contenido esencial del derecho a la información contenido en el artículo 6o. de la Constitución federal, no lo está contradiciendo, antes al contrario, lo está ampliando positivamente. Sin embargo, esta ampliación debe realizarse con especial cuidado, no alterando la redacción del texto constitucional y adicionándola con otras expresiones. Aun así, debe ponerse atención en que estas expresiones no contradigan, en contenido, ya no en redacción, el texto federal.

En el caso del derecho a la información, a diferencia de muchos otros, es fácil ampliar su contenido esencial a nivel local sin contravenir la redacción federal, pues ésta, como ya vimos, es parca. El contenido federal tampoco corre riesgo de ser contradicho en el fondo, pues lo único tras-

cedente de su regulación es la obligación del Estado de garantizar el derecho, y nadie está interesado en oponerse a ello.

Al aplicar los tres supuestos de diseño constitucional señalados al derecho a la información, advertimos lo siguiente.

Ubicándonos en el primer supuesto, en más de la mitad de las entidades federativas no se ha considerado trascendente llevar al texto constitucional el derecho a la información; en esos supuestos ha sido suficiente la cláusula genérica de remisión a los derechos establecidos en la Constitución federal. Esta situación parece ser congruente en sí misma toda vez que evidencia lo innecesario de marcar constitucionalmente el derrotero de un gobierno y, además, deja de manifiesto que no hubo un especial interés del gobernante en turno por trascender en la historia de su entidad federativa al no haber consagrado el derecho a la información. Estas conclusiones, sin embargo, implicarían, lo cual es de difícil recibo, que la sociedad participó en el proceso democrático mediante la expedición de la ley por medio de sus representantes, habiéndole bastado los pormenores de ese derecho establecidos en la regulación legislativa. Al juzgador, en consecuencia, le correspondería ratificar esa decisión mayoritaria respaldada socialmente.

Sin embargo, nuestro constitucionalismo democrático no está en ese punto de desarrollo. En nuestro entorno, el proceso democrático pasa más por la Constitución, donde se depositó la soberanía popular, que por los representantes; por tanto, el juzgador tiene una presencia mayor al analizar la ley a la luz de lo establecido en la Constitución. Esta situación puede considerarse una “dificultad contra-mayoritaria”, pero en la medida en que hayamos establecido una Constitución democrática, en donde se refleje el criterio mayoritario y el juzgador no se aparte de él, estaremos dando una respuesta a este argumento. Por ese motivo, la necesidad de una reforma constitucional textual parece inevitable, ya no sólo para crear una conducta democrática, pues esa vocación tiene, sino para dar paso a la labor del juzgador y a sus posibles conclusiones.

Esta situación se torna nuevamente difícil si consideramos que a pesar de no existir una referencia expresa al derecho a la información en la Constitución local, las entidades federativas han expedido leyes reguladoras del mencionado derecho. Puede buscarse como solución a esta problemática que el sustento constitucional reside en el artículo 6o. de la Constitución federal; sin embargo, la cuestión todavía no alcanza solu-

ción, ya que si estamos frente a un derecho federal, la consecuencia es que le corresponde al legislador federal, y no al local, regularlo. De hacerlo, el legislador local estaría invadiendo la competencia federal, lo que en nuestro sistema constitucional constituye razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad e invalidez de dicho texto legal.

La existencia de leyes locales que regulan el derecho a la información sin tener sustento constitucional no es una situación aislada, ya que en varios estados así ha sucedido. Incluso, no es un fenómeno que esté restringido únicamente a este derecho fundamental, sino que está presente en varios más.

Entonces, al tratarse de una situación generalizada, no parece conveniente sostener su inconstitucionalidad por el solo hecho de carecer de sustento constitucional, máxime que se trata de un derecho establecido en beneficio de los individuos dentro de un Estado federal. Es necesario buscar una solución a este problema.

Una posible respuesta estribaría en considerar que el texto federal, dentro de uno de sus subsistemas, concretamente el establecido en el artículo 116, otorgara competencia a los estados para regular el derecho a la información; sin embargo, de la consulta a este precepto se advierte que no hay nada previsto en este sentido, por lo que estaríamos más bien ante una solución de *constitutione ferenda*.

El artículo 124 del texto constitucional federal resulta clave para buscar otra solución. De su redacción se desprende que lo que no esté conferido expresamente a la federación se entiende reservado a los estados. De esta manera podemos afirmar que la expedición de una ley local en materia de derecho a la información no está conferida a la federación, por lo que corresponde a los estados legislar al respecto, lo que ya han hecho la mayoría de ellos.¹⁷

Ahora bien, como la Constitución local no ha previsto expresamente el derecho a la información, no queda otra opción más que tomarlo prestado del artículo 6o. del texto federal, y para evitar la rápida conclusión a la que se llega de que entonces debe ser regulado por el legislador federal, debemos considerar que si bien el derecho es federal, también tiene

¹⁷ No se nos oculta que la federación, por principio, no tiene facultad para legislar en materia local, salvo el caso del Distrito Federal, pero si señalamos esta obviedad lo hacemos para utilizar el argumento ínsito en el artículo 124 constitucional, que es la determinación de lo que le corresponde a los estados.

presencia en las entidades federativas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución federal, sólo que en esta ocasión se acude al derecho a la información con presencia local para sostener únicamente su aplicación en el ámbito local.¹⁸ Esto es, el derecho federal de información puede servir de sustento al legislador estatal en cuanto se refiera a su aplicación local, de manera tal que la regulación local expedida debe respetar en todo momento el ámbito federal de este derecho, constituido tanto por el texto constitucional como por la legislación federal expedida. Consecuentemente, al tratarse de un derecho fundamental federal de aplicación local, la ley estatal debe respetar la legislación federal expedida, siendo un caso especial y extraordinario que en nuestro sistema jurídico prevalezca, por cuestión de aplicación, la ley federal sobre la local.

No podemos negar que esta interpretación es compleja, sin embargo somos de la opinión que puede ser de utilidad para llenar un vacío que han provocado las legislaturas estatales con su alto ánimo regulador.¹⁹

¹⁸ Que un derecho federal sea de aplicación local no parece inadmisibles, ya que si una autoridad local no da respuesta a un derecho establecido en la Constitución federal, esa situación puede ser reparada acudiendo al juicio de amparo. La diferencia estriba en que en esta ocasión será el legislador quien aplique ese derecho federal.

¹⁹ El Pleno de la Suprema Corte de Justicia en sus sesiones del 15, 16 y 22 de mayo discutió la controversia constitucional 32/2005 promovida por el municipio de Guadalajara en contra de los poderes Ejecutivo y Legislativo de dicha entidad federativa, y entre otras de las preocupaciones que allí se expresaron se encuentra la de si los estados, incluido el de Jalisco, tienen facultad para crear órganos constitucionales autónomos como el Instituto de Acceso a la Información Pública de Jalisco, o si con ello se contraviene la división de poderes. Después de buscar el fundamento en los artículos 102.B, 116 y 124 de la Constitución federal, el Pleno de la Corte, por unanimidad de ocho votos, consideró que sí tienen facultad, bajo el argumento principal de que la Constitución federal no prohíbe la creación de dichos órganos. Esta conclusión, que compartimos en su sentido no así en su fundamento, no parece del todo correcta, ya que con el argumento utilizado se está reconociendo que lo no prohibido está permitido, siendo que este principio no tiene aplicación tratándose de autoridades. Es más conveniente, dado que estamos en un sistema federal, considerar que independientemente de que no hay razón para buscar en la Constitución federal una facultad para que los estados creen un órgano constitucional autónomo local, tal como parece ser en el caso de los organismos de protección de los derechos humanos o los tribunales de lo contencioso administrativo, no debe perderse de vista que en estos supuestos se hizo más bien con el ánimo de uniformar el sistema de la Constitución federal. La aplicación del artículo 124 parece ser la que resuelve esta cuestión, ya que al no tener la federación una facultad para crear órganos constitucionales autónomos locales, como no podría tenerla, dicha facultad queda reservada a los estados.

En cuanto al segundo supuesto, en que la Constitución local reproduce la redacción del texto federal, resulta ser el menos utilizado, y en términos generales no produce ninguna interpretación especial.²⁰

Con el tercer supuesto dejamos de lado las cuestiones de diseño constitucional y entramos a un nuevo desfase, esta vez de contenido, entre la Constitución federal y las Constituciones locales respecto del derecho a la información.

Las Constituciones locales han sido prolijas en la redacción del derecho a la información. De una somera revisión a los textos correspondientes podemos advertir que en ellos se hace referencia a los siguientes aspectos. Se prevé el acceso a la información pública como un derecho pero también como una garantía por parte del Estado. En algunos casos se señalan los principios que deberán regir este derecho y en otros las limitaciones al mismo, ya sea remitiendo en este aspecto directamente al legislador o fijando los límites en el texto constitucional, como sucede al establecerse el secreto profesional. También algunas regulaciones hacen referencia a la creación de un órgano constitucional autónomo y, finalmente, en algunos casos se hizo alusión, desde el mismo texto constitucional, a la protección de datos personales.²¹

Si contrastamos la regulación constitucional federal con las locales se producen interesantes conclusiones. Una de ellas es que en los textos locales se ha expedido una regulación más detallada, aunque ello no significa que sea mejor, toda vez que el establecimiento del derecho a la información en forma genérica permite construirle varios contenidos como el acceso, difusión y recibimiento de la información, y no quedarnos en uno solo de ellos, como el acceso. La preocupación surge, entonces, cuando sólo se ha hecho referencia a su acceso, como sucede en un buen número de textos constitucionales locales, pues existe una limitación en el contenido, posición confirmada por las leyes reguladoras de este derecho, pues aun cuando el texto constitucional llega a hacer referencia al derecho a la información, explícita o implícitamente, dichas leyes hablan casi unánimemente del derecho de acceso a la información pública.

El texto constitucional federal no contiene señalamiento alguno relativo a los principios y las limitaciones que enmarcan este derecho, lo que

²⁰ Así lo han hecho, por ejemplo, Jalisco y Oaxaca.

²¹ La protección de datos personales es más común que se establezca en el cuerpo de la legislación local expedida, aunque tampoco es una regla.

sí hacen algunas regulaciones estatales. La diferencia es importante porque colocar a nivel constitucional los principios que deben regir en esta materia y también las limitaciones que deben estar presentes resulta ser más conveniente. En contrapartida, dejar en manos del legislador esta tarea es riesgoso, toda vez que podría hacer nugatorio este derecho.

Otra gran diferencia entre los contenidos constitucionales que venimos contrastando estriba en que el derecho de protección de los datos personales (o el derecho a la intimidad o privacidad) a nivel local se regula expresamente en contados textos constitucionales,²² mientras que a nivel federal pasa lo siguiente: no está previsto de manera directa en la materia que nos ocupa, sino que su previsión expresa se encuentra en el artículo 7o., en relación con la libertad de imprenta, pues se señala que no tiene más límites que la vida privada, situación que se confirma con el contenido del artículo 16, aunque a manera de inferencia. Véase, por ejemplo, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (noveno párrafo), en donde queda de manifiesto que la vida privada de las personas es objeto de protección constitucional. Igualmente, en el mismo precepto se establece (primer párrafo) que nadie podrá ser molestado en su persona, familia o domicilio, lo que son muestras evidentes de que la privacidad de las personas es un derecho fundamental resguardado por el texto constitucional.

Considero de la mayor relevancia que este derecho esté expresamente previsto en el texto constitucional, federal o local, pues constituye el contrapeso natural al derecho a la información, ya sea de manera aislada o relacionándolo con el derecho a la información.

En consecuencia, el derecho a la información en su regulación federal está desfasado de la regulación local. La diferencia que hay entre ambos textos estriba, a nuestro entender, en que la federal es una regulación lacónica, lo que da pauta para que el legislador la concrete y para que el juzgador trate de delinear, igualmente, los contornos esenciales de este derecho. En los textos locales, en cambio, hay una intención precisa por regular en el texto constitucional la mayoría de los detalles, para así dirigir el contenido de la obra del legislador y darle pautas al juzgador a la hora de ejercer el control constitucional.

De cualquier manera, nuevamente surge el cuestionamiento de si debe reformarse expresamente el derecho a la información contenido en la parte

²² Lo encontramos, por ejemplo, en Chihuahua, Estado de México y Morelos.

final del artículo 6o. de la Constitución federal, pensando sobre todo en proporcionar, dada nuestra tradición constitucional, mayor estabilidad a su regulación, evitando hasta donde sea posible los abusos del legislador o las incomprensiones del juzgador. Como la ley es analizada por el juzgador a la luz de la Constitución democrática, y en ésta es mejor una regulación del derecho a la información en detalle, debemos concluir que una reforma al texto expreso del artículo 6o. sería conveniente, destacando por su importancia equilibradora el derecho de protección de datos personales.

El contenido de la regulación constitucional entre las diferentes entidades federativas es variado, lo que constituye una disparidad que puede resultar preocupante a la hora de establecer un estándar mínimo en el derecho a la información, sobre todo de cara a su protección.

Independientemente del problema analizado de la expedición de leyes de acceso a la información sin sustento constitucional local, de suyo preocupante, aparecen nuevas interrogantes al realizar una revisión a los diferentes textos locales.

La protección de datos personales, o el derecho a la intimidad o privacidad, la encontramos prevista en pocos textos constitucionales, mientras que un número importante de legislaciones locales la han regulado; en consecuencia, nuevamente estamos frente a una situación de falta de sustento constitucional en aquellos casos en que la Constitución local no prevé este derecho, siendo que el texto federal lo prevé en la libertad de imprenta y en el contenido del artículo 16. A este respecto, sigue siendo válido el argumento que ya expusimos de un derecho federal con aplicación local.

Otra diferencia en la regulación constitucional local la encontramos en lo público de la información, ya que algunos textos lo relacionan con el sujeto obligado, otros dejan que el legislador lo defina y otros sólo le dan ese carácter. En las leyes reglamentarias, en cambio, hay una clara tendencia a considerar como información pública todo dato en poder de las entidades públicas referidas en las mismas leyes, salvo que tal información sea clasificada como de acceso restringido.

Los principios constitucionales a los cuales está sujeto el derecho a la información también son motivo de discrepancia en las regulaciones constitucionales locales. Son pocos los que lo establecen, y quienes lo hacen ponen énfasis en la máxima publicidad, gratuidad e interés

público. Estos principios son de relevancia en el ejercicio del derecho a la información, por lo que también sería conveniente que los diversos textos constitucionales, tanto locales como federal, los incluyeran.

En cuanto a las limitaciones, existe diferencia en las diversas regulaciones constitucionales. Algunas dejan que la ley las establezca; otras señalan como límites la información que la ley califique de reservada o confidencial. En otros textos se refiere como limitación la seguridad del Estado, la seguridad pública, la perturbación del orden público o el secreto profesional.

Esta disparidad en las regulaciones también es preocupante. Dejar todo al legislador es vaciar de contenido el texto constitucional, por tanto esta opción debe cerrarse. Lo que no representa ningún problema es dejar al legislador la clasificación de la información en reservada o confidencial, ya que son varios los supuestos que hay que fijar. Es importante, en cambio, que en ciertos casos la información no pueda darse a conocer, como cuando está en juego la seguridad del Estado, el orden público o el secreto profesional; por lo tanto, resulta conveniente mantener estas limitaciones en el texto constitucional.

Finalmente, se advierte una nueva diferencia entre las regulaciones constitucionales, ya que algunas hacen referencia al órgano encargado de resguardar el derecho a la información, mientras que otras sólo lo prevén a nivel legal. Inclusive, entre los textos que lo prevén hay diferencias al momento de caracterizarlo como órgano constitucional autónomo, pues en ocasiones se hace referencia a su personalidad jurídica y patrimonio propios y en otras se hace referencia a su autonomía. Si acudimos a las leyes reguladoras del derecho a la información, en términos generales señalan que es de carácter patrimonial, de operación y de decisión; en contadas ocasiones se hace referencia a una autonomía presupuestaria.

Queda claro que lo que se ha dibujado en los diversos textos constitucionales son organismos públicos descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que podrán administrar de la mejor manera posible su presupuesto, y no órganos constitucionales autónomos, ya que la caracterización de éstos dista mucho de la prevista en los textos constitucionales locales. Para serlo, entre otras características, deben estar previstos en el texto constitucional, junto con sus facultades, y contar con autonomía, sobre todo presupuestaria, lo que consiste en que el órgano en cuestión elabora el presupuesto y lo envía al órgano integrador, el

cual a su vez lo envía al órgano legislativo para que lo analice, modifique y, en su caso, lo apruebe.

En vista de las diferencias indicadas, habiéndolas con distinta profundidad, parece aconsejable uniformar las diferentes regulaciones constitucionales locales, lo que podría lograrse si se hace en la Constitución federal. El artículo 116 tiene vocación de uniformidad, ya que en él se han dado las pautas de la regulación del poder público estatal. Esto no significa que estemos frente a una materia concurrente que haga necesaria la expedición por parte de la federación de una ley general que establezca las bases generales en esta materia, señalando lo que le corresponde a la federación y a los estados. Sencillamente, lo que se pretende en el artículo 116 constitucional es sentar las bases para que la regulación que expidan las entidades federativas tome en cuenta los aspectos mínimos que allí se indiquen.

Una vez analizada la regulación del derecho a la información, tanto federal como local, surge la interrogante del nivel de protección que tendrá este derecho. En lo que al texto constitucional federal se refiere, los recursos administrativos previstos en todos los órganos (el de revisión en el IFAI y los correspondientes en los demás órganos constitucionales autónomos o entidades federales) es una buena posibilidad para no llegar a la controversia jurisdiccional. Sin embargo, en caso de alcanzar esta última, el juicio de amparo es el instrumento procesal idóneo para velar por la defensa del derecho a la información.²³ Con un nuevo texto federal fortalecido, o incluso con el actual, que es lo bastante abierto, el Poder Judicial puede ejercer su tutela.

En cambio, la protección de este derecho a nivel local mantiene nuevamente una dimensión distinta. Algunas legislaciones hacen referencia al *habeas data*, instrumento procesal que viene a realizar las funciones de un recurso administrativo; otras, en cambio, prevén recursos administrativos con diferente denominación, supuestos que no representan nin-

²³ Hablar de la inclusión de un instrumento denominado *habeas data* no tiene mayor relevancia si realiza funciones jurisdiccionales, pues el Poder Judicial federal ya lo hace mediante el juicio de amparo. Incluso, dentro de nuestro juicio de amparo también existe lo que se denomina *habeas corpus*, regulado en los artículos 17 y 18, entre otros, de nuestra Ley de Amparo. Si, en cambio, lo que se pretende con el *habeas data* es introducir un recurso administrativo, tampoco vemos ninguna utilidad al respecto, ya que sólo representará una novedad nominativa que más bien confundirá nuestro sistema de recursos administrativos.

guna particularidad. Lo que debiera ser motivo de análisis, y posterior regulación, es la protección del derecho a la información en su redacción constitucional local mediante un instrumento que bien pudiera denominarse *habeas data*, pero que no hiciera las veces de un recurso administrativo sino de un amparo local, especialmente previsto para la defensa de este derecho.

En efecto, si la regulación local es diferente de la federal y toda vez que se trata de un derecho ampliado en su regulación en beneficio de los particulares, nada obsta para que un nuevo instrumento procesal, motivo de una reforma constitucional local, lo defienda. Incluso, si el derecho a la información se regula de manera uniforme desde el artículo 116 constitucional, bien pudiera señalarse que su protección correrá a cargo del instrumento procesal que sea creado en la entidad federativa correspondiente.

Consideramos que esta nueva protección constitucional del derecho a la información a nivel local puede marcar la pauta de un nuevo sendero para nuestro federalismo constitucional. No vendría a obstaculizar el amparo federal, el cual siempre tendrá las puertas abiertas para quien quiera acudir a él; más bien vendría a fortalecer el constitucionalismo local. ¿Qué tiene que hacer ante tribunales federales, inclusive ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el análisis de la negativa de una autoridad local para proporcionar información pública que también es local?

III. DOBLE DESEQUILIBRIO

La inercia provocada por la nueva regulación constitucional y legal expedida, así como la práctica gubernamental que con las mismas se ha producido, han hecho que la balanza esté inclinada hacia el lado del derecho a la información, opacando paradójicamente la dimensión individual y personal del derecho en cuestión. A continuación pretendemos marcar este desequilibrio y proponer, al mismo tiempo, una solución.

1. *Derecho a la información frente al derecho a la privacidad*

Es impresionante la cantidad de información generada en nuestro entorno, tanto la pública, que tiene que ver con los datos que se encuentran

en posesión de las autoridades públicas, como la privada, que tiene que ver con los datos inherentes a nuestra persona en posesión de sujetos privados. Lo más preocupante es que a ambas informaciones se les ha dado publicidad o han sido producto de un manejo completamente ajeno a la voluntad del propietario de la información, ya sea por los servidores públicos, por los medios de comunicación o por las empresas privadas. Hay mucha información generada y muchos flancos que cuidar.

En lo que se refiere a la información pública, a partir de la reciente Ley Federal de Transparencia de 2002 ha adquirido un impulso impresionante. Las diferentes entidades públicas obligadas por la ley han puesto a disposición del público, de oficio, información relevante que anteriormente era considerada secreto de Estado. También hemos presenciado cómo el Instituto Federal de Acceso a la Información ha emitido resoluciones en las que va construyendo principios indispensables para el acotamiento del derecho a la información. Así, por ejemplo, todo aquello que tenga que ver con recursos públicos debe ser informado, o bien no es posible negar información al titular de la misma cuando se trata del acceso a sus datos personales.

El Poder Judicial también ha intervenido en este campo. Recuérdese que el sistema previsto en la Ley de Transparencia consiste en que tratándose de dependencias del Ejecutivo Federal, las decisiones de clasificación son tomadas por las unidades administrativas, y en caso de negarla, la envía al correspondiente comité de información a efecto de que sea confirmada, modificada o revocada (artículos 16 y 29-III de la Ley de Transparencia). En contra de la decisión que tome el comité podrá acudir, si así se considera conveniente, al Instituto Federal de Acceso a la Información, haciendo valer el recurso de revisión (artículo 37-II). Se trata de un recurso administrativo, por lo que después de agotarse, si se toma esta opción, se tiene la vía abierta para acudir en amparo ante el juez de Distrito. Lo mismo sucede tratándose de otros sujetos obligados por la Ley de Transparencia, ya que ante la negativa confirmada puede agotarse, si así se desea, el recurso de revisión ante el mismo sujeto obligado o bien acudir a los órganos jurisdiccionales en amparo.

En asuntos recientes ante sede jurisdiccional se ha analizado si la información que una empresa privada proporciona a un organismo controlador de la actividad a la que se dedica la empresa puede darla a conocer a terceros. Así, en el caso de Telmex, por ejemplo, se determinó que los

contratos de interconexión eran documentos públicos en cuanto estaban inscritos en un registro público de telecomunicaciones; en consecuencia, al ser un documento público debía dársele a conocer a los interesados, con la salvedad de que en una versión pública de dicho contrato debía eliminarse la información que se considerara confidencial.

La cuestión, sin embargo, no ha sido del todo resuelta, ya que hay otros casos en los que se está pidiendo información entregada por otro sujeto a un organismo regulador, pero dicha información no está inscrita en un registro público. De cualquier manera, se trata de la emisión de criterios que resultan obligatorios para organismos a los cuales, en principio, no los obliga la Ley Federal de Transparencia.

Lo que queremos destacar es que en el derecho a la información pública aparecen encontrados dos derechos fundamentales: por un lado el derecho a la información y, por otro, el derecho a la privacidad. Es el caso, por ejemplo, cuando se analiza si un servidor público debe dar publicidad a su declaración privada, o si las fotos de los mismos deben darse a conocer o el número de los teléfonos celulares que les fueron asignados. No se pierda de vista que estamos refiriéndonos al derecho a la información en relación con un servidor público frente al derecho a la privacidad del mismo funcionario.

La resolución de este conflicto pasa necesariamente por una ponderación, actividad que rechaza todo intento de jerarquía y acepta más bien un criterio de prevalencia después de un análisis mesurado. El derecho a la información puede prevalecer en estos casos si efectivamente se trata de un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general, ya que ésta es una institución dentro del constitucionalismo democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Sin embargo, para que en esta ponderación el derecho a la información prevalezca debe tomarse muy en cuenta que la información sea veraz, porque la veracidad es lo único que legitima las intromisiones a la privacidad; por tanto, debe realizarse a través de los cauces normales de formación de la opinión pública, esto es, a través de la prensa, y no de hojas clandestinas; debe igualmente referirse a asuntos públicos que sean de interés general tanto por las materias a que se refieren como por las personas que en ella intervienen; deben excluirse las afirmaciones vejatorias innecesarias para el fin de la información pública; su contribución a la formación de la opinión pública libre, y las personalidades públicas deben soportar cierto riesgo de lesión de sus derechos de personalidad, pues

ejercen funciones públicas y están implicados en asuntos de relevancia pública.²⁴

La Ley de Transparencia contiene un régimen relacionado con los datos personales, pero que no resulta aplicable al servidor público para la defensa de sus propios datos personales, sino que está diseñado para que el servidor público respete los datos personales de otras personas. Así, la definición que se da en la ley de datos personales es amplísima. Además, se considera como información confidencial los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización (artículo 18.2). Pero también existe todo un capítulo de protección de datos personales en el cual se señala que los sujetos obligados son responsables de los datos personales; incluso en los artículos 21 y 25 se establece el principio de “autodeterminación informativa”, toda vez que se indica que los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso de los individuos a que haga referencia la información, o bien los interesados podrán modificar sus datos que obren en cualquier sistema de datos personales.

Todas estas son situaciones que no han recibido una consagración constitucional, independientemente de que no están redactadas para ser utilizadas por el servidor público, como persona que es. Por ello, actualmente el derecho a la información se pretende ejercer como si fuera absoluto, sosteniéndose la máxima publicidad a ultranza. Falta, como ya señalamos, un derecho a la protección de datos personales, o una interpretación fuerte para fortalecer el derecho a la intimidad o a la privacidad y oponerlo, a fin de lograr un equilibrio constitucional, al derecho a la información.

Si bien en el ámbito de la información pública se ha avanzado, quedando mucho por hacer, la situación en la que se encuentra la información privada es caótica.

No existe, para empezar, el texto constitucional que proteja los datos personales. El derecho a la privacidad o a la intimidad no se ha desarro-

²⁴ Puede consultarse esta labor de ponderación en diferentes criterios emitidos por el Tribunal Constitucional español en Rubio Llorente, Francisco *et al.*, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, artículo 20, pp. 198-217.

llado legal ni judicialmente, ya que no existe una ley federal de protección de datos personales (el último intento fallido se realizó en diciembre de 2005), como tampoco se han emitido criterios judiciales que construyan un derecho a la privacidad que haga contrapeso.

Con el transcurso del tiempo nos estamos enfrentando a fenómenos expansivos o de erosión de nuestra vida privada cada vez más sofisticados. La industria del espectáculo, por ejemplo, invade la vida íntima de las personas si es que no puede comprar su consentimiento y exponerlo al público. La industria mediática cada día busca influir en el ánimo del público invadiendo la vida íntima de las personas. La invasión a la esfera privada puede convertir lo íntimo en público y con ello vulnerar aspectos fundamentales del espacio ciudadano.²⁵

La privacidad tiene su esencia de ser en la voluntad, en el consentimiento, por ello la información privada no puede ser conocida si éste no se obtiene previamente. No hay nada que pueda suplantar este requisito, y en caso de haberlo estará viciando la voluntad. El hecho de oponer y hacer prevalecer el derecho a la información frente al derecho a la privacidad en casos de información privada puede desvirtuar el derecho a la información, ya que aun cuando la información obtenida sea verídica, se está utilizando con fines ajenos a ese derecho, pues habrá ausencia de opinión pública y presencia de una animadversión o crítica severa a la persona. No podemos negar que la privacidad tiene indispensablemente repercusión en el actuar de todos nosotros, ya sea en funciones públicas o frente a la sociedad, pero siendo información privada está sujeta a nuestra persona y no puede desprenderse de ella salvo que manifestemos nuestro consentimiento. De otra forma sostendríamos una posición en la cual cada vez seremos menos dueños de nosotros mismos y estaremos más expuestos a los intereses de las empresas de la información.

El anterior panorama se ensombrece ante la ausencia de una institución que tenga por objetivo principal regular y sentar criterios en defensa de la información privada, incluyendo por supuesto los datos personales que existen en multitud de bancos de datos, como son los de las cadenas de centros comerciales, los bancos y las aseguradoras, entre otros. Uno se pregunta, después de recibir un intenso ataque de llamadas telefónicas, cómo obtuvieron nuestro número o, lo que es peor, por qué pregun-

²⁵ Esta última expresión la tomamos de López-Ayllón, Sergio, "Una garantía en construcción", *El Universal*, 1o. de septiembre de 2005.

tan con tanta naturalidad como si nos conocieran y hubiésemos sido nosotros mismos quienes les proporcionamos los datos. La comercialización de los datos personales es un negocio rentable, y si oponemos dignidad frente a comercio, sin fortalecer antes la dignidad, estaremos propiciando una situación altamente riesgosa para el individuo como persona.

Por otra parte, como se trata de actos que están regidos por la voluntad de las partes, ya que es información que se genera por la espontánea decisión de los particulares, la protección que existe hasta el momento queda reducida a la vía penal o de reparación del daño. Por ello, ante el abuso que hay de la utilización de datos personales se hace necesario no un principio sino un derecho fundamental de autodeterminación informativa que dé sustento para que el particular, a través de un instrumento procesal, mantenga o recupere el control de su información. Hace falta que el individuo que generó la información autorice su difusión, o bien que se oponga, que la modifique o que llegue a retirarla. De igual manera deben establecerse principios en los cuales se tome en consideración la naturaleza de la información y la finalidad por la cual fue proporcionada, para así establecer parámetros al control de la información privada.

Por tanto, somos partidarios de incluir a nivel constitucional el derecho de protección de datos personales o derecho a la autodeterminación informativa, junto con el instrumento jurisdiccional idóneo que permita hacerlo cumplir, inmerso en nuestro juicio de amparo.

2. Derecho a la información frente al derecho de rectificación o respuesta

En nuestra sociedad, los individuos debemos tener la certeza de que la información que sea manejada por los medios de comunicación esté apegada a los hechos, es decir, que sea verídica. Desafortunadamente, en ocasiones los medios de comunicación, en cuanto transmisores de información o incluso como generadores de la misma, incurren en imprecisiones que pueden vulnerar nuestro derecho a la privacidad, pero también el derecho de la sociedad a estar debidamente informada. Debemos reconocer que nuestra sociedad está bombardeada de información que no es verídica.

En este sentido, cuando ello suceda, el individuo a quien se dirige dicha información debe contar con un derecho humano, independientemente de los derechos ordinarios que ya tiene, a efecto de que sea rectifi-

cada la información que no sea veraz, en el mismo medio de comunicación y con las mismas características de la información incorrecta. Esto no constituye un resarcimiento de la violación de nuestro derecho fundamental, de difícil reparación, sino un simple acto de justicia que no lleva más intención que la de neutralizar los efectos perniciosos generados por la información incorrecta.

Por ello, a efecto de reforzar el equilibrio constitucional amenazado, proponemos el establecimiento del derecho fundamental de rectificación o respuesta en nuestro texto constitucional, derecho que ha sido ampliamente reconocido en instrumentos internacionales.

La Ley de Imprenta de abril de 1917, en vigor con anterioridad a la Constitución actual, establece en su artículo 7o. el derecho de rectificación, aclaración o respuesta de quien considere que lo mencionado o aludido en un periódico es incorrecto, quedando obligado el periódico a publicar una responsiva. Aun cuando hay dudas respecto a la vigencia de dicha ley, pues algunos doctrinarios sostienen que está derogada al no haber sido declarada su subsistencia por la Constitución, mientras que en criterios judiciales se sostiene que sigue manteniendo fuerza legal en cuanto que no pugne con la Constitución en vigor y no haya sido expresamente derogada,²⁶ consideramos que constituye un argumento débil frente al derecho a la información que tiene rango constitucional, por lo que este derecho de rectificación o respuesta debe constitucionalizarse, a fin de constituir un real contrapeso.

IV. POSICIÓN JURÍDICA DEL INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El Instituto Federal de Acceso a la Información es un órgano de la administración pública federal cuyos integrantes son nombrados por el Ejecutivo Federal si la Cámara de Senadores no los objeta mayoritariamente. Cuenta con autonomía operativa (elabora su reglamento interior y demás normas de operación), presupuestaria (prepara su proyecto de pre-

²⁶ Véase Orozco Henríquez, José de Jesús, “Comentario al artículo 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados LV legislatura, UNAM, 1994, t. II, pp. 815-823.

supuesto anual, el cual envía a la Secretaría de Hacienda para que lo integre al presupuesto de egresos de la federación) y de decisión (no está subordinado a autoridad alguna y adopta sus decisiones con plena independencia), y su alta misión consiste en promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información, resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades.

Su autonomía y sus funciones son propias de una institución de la cual cabe esperar mucho. Sin embargo, su restricción al ámbito de la administración pública federal, así como su nombramiento en manos del Ejecutivo Federal,²⁷ entendible por estar dentro de su esfera pero desalentador para el esfuerzo que se pretende realizar, limitan en exceso las expectativas que pudieran cifrarse en esta institución.

Después de cerca de cuatro años de experiencia en el funcionamiento de la Ley Federal de Transparencia, puede advertirse un serio esfuerzo en las instituciones a fin de establecer niveles aceptables de acceso a la información. Ya no estamos en el inicio de una nueva práctica de gobierno. Estamos en el permanente forcejeo entre ciudadanía e instituciones públicas en aras de obtener información y transparentar las acciones de gobierno. El acceso a la información está empujando la noción de un gobierno democrático en el que tiene particular participación la opinión pública.

Las instituciones públicas cuidan su posición preventiva y la ciudadanía está al pendiente de los pasos más insignificantes del gobierno. Todavía estamos cayendo en extremos: se pide mucha información y se niega en igual proporción. Sin embargo, de la situación que existía hace un lustro a nuestros días, podemos afirmar que estamos caminando con pasos firmes a favor de la transparencia y de la rendición de cuentas, que al fin y al cabo es lo que se pretende con el acceso a la información. La información que las instituciones públicas han puesto oficiosamente a disposición del ciudadano también ha ayudado en este esfuerzo. Estamos en

²⁷ Que la Cámara de Senadores pueda objetar los nombramientos ciertamente hace que hablemos de un procedimiento de colaboración. Sin embargo, la posibilidad de objeción que se le da a dicho órgano legislativo es inferior en intensidad que la aprobación que se le otorga en algunos otros nombramientos. Digamos que en la objeción no hay mayor análisis ni compromiso, simplemente se objeta cuando se está ante una incompatibilidad evidente, mientras que la aprobación implica un análisis mayor y una actividad que lleva a compartir responsabilidades.

tránsito hacia una actitud de prevención por parte de las autoridades, saber cuáles serán las consecuencias de una determinada acción de gobierno, y de una actitud enjuiciadora por parte de la ciudadanía.

Y no es sólo la administración pública federal, las dependencias y entidades que actúan en auxilio del Ejecutivo Federal. También encontramos esta tendencia en el órgano legislativo y en el judicial, ya que ambos están haciendo esfuerzos, por lo menos en la expedición de la normativa correspondiente, para garantizar el acceso a la información. No queremos ser ingenuos optimistas, sin embargo, los criterios que se han ido fijando tanto por el IFAI como por el Poder Judicial federal hacen que mantengamos una posición de aliento.

La cuestión ahora consiste en tomar partido en relación con el devenir de la institución que ha marcado un promisorio sendero en el acceso a la información, en la transparencia y en la rendición de cuentas.

El IFAI nació limitado, como no podía ser de otra manera si se quería obtener una reforma que demostrara su factibilidad a mediano y largo plazo. En 2002 se tomó la decisión de crear una institución que velara por el compromiso contraído al interior de la administración pública federal. La ley, sin embargo, excedió este ámbito y logró llegar incluso a los demás órganos del poder, así como a los órganos constitucionales autónomos y demás entidades federales, considerándolas como sujetos obligados pero respetando el principio de la autorregulación del derecho de acceso a la información en cada uno de ellos, señalándose tímidamente la elaboración anual de un informe público de sus actividades, del cual debe remitirse copia al IFAI.

En el caso del IFAI ha sucedido lo que en otras instituciones. No ha sido necesario empezar reformando la Constitución para lograr la estabilidad institucional. Ha sido mejor buscar la legitimidad con base en la ley y la actuación de la institución, para después alcanzar la estabilidad constitucional. Lo acontecido con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un caso paradigmático; empezó con un decreto del Ejecutivo, después se expidió su ley y finalmente obtuvo su constitucionalización.

En consecuencia, sería conveniente darle fundamento constitucional al IFAI pero cambiando su naturaleza jurídica, ya que no hace sentido que un órgano de la administración pública federal tenga especial sustento constitucional. La transparencia como una política pública y el acceso

a la información como un derecho fundamental deben contar con un organismo público autónomo que vea por ellas y que esté previsto en la Constitución. Éste es el camino que han seguido diversas instituciones. Piénsese, por ejemplo, en lo acontecido con el Banco de México en 1993 (artículo 28), el Instituto Federal Electoral en 1996 (artículo 41), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102, apartado B) y la Auditoría Superior de la Federación en 1999 (artículo 79), y el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática en 2006 (artículos 26 y 73-XXIX-D).

Se trata de órganos constitucionales que guardan una relación especial con los órganos primarios o soberanos (Legislativo y Ejecutivo principalmente), ya que desempeñan funciones que en principio correspondían a éstos, actúan en auxilio de las funciones públicas de dichos órganos y, también, son conformados por dichos órganos primarios. En resumidas cuentas, se trata de órganos secundarios en cuanto que guardan una relación de dependencia con los órganos primarios que los constituyen.

El estatuto jurídico de estos órganos constitucionales está conformado por los siguientes aspectos. Está prevista su creación en el texto constitucional, lo mismo que sus facultades; gozan de autonomía técnica o de gestión; también tienen autonomía de organización y presupuestaria, caracterizándoles un nombramiento estable, tanto en la forma de su nombramiento como en las causales de remoción, pues quedan sujetos al régimen de responsabilidades del título IV de nuestra Constitución.

El caso de la Auditoría Superior de la Federación —ASF— merece una especial mención, ya que consideramos guarda cierta afinidad con el IFAI. Se trata de un órgano constitucional autónomo que tiene como principal misión la fiscalización de los recursos públicos, de los recursos que están en poder de los entes públicos federales, incluidos los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En este sentido, así como la ASF tiene que ver con los recursos públicos, el IFAI está en relación con la información pública, que está en poder de los entes públicos. Entonces, la labor que desempeñan ambos tiene relación con la información de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como con otros órganos constitucionales autónomos, quedando incluidos igualmente los partidos políticos y las agrupaciones políticas. Por tanto, no hay razón para separar la información pública por órganos de poder, máxime que es conveniente guardar uniformidad en

los criterios que se vayan emitiendo en acceso a la información y en materia de transparencia.

El IFAI debiera cambiar su naturaleza jurídica a la de un órgano constitucional autónomo, cumpliendo con esa misión uniformadora de la información pública.²⁸ Esta situación no produciría ninguna situación de dependencia orgánica, como pudiera objetarse, porque la misma no existe en tratándose de la función que desempeña la ASF, pero además estamos pensando en un esquema en el que cada uno de los órganos del poder mantenga su actual sistema de acceso a la información, pero siguiendo los criterios que emita el Instituto Federal de Acceso a la Información, en cuanto órgano constitucional autónomo.²⁹

Si esto es posible, entonces el cambio en la naturaleza jurídica del IFAI por un órgano constitucional autónomo conlleva un cambio en su diseño constitucional e institucional. Se requiere una referencia expresa en el texto constitucional a dicho Instituto, en el artículo 102, creando un nuevo apartado C,³⁰ en donde pueden determinarse expresamente sus fa-

²⁸ No se nos oculta que sería el tercer órgano constitucional autónomo especializado en materia de derechos humanos. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Federal Electoral (IFE) y ahora el IFAI. Esto implica una especie de dispersión en la protección no jurisdiccional de los derechos humanos, en especial de los que están relacionados con el proceso democrático, lo que evidencia la importancia que han adquirido estos derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. Al respecto, la contraposición entre CNDH e IFAI resulta interesante, ya que ambas instituciones tienen por objeto la protección de derechos humanos y ambas lo hacen frente a la administración pública federal. Que una emita recomendaciones no vinculatorias y la otra resoluciones que pueden hacerse cumplir no constituye una diferencia irreductible entre ambas instituciones, ya que el particular puede acudir ante cualquiera de ellas, sin ningún orden de prelación, dependiendo de lo que el particular busque; al IFAI si quiere revocar la negativa, a la Comisión si desea un cumplimiento del derecho en cuestión producto de una negociación o la declaratoria de violación de ese derecho.

²⁹ En consecuencia, cada uno de los otros sujetos obligados seguiría resolviendo la negativa de acceso a la información pública, con la posible impugnación jurisdiccional posterior. El IFAI, insistimos, sólo emitiría los criterios a seguir en el marco de la ley de transparencia. En una posterior etapa, quizá, pudiera pensarse que este Instituto resolvera el recurso de revisión aplicable a los demás sujetos obligados.

³⁰ Otra opción consistiría en prever la creación de este Instituto, con sus lineamientos generales, en el artículo 60. constitucional, donde está regulado el derecho a la información, sólo que no es ésta nuestra tradición constitucional, la que acaba de romperse precisamente el reformarse el artículo 26 para incluir un apartado B en donde queda regulado el Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, junto con el órgano constitucional autónomo responsable de normar y coordinar dicho sistema.

cultades, destacando especialmente la defensa del derecho de acceso a la información y la protección de los datos personales en poder de las entidades públicas. En este sentido, los integrantes podrían ser nombrados por la Cámara de Senadores, sin intervención del Ejecutivo Federal. El Instituto contaría con autonomía presupuestaria, en cuanto que elaboraría su presupuesto y lo enviaría al Ejecutivo Federal para que lo integre al presupuesto de egresos de la federación y sea enviado a la Cámara de Diputados para su análisis, discusión, modificación y aprobación. Además, tendría autonomía de gestión, de organización y sus integrantes contarían con estabilidad durante su nombramiento, el cual duraría cinco años, pudiendo ser reelectos por una sola ocasión.

V. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Si el objetivo de este trabajo fue identificar los desfases y desequilibrios en el derecho a la información, y en alguna medida lo pretendimos lograr, a continuación hacemos una propuesta de reforma constitucional con base en lo expuesto y teniendo en cuenta los instrumentos internacionales, que también constituyen una medida del estándar presente en los países democráticos, no dejando de subrayar que si nos pronunciamos por un cambio formal es porque las circunstancias de nuestro sistema jurídico aconsejan hacerlo, pero recordando que al Poder Judicial le corresponde reafirmar el criterio mayoritario inserto tanto en el texto constitucional como en los textos legislativos.

Proponemos la siguiente redacción:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas... provoque algún delito o perturbe el orden público.

Todo individuo tiene derecho a acceder, recibir y difundir información pública, con base en los principios de máxima publicidad, gratuidad e interés público. La ley determinará los casos en que la información sea reservada o confidencial, con el objeto de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y el secreto profesional.

Cuando se trate de datos personales en información creada, administrada o en posesión de terceras personas, el individuo tendrá

libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos en que se contengan referencias a su persona, pudiendo requerir la actualización, rectificación, confidencialidad o supresión de esta información si lesiona o restringe alguno de sus derechos.

Toda persona afectada por informaciones emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión y en condiciones similares a la difusión efectuada, su rectificación o respuesta en los términos que establezca la ley.

Artículo 102

A...

B...

C. El derecho a la información pública y la protección de los datos personales en poder de terceras personas estarán a cargo del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propios. En el ejercicio de sus funciones, el Instituto contará con autonomía técnica, estará facultado para expedir su reglamento interno y elaborará su propio presupuesto, el cual remitirá al titular del Ejecutivo Federal para su inclusión en el presupuesto de egresos de la federación.

El Instituto estará integrado por cinco comisionados que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, de conformidad con el procedimiento de presentación de propuestas que establezca la ley.

Los consejeros durarán cinco años en su cargo, al término de los cuales sólo podrán ser nombrados para un nuevo periodo, y serán sustituidos de manera escalonada. Durante el plazo de su nombramiento gozarán de estabilidad y únicamente podrán ser removidos en los términos del título IV de esta Constitución.

Artículo 116

I a VII...

VIII. Las Constituciones y leyes de los estados podrán instituir organismos con personalidad jurídica y patrimonio propios, dotados de autonomía presupuestaria, de operación y de decisión, que tengan por objeto promover y difundir el ejercicio del derecho a acceder, recibir y difundir información pública, resolver sobre la ne-

gativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de terceras personas.

VI. CONCLUSIÓN

A todo proceso innovador corresponde un tiempo de ajuste. Ese tiempo es el que está presente en la unión que se ha producido con la información como derecho fundamental y la transparencia como política gubernamental. Los procesos innovadores logran estabilidad y se convierten en procesos estables una vez que han asimilado el tiempo de ajuste. Esa es la etapa por la que debe pasar la unión entre información y transparencia en nuestro país.

Lo que se ha realizado y las consecuencias que con ello se han provocado en nuestro sistema jurídico son trascendentales. Estamos ante una oportunidad de fortalecimiento de nuestro sistema. Lo que nos corresponde ahora es ceñir la evolución de estas instituciones a los cauces jurídicos y democráticos propios de nuestro constitucionalismo democrático. Debe haber pronunciamientos-guía y firmes de las instituciones que están participando en su desarrollo. El Poder Judicial, que entiende bien la dimensión individual del problema, también debe entender la dimensión institucional, debe analizarlas y emitir criterios progresivos en el tema. El Instituto Federal de Acceso a la Información debe pertrechar su posición jurídica para estar en posibilidad real de constituir un referente obligado en el devenir del derecho a la información. Son momentos decisivos y la apuesta que expusimos bien vale la pena.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: UNA PROPUESTA
PARA EL DEBATE

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El alcance de la reforma constitucional*. III. *El contenido de la reforma en materia de derecho de acceso a la información*. IV. *Las implicaciones de la reforma*. V. *Anexo: propuesta de reforma constitucional*.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación por unanimidad en el Congreso de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (en adelante LAI), en abril de 2002, marcó un punto de inflexión en la historia reciente del país. Esta ley supuso un paso significativo en la consolidación de la democracia mexicana,¹ la modificación de la práctica secular del secreto administrativo como principio no escrito que orientaba el manejo de la información gubernamental² y, sobre todo, la construcción de los

¹ Véase López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. 10 y ss.

² Fernández Ramos ha escrito a este respecto: “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

mecanismos institucionales de rendición de cuentas a los ciudadanos.³ Desde el punto de vista jurídico implicó la reglamentación de una de las vertientes del derecho a la información consagrado en la Constitución desde 1977 pero que, hasta entonces y a pesar de un penoso pero significativo avance en su construcción jurisprudencial, había sido en la práctica imposible de ejercer de manera efectiva.⁴

Sin embargo, resulta ingenuo pensar que la simple expedición de la ley modificaría el estado de cosas de un día para otro. Se trata en realidad de un cambio político, administrativo y cultural de enorme envergadura cuya consolidación llevará años. Así como el país tardó décadas en construir su democracia formal, pasarán muchos años antes de que arraigue en el país y en la administración una auténtica cultura de transparencia y rendición de cuentas. Estamos así al inicio de un largo camino que requerirá adaptaciones y modificaciones continuas en el marco normativo que perfeccionen lo logrado y se ajusten a la experiencia y las condiciones reales de su ejercicio.

Luego de casi cuatro años de experiencia en materia de acceso a la información, tanto a nivel federal como estatal, un primer balance obliga a una reflexión tanto sobre lo alcanzado como sobre los pasos por venir. Sin duda, el modelo más exitoso se encuentra a nivel federal, en particular de la administración pública federal.⁵ Los datos que existen muestran

documentación administrativa". *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 21.

³ Véase Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

⁴ La jurisprudencia había reconocido desde 1996 que el derecho a la información era una garantía individual (véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, tomo XI, abril de 2000, p. 72, tesis P. XLV/2000, registro IUS: 191981). Para un desarrollo detallado de la evolución de la jurisprudencia en esta materia véase Cossío Díaz, José Ramón, "El derecho a la información en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 305-332; López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 1, pp. 34-53; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El derecho a la información*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000 (serie Debates Pleno).

⁵ En febrero de 2006, una comisión de expertos internacionales independientes, financiada por la Fundación William y Flora Hewlett, realizó un informe que analiza el desempeño del IFAI y presenta un conjunto de recomendaciones interesantes. En balance, el desempeño del IFAI se considera positivo. Véase Sobel, David L. *et al.*, *El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública en México y la cultura de la transparencia*, Annenberg School for Communications, University of Pennsylvania, 2006, 127 pp.

que en el resto de los sujetos obligados por la LAI —y que suman un total de 15—⁶ el panorama es menos claro, pues existen diferencias importantes tanto en el diseño de los modelos de acceso como en su eficacia.⁷ En todo caso, resulta claro que ha sido un proceso de ensayo y error: así, por ejemplo, en el Poder Judicial federal (Suprema Corte de Justicia y Consejo de la Judicatura Federal), en el Instituto Federal Electoral y en la UNAM se han expedido en plazos relativamente cortos dos reglamentos en la materia en cada una de ellas. Es también evidente que la voluntad política y una comprensión adecuada de la importancia de la transparencia en los tomadores de decisión son elementos cruciales en la calidad de la operación de la LAI.

Una mirada a lo que acontece en las entidades federativas resulta menos optimista. Los trabajos de Mauricio Merino, Eduardo Guerrero y Leticia Ramírez en esta misma obra demuestran contundentemente que existen asimetrías y diferencias sustantivas en los modelos normativos en lo que respecta a los sujetos obligados, los requisitos para ejercer el derecho, los plazos y procedimientos de acceso y clasificación, el diseño institucional, las obligaciones para proveer información, los criterios para clasificar y reservar información y las normas para administrar los recursos públicos. El problema no está en la diversidad, propia del federalismo, sino en la diferencia de los estándares para el ejercicio de un derecho fundamental, situación que resulta inaceptable desde cualquier punto de vista.

⁶ Los otros sujetos obligados por la LAI son: la Cámara de Diputados; la Cámara de Senadores; la Auditoría Superior de la Federación; la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; el Consejo de la Judicatura Federal; la Universidad Nacional Autónoma de México; la Universidad Autónoma Metropolitana; la Universidad Autónoma Chapingo; el Banco de México; el Instituto Federal Electoral; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y los Tribunales Agrarios.

⁷ Véase López-Ayllón, Sergio y Cohen Cats, Susana, “El acceso a la información en los órganos constitucionales autónomos”, en Concha, Hugo A. *et al.* (eds.), *Transparencia al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, USAID, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 209-242.

El Centro de Investigación y Docencias Económicas está realizando un estudio detallado para evaluar el desempeño de los otros sujetos obligados que estará disponible en la segunda mitad de 2006.

Todo lo anterior nos conduce a considerar que requerimos dar un nuevo paso para consolidar y perfeccionar lo logrado. Éste consiste justamente en precisar a nivel constitucional cuáles son los estándares mínimos del derecho de acceso a la información. El reto consiste en determinar el contenido específico de esa reforma, pues existen diversas alternativas posibles. En otros trabajos de este libro se han avanzado ideas en esta dirección.⁸

En este ensayo haremos lo propio mediante una propuesta que pretende aportar algunos contenidos concretos que den forma a una reforma constitucional. Sin duda, el tema está abierto; por ello sólo pretendemos aportar elementos para un debate necesario.

Para este propósito expondremos cuál es, a nuestro juicio, el alcance que debe tener tal reforma constitucional, para presentar después sus contenidos específicos. Analizaremos posteriormente algunas de sus implicaciones, particularmente respecto de aquellos elementos que deberán quedar en manos de las legislaturas estatales y que implican elementos no normativos. Acompaña al ensayo, como un anexo, una propuesta con el texto de una reforma posible.

II. EL ALCANCE DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Una reforma constitucional más no es banal, pues se suma a los múltiples cambios que ha tenido nuestra Constitución y que han modificado sustancialmente su diseño.⁹ Por ello, conviene reflexionar sobre el marco en el que se inscribe el acceso a la información, sus diferentes dimensiones —como derecho y como política pública— y cómo se inscribiría tal reforma en el sistema federal.

⁸ Véanse, en particular, los textos de Miguel Carbonell, Mauricio Merino, Luis Alberto Domínguez y Juan Francisco Escobedo.

⁹ Véase, por ejemplo, González, María del Refugio y Caballero, Antonio, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, en Serna de la Garza, José María y Caballero, Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 47-93, y López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997.

1. *Democracia y rendición de cuentas*

La democracia contemporánea supone un entramado institucional que propicie la rendición de cuentas (*accountability*).¹⁰ Hoy comprendemos mejor que el acceso a la información constituye una de sus herramientas institucionales más significativas. Por ello, conviene hacer un pequeño paréntesis para aclarar el contenido de la rendición de cuentas y su relación con la transparencia y el acceso a la información, conceptos que con frecuencia se utilizan indistintamente pero que importa diferenciar para efectos de una reforma constitucional.

Siguiendo de cerca las ideas expuestas por Andreas Schedler, entendemos que la rendición de cuentas engloba todo lo que concierne a los controles y contrapesos para la vigilancia y restricciones del ejercicio del poder,¹¹ y comprende dos connotaciones básicas: por un lado la “transparencia”, entendida como la obligación de los políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y justificarlas en público; y por la otra la capacidad de sancionarlos cuando se hayan excedido en el uso de sus facultades.¹²

El primer aspecto de la rendición de cuentas se refiere así a la “transparencia” y tiene dos vertientes: información y justificación. La primera es el derecho (del “supervisor”) de recibir información y, consecuentemente, la obligación (del “supervisado”) de entregarla. Esta vertiente es la que se construye jurídicamente a través del “derecho de acceso a la información” —o si se quiere, de manera más precisa, como el derecho de acceso a la documentación administrativa— que es un derecho fundamental propiamente dicho.¹³ Junto con lo anterior se encuentran también

¹⁰ No existe en castellano un concepto que dé cuenta precisa del término *accountability*. En español generalmente se traduce como “rendición de cuentas”, lo que se refiere literalmente a la claridad de cuentas financieras o monetarias. Su connotación original en español no incluye el concepto de responder públicamente por la eficacia y resultados de la administración pública, pero gradualmente se ha ido aceptando como sinónimo de lo que en inglés se conoce como *accountability*. Véase Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, cit., nota 3.

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² *Ibidem*, pp. 13 y ss.

¹³ Véase López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (eds.), *Derecho a la información y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. Véase, también, el trabajo de Miguel Carbonell en esta misma obra.

los mecanismos institucionales para informar de las acciones y decisiones gubernamentales aun cuando no haya una solicitud específica de información, en particular a través del uso del Internet.

La segunda vertiente es más compleja, pues se refiere a la explicación y justificación de la acción. Esta vertiente implica sujetar el ejercicio del poder no sólo al “imperio de la ley” sino también al “imperio de la razón”,¹⁴ y genera una relación de diálogo entre los actores que rinden cuentas y aquellos a quienes se las rinden. Este aspecto está jurídicamente menos desarrollado y se entiende más fácilmente en el contexto del ejercicio del poder político. Sin embargo, recientemente se han creado diversos instrumentos que le dan contenido y que van más allá del mero acceso al documento.¹⁵ En ese sentido, la transparencia se construye no sólo como un derecho de acceso, sino como una verdadera política pública que busca maximizar el uso social de la información dentro de la organización gubernamental.

El segundo contenido de la rendición de cuentas se refiere a la responsabilidad y la posibilidad de ser sancionado por actuar de manera inapropiada. En efecto, no es suficiente que los actores que rinden cuentas expliquen qué hacen y por qué lo hacen; también deben asumir las consecuencias de sus acciones, incluso la eventual imposición de sanciones cuando hayan actuado fuera de las facultades que les otorga el marco jurídico.¹⁶

¹⁴ Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, cit., nota 3, p. 14.

¹⁵ Algunos desarrollos recientes de los instrumentos de rendición de cuentas suponen una dimensión explicativa más amplia. Considérense, por ejemplo, los informes que deben rendir los órganos administrativos con autonomía a los Parlamentos, o el uso generalizado y obligatorio de instrumentos tales como las evaluaciones de impacto regulatorio (*regulatory impact assessment*) que implican una mayor y mejor justificación de las medidas adoptadas por un gobierno. Véase, al respecto, OECD, *Public Sector Transparency and Accountability*, París, OECD, 2002; *Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism to Regulatory Governance*, París, OECD, 2002.

¹⁶ La suma de la obligación de responder con la posibilidad de aplicar sanciones refleja una buena parte del pensamiento neoinstitucionalista respecto de las condiciones para crear instituciones efectivas. De acuerdo con esta corriente, para que las reglas sean efectivas deben ir acompañadas de mecanismos de supervisión que prevengan que su eventual violación pase desapercibida (función informativa de la rendición de cuentas). Pero también deben incluir mecanismos de aplicación que brinden la posibilidad y los incentivos para que los actos ilegales sean sujetos de castigo. La literatura en este tema hace énfasis, con mucha frecuencia, en que la capacidad de sancionar se traduce en la parte sustancial de la rendición de cuentas. Obviamente, el rango de tipos y severidad de san-

Los tres mecanismos juntos —información, justificación y sanción— hacen de la rendición de cuentas un concepto multidimensional que incorpora una variedad considerable de formas e instituciones. En ese sentido es posible diferenciar los conceptos de derecho de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas, si los imaginamos como una serie de círculos concéntricos. El primero de ellos corresponde al derecho de acceso a la información, construido como un derecho fundamental que otorga la facultad a las personas de tener acceso directo a la información gubernamental —normalmente contenida en documentos—¹⁷ y la obligación correlativa de los órganos del Estado de entregarla. El segundo círculo, más amplio, corresponde a la transparencia. Ella comprende, pero no se agota, en el derecho de acceso a la información y supone mecanismos de alcance más amplios que incluyen la justificación de la acción gubernamental. El tercer círculo, que es el más amplio, contiene a la rendición de cuentas, que es el concepto más comprensivo y que —como ya mencionamos— incluye a los otros pero supone dimensiones adicionales, en particular aquella referida a la sanción en el sentido más vasto del término. La última “sanción” al poder en las democracias es la que ejercen los ciudadanos mediante el voto informado.

2. *El derecho de acceso a la información y la política pública de transparencia*

Lo dicho anteriormente tiene una consecuencia muy importante en el diseño de una reforma constitucional, pues permite diferenciar entre el derecho de acceso a la información en sentido estricto y una política de transparencia construida como una política pública que orienta la acción estatal. 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

ciones disponibles es amplio y las opciones dependen de la naturaleza del agravio. En algunos casos la sanción es “política”, incluyendo publicidad y destitución. Véase, por ejemplo, North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Nueva York, Port Chester, Melbourne, Sydney, Cambridge University Press, 1990.

¹⁷ Un documento es el soporte —físico, magnético, electrónico— que contiene la información.

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 vincular las decisiones tomadas por los distintos gobiernos con la mayor transparencia posible. Así, mientras el derecho de acceso a la información pública ha de ser universal para todos los ciudadanos, la política de transparencia ha de responder a las características propias de los gobiernos.¹⁸

Esta distinción nos permite diferenciar dos planos, ambos necesarios para la reforma constitucional. El derecho de acceso a la información ha de construirse con base en estándares uniformes para todo el país, pues se trata del ejercicio de un derecho fundamental y resulta inaceptable que su ejercicio esté determinado por el capricho de las legislaturas estatales. Hacerlo sería tanto como admitir que existen ciudadanos con mejores derechos que otros por el simple hecho de residir en una determinada entidad federativa. La reforma constitucional debe entonces orientarse en este plano a delinear los criterios mínimos para su ejercicio efectivo, y que el escueto texto vigente no permite construir. La reforma debe también corregir las variables contenidas en las veintiocho leyes estatales y en las reglamentaciones que cada órgano estatal se ha dado para establecer un mínimo constitucional claro y definido.

En el otro plano, debe introducirse explícitamente en la Constitución la transparencia como un principio orientador de la acción estatal en todos los niveles de gobierno. Dada la diversidad del país y la complejidad de esta política pública —tanto desde el punto de vista institucional como organizacional y político— resulta difícil pensar que ésta pueda desarrollarse de manera uniforme y homogénea, por lo que su adaptación y conducción debe estar de la mano de los gobiernos, que deben ponerla en acción.

El punto que nos importa destacar junto con Mauricio Merino es que hasta ahora se ha entendido que la política de transparencia se realiza a través de la legislación que regula el derecho de acceso a la información. Esto es un error y es necesario diferenciar los dos planos, pues implican situaciones diferentes. La política de transparencia involucra cambios de mayor envergadura y supone la incorporación de criterios explícitos para

¹⁸ Merino, Mauricio, “Muchas políticas y un sólo derecho”, en esta misma obra.

maximizar el uso de la información en el proceso de decisión y acción gubernamental¹⁹ y que van más allá de las cuestiones normativas del derecho de acceso a la información; no obstante su garantía y desarrollo constitucional, generan condiciones que favorecen el desarrollo de aquélla.

3. *La cuestión federal*

Una de las cuestiones más delicadas en el diseño de una reforma constitucional en las dos dimensiones que hemos mencionado es su inserción en el marco del Estado federal.

Esta cuestión no pasó desapercibida para los diseñadores de la LAI —tanto en el gobierno federal como en la sociedad civil—,²⁰ pero en aquel momento se determinó que las condiciones políticas no permitían una reforma constitucional, por lo que se optó por que el Congreso expidiera, en el marco de sus facultades constitucionales, una ley federal, y dejar que cada entidad federativa en ejercicio de las suyas elaborara su ley, con los resultados que ya hemos referido.

Existen básicamente tres escenarios para resolver esta cuestión. El punto de partida es recordar que el principio constitucional básico establecido en el artículo 124 de la Constitución es que aquellas facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a la federación corresponden a los estados.²¹ Sobre esta base, el primer escenario es “federalizar” la materia de acceso a la información mediante una reforma

¹⁹ Para mayor detalle sobre estas consideraciones véase la sección III: “En busca de una gestión pública transparente” del texto de Mauricio Merino en este mismo volumen.

²⁰ Respecto a la visión en el gobierno federal véase López-Ayllón, Sergio, “La creación de la Ley de Acceso a la Información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo Federal”, en Concha, Hugo A. *et al.* (eds.), *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, *cit.*, nota 7, pp. 7 y ss. Respecto a la posición del Grupo Oaxaca véase el texto de Juan Francisco Escobedo en esta misma obra. Discrepamos, sin embargo, con su opinión en el sentido de que hubiera sido posible expedir una “ley general”, pues en nuestra opinión ello hubiera requerido también una reforma constitucional.

²¹ En realidad, el régimen de división de competencias entre la federación y las entidades federativas es mucho más complejo que lo que permite suponer una lectura directa del artículo 124, y supone hasta ocho tipos diferentes de facultades. Para una visión sintética de un problema muy complejo véase Carpizo, Jorge, “Facultades en el Estado federal”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, vol. 2, pp. 1415-1417.

al artículo 73 que otorgue facultades al Congreso federal para legislar en ella. Esto supondría tener una sola LAI que se aplicaría en todo el territorio nacional, en todos los órdenes de gobierno y respecto del conjunto de los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales. Los problemas de esta vía son obvios. Además de las dificultades técnicas —con frecuencia subestimadas pero que resultan críticas si se quiere diseñar una ley con viabilidad operativa— que supone elaborar una ley con un ámbito de aplicación tan vasto y variado, existen también razones políticas para suponer que las entidades federativas podrían oponer resistencia a una reforma constitucional que limitara su ámbito de facultades, y que además iría en sentido contrario a las tendencias del “nuevo federalismo”.²²

Un segundo escenario puede construirse sobre la base de considerar al derecho de acceso a la información como una facultad coexistente o coincidente.²³ Bajo este último supuesto se requeriría una reforma constitucional que estableciera tal condición (es decir, que esta materia corresponde al gobierno federal, estatal y municipal, en el respectivo ámbito de sus competencias) y que otorgara al Congreso federal la facultad de expedir legislación que estableciera las bases o criterios para dividir el ejercicio de esa facultad. Una ley general en materia de acceso a la información supondría así un instrumento normativo que determinaría la distribución de competencias en la materia. Creemos que esta solución resulta técnicamente demasiado compleja y crea ámbitos de incertidumbre muy altos respecto del contenido específico de la ley.

El tercer escenario, por el que nos inclinamos, supone introducir dos reformas en la Constitución. La primera de ellas buscaría desarrollar en

²² Véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 940-942.

²³ Existe un extenso debate en la doctrina constitucional sobre la existencia y diferencia entre las facultades “coexistentes” y “coincidentes”. Siguiendo a Carpizo (*op. cit.*, nota 21), las primeras son aquellas en que una parte de la misma facultad corresponde a la federación y la otra a las entidades federativas (por ejemplo la “salubridad general” corresponde a la federación, mientras que la “salubridad local” a las entidades federativas). Las facultades coincidentes son aquellas que tanto la federación como las entidades federativas pueden realizar (por ejemplo en materia de protección al ambiente o educación). Sin embargo, en este caso normalmente la propia Constitución concede a una de ellas la atribución para fijar las bases o criterios de división de esa facultad, por ello decir que la facultad es coexistente puede dar una falsa impresión, pues en la mayoría de los casos es el Congreso federal el que determina, a través de una ley general, la división de competencias entre federación, estados y municipios.

el artículo 6o. constitucional el contenido mínimo del derecho de acceso a la información. A esta enmienda deberá seguir la expedición por el Congreso federal y las legislaturas de los estados de las leyes reglamentarias correspondientes, mismas que deberán establecer el marco específico adaptado a las condiciones de cada estado, pero con base en los criterios desarrollados en la propia Constitución.²⁴ La omisión legislativa de alguna entidad federativa podría ser subsanada por la acción de los ciudadanos ante los tribunales federales, quienes tendrían parámetros claros para hacer efectivo el derecho.

Junto con la anterior puede considerarse introducir en la propia Constitución, en concreto en los artículos 116 y 134, la transparencia y la rendición de cuentas como principios de política que orienten la acción y decisión de las entidades gubernamentales, tanto en el nivel estatal y municipal (artículo 116) como federal (artículo 134). La transparencia y la rendición de cuentas como políticas de Estado plasmadas en la Constitución deberían incidir en una transformación profunda y de largo plazo de la gestión pública en todos los niveles de gobierno, pero con respeto a las necesidades y diferencias específicas de cada uno de ellos. Esta estrategia permitiría que cada uno de los poderes en los diferentes niveles adoptara las estrategias y tiempos que considerara pertinentes para incorporar estos principios en su organización interna, pero al mismo tiempo aseguraría una base constitucional sólida para orientar efectivamente la acción en esta dirección en todo el país.

III. EL CONTENIDO DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Una reforma constitucional que de manera efectiva genere los criterios mínimos en materia de derecho de acceso a la información debe con-

²⁴ Cabe señalar que este escenario no es nuevo y de hecho es el modelo que la Constitución siguió de manera exitosa en material electoral. En esa materia, el artículo 41 constitucional establece las bases para la renovación de los poderes Ejecutivo y Legislativo tanto a nivel federal como estatal, mismas que deben ser desarrolladas, sin convertirlas, por los códigos federal y locales de instituciones y procedimientos electorales. Por su parte, el diseño institucional a nivel federal, el IFE, sirvió de modelo para el desarrollo de los institutos electorales de los Estados.

siderar sus dimensiones sustantiva, de procedimiento e institucional.²⁵ Examinaremos todas estas cuestiones a continuación.

1. *Los aspectos sustantivos*

La experiencia comparada permite delinear los criterios básicos que supone el ejercicio del derecho de acceso a la información.²⁶ De entre ellos, consideramos que los que exponemos a continuación sirven de base para una reforma constitucional adecuada, sin perder de vista que la técnica constitucional no recomienda un desarrollo exhaustivo de ellos sino su enunciado genérico, que deberá después ser elaborado por las leyes reglamentarias y, en última instancia, por la interpretación judicial.

1) *Principio de publicidad sujeto a excepciones por causa de interés público.* Este principio constituye la piedra angular del derecho de acceso a la información. Implica establecer que, en principio, es pública toda la información en posesión de cualquier órgano del Estado mexicano en cualquiera de sus niveles (federal, estatal o municipal). Este principio rompe con las concepciones patrimonialistas o cerradas de la información gubernamental y establece un principio democrático básico que consiste en que todo acto de gobierno debe estar sujeto al escrutinio público.

Ahora bien, la publicidad total no es siempre posible ni deseable. En efecto, existen circunstancias en que la divulgación de la información

²⁵ A la fecha se ha presentado al menos una iniciativa de reforma al artículo 60. constitucional en materia de acceso a la información, misma que puede consultarse en el texto de Juan Francisco Escobedo en esta misma obra. Esa reforma se concentra en la dimensión institucional, pero omite cualquier consideración de carácter sustantivo y de procedimiento, por lo cual creemos es insuficiente. Lo anterior sin considerar sus problemas de fondo, a los que nos referiremos con detalle más adelante al examinar la pertinencia de crear un organismo con autonomía constitucional especializado en la materia.

²⁶ Muchos de los criterios internacionales están plasmados en el documento *A Model Freedom of Information Law*, elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales, entre otras *Article 19* y el *Centre for Policy Alternatives*. Puede consultarse en <http://www.article19.org/pdfs/standards/modelfoiaw.pdf>. Véase, también, el artículo de Ernesto Villanueva en este mismo volumen, así como los trabajos de Banisar, David, *Freedom of Information and Access to Government Record Laws Around the World*, Privacy Internacional, 2004 (disponible en www.privacyinternational.org); Ackerman, John M. y Sandoval, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2005.

puede afectar un interés público valioso para la comunidad. Este es, por ejemplo, el caso de la seguridad nacional, la seguridad pública, las relaciones internacionales, la economía nacional, la vida, salud o seguridad de las personas y los actos relacionados con la aplicación de las leyes. Sin embargo, estas excepciones, como tales, deben ser interpretadas de manera restringida y su aplicación limitarse a lo estrictamente necesario para la protección de un interés público preponderante y claro. Por ello tienen una naturaleza temporal; de ahí que el término que se utilice para referirse a este tipo de documentos sea el de “información reservada”. Adicionalmente, el único órgano con capacidad y legitimidad para establecerlas es el Poder Legislativo. En este sentido, conviene que la reforma constitucional establezca una reserva de ley que impida que órganos distintos al Legislativo puedan ampliar el catálogo de excepciones.

2) *Protección de la vida privada.*²⁷ Una segunda excepción al principio de publicidad de la información la constituye la protección a la vida privada. Los órganos del Estado recaban y administran información que se refiere a la vida privada y el patrimonio de los ciudadanos. Esta información no puede estar sujeta al principio de publicidad, pues pondría en grave riesgo otro derecho fundamental, que es el de la vida privada.

Desde esta perspectiva es necesario que se reconozca a nivel constitucional que este tipo de información, que se conoce bajo el término genérico de “datos personales”, requiere de una protección especial que supone restringir su acceso, tanto respecto a otros órganos del Estado, como de cualquier otro particular.

Vale la pena recordar que los sistemas automatizados de información permiten acumular una enorme cantidad de datos sobre la vida de las personas. Por ello, resulta indispensable que la legislación en materia de acceso a la información gubernamental contemple de manera específica

²⁷ Cabe señalar que una iniciativa de reforma constitucional aprobada por el Senado de la República el 18 abril de 2006 al artículo 16 de la Constitución introduce los siguientes dos párrafos: “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 o destrucción 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 público, seguridad, salud o para proteger los derechos de tercero”. Una reforma al artículo 6o. deberá considerar la manera de compatibilizar su contenido con el del nuevo texto del artículo 16, en caso de ser aprobada por el constituyente permanente.

las garantías que los órganos del Estado deben acordar y asegurar a los datos personales de los gobernados.

3) *Acceso a la información de todos los órganos del Estado y los partidos políticos.* La iniciativa debe especificar el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información. Éste debe comprender cualquier órgano del Estado mexicano, en todos los órdenes de gobierno. En este sentido, los sujetos obligados por el derecho incluyen a los poderes ejecutivos, legislativos, judiciales y, sin excepción, a todos los órganos de las administraciones públicas federal, estatal y municipal. Son también sujetos obligados los órganos con autonomías constitucionales, federales o estatales, y los tribunales administrativos.

Un aspecto en el que existen diferencias en el marco jurídico nacional se refiere al acceso a la información de los partidos políticos, pues algunas leyes los han incluido como sujetos obligados, mientras que otras lo han hecho sólo parcialmente o de manera indirecta. Respecto de esta cuestión consideramos que dada su naturaleza de entidades de interés público, financiadas por recursos públicos y con una función central en el sistema político mexicano, los partidos políticos deben de considerarse como sujetos obligados por el derecho de acceso y que los ciudadanos deben por ello tener la posibilidad de requerirles información.

A este respecto cabe recordar que ya el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha establecido criterios en esta dirección cuando en el juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano, expediente SUP-JDC-041/2004, concluyó que:

es indiscutible que la ciudadanía tiene derecho a informarse sobre cómo [los partidos políticos] se organizan, cómo eligen a sus candidatos, cómo utilizan los recursos que les asigna el Estado, cómo financian sus actividades, etcétera. Este derecho no sólo compete a los militantes, afiliados o simpatizantes de los partidos políticos, sino que corresponde a todo el cuerpo electoral conformado por los ciudadanos.

4) *Prueba de daño y de interés público.* La reforma debe establecer, como ya se señaló, un principio de reserva de ley para que corresponda exclusivamente a los poderes legislativos de la federación, las entidades federativas y el Distrito Federal, según sea el caso, determinar las excepciones al acceso a la información, siempre fundadas en el interés público

o la protección de la vida privada y el patrimonio de las personas. Sin embargo, la aplicación e interpretación por los órganos del Estado de estas excepciones requiere de una valoración específica que la doctrina en la materia denomina “pruebas de daño” y “prueba de interés público”,²⁸ y que consideramos pertinente que recoja una reforma constitucional en la materia.

La prueba de daño se refiere al balance específico que debe realizarse al aplicar a un caso concreto una excepción fundada en el interés público. En efecto, dado el principio de publicidad de la información, no es suficiente que cierta información se refiera, por ejemplo, a la seguridad pública o a la seguridad nacional para determinar de manera automática su reserva, sino que resulta necesario motivar esta reserva mediante un balance del daño que pudiera generar su divulgación en un momento determinado. Sólo cuando de esta ponderación resulte claro y evidente que el valor jurídicamente tutelado por el interés público puede ser afectado por la divulgación de la información, procede su reserva por un tiempo determinado.

La prueba de interés público se refiere a aquellas circunstancias excepcionales en las que la protección a la vida privada puede ser subordinada al interés público. En estos casos se debe realizar una cuidadosa ponderación que justifique que cierta información que pertenece al ámbito privado pueda ser divulgada por así convenir al interés público. Resulta obvio que lo anterior requiere garantizar al particular afectado la debida garantía de audiencia de manera previa a la divulgación de esa información que le concierne.

5) *Obligación de proporcionar información.* Uno de los aspectos más positivos de la LAI fue la introducción de la obligación para los sujetos obligados de proporcionar, a través de medios electrónicos, sus principales indicadores de gestión, así como información sobre sus actividades y objetivos, sin que medie una solicitud específica del particular. Por ello, consideramos conveniente que una reforma constitucional incorpore esta cuestión, pues permite asegurar el cumplimiento de uno de los postulados básicos del derecho a la información: la obligación de los órganos gubernamentales de informar de manera permanente, actualizada, oportuna y accesible.

²⁸ Véase al respecto 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. 8, julio-diciembre de 2006 (en prensa).

tuna y pertinente sobre sus actividades, funciones, ejercicio del gasto público y resultados.

Esta obligación facilita el ejercicio de la rendición de cuentas permanente al que están obligados los servidores públicos y transparenta de manera indubitable la acción gubernamental, permitiendo y ampliando el ejercicio democrático, redistribuyendo el poder y permitiendo que los ciudadanos puedan obtener de manera directa, permanente y sin intermediarios información sobre los principales indicadores de gestión de la actividad gubernamental.

6) *Sanciones para los servidores públicos.* La violación por parte de cualquier servidor público al ejercicio de un derecho fundamental debe ser sancionada de manera inmediata y ejemplar. Por ello, una reforma constitucional debería incluir que las legislaciones que la reglamenten establecerán sanciones graves para todos aquellos servidores públicos que dolosamente oculten o nieguen el acceso a la información gubernamental. Debe, sin embargo, hacer una salvedad respecto de los partidos políticos, pues de acuerdo al marco constitucional, aquellas personas que trabajan en ellos no se consideran servidores públicos, y por lo tanto el régimen de sanciones no les resultaría aplicable, dejando que el incumplimiento de sus obligaciones quedara sin sanción. Es por esta razón que la reforma constitucional debería precisar que los partidos pueden ser objeto de sanción.

7) *Los archivos administrativos.* Un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información supone la existencia de archivos administrativos actualizados y confiables. Hemos de reconocer que el país ha descuidado sus archivos, que constituyen parte de su memoria institucional. Pero no sólo tienen una dimensión histórica, sino que son la base de una gestión moderna de la información en las organizaciones públicas. Por ello la reforma debería establecer de manera específica la obligación de toda entidad gubernamental de contar con archivos administrativos que documenten sus actividades, faciliten una mejor gestión y al final del día aseguren una adecuada rendición de cuentas.

2. *Los aspectos de procedimiento*

La reforma debe delinear tres tipos de procedimientos: el de acceso a la información, el de acceso a los datos personales y, finalmente, el de revisión.

1) *Un procedimiento expedito para el acceso a la información.* El ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información requiere el establecimiento de un procedimiento claro, sencillo y expedito para solicitar el acceso a los documentos administrativos.

Este procedimiento debe reunir dos características fundamentales. La primera es que se trate de un procedimiento expedito que permita lograr oportunidad en la entrega de la información. De nada serviría establecer el derecho si el mecanismo de entrega fuera engorroso y largo. Resulta necesario reconocer que la entrega oportuna de información depende de la capacidad administrativa de las entidades de procesar las solicitudes oportunamente, y que un plazo demasiado breve puede resultar ilusorio, simplemente porque no sería posible cumplirlo. Por ello, y con base en la experiencia de varios años, tanto a nivel federal como estatal, consideramos que un plazo máximo de veinte días hábiles resulta factible y razonable.

La segunda condición del procedimiento es la necesidad de dejar claramente establecido que el ejercicio del derecho no puede estar condicionado a que se le requiera al ciudadano que acredite interés o justifique su utilización. En efecto, congruente con el principio de publicidad de la información gubernamental y la necesidad de establecer un mecanismo de rendición de cuentas lo más amplio posible, pero sobre todo con el hecho de que estamos frente al ejercicio de un derecho fundamental, basta la presentación de la solicitud de acceso para generar la obligación de entregar la información. No se puede por ello establecer condiciones al ejercicio del derecho que permitan a la autoridad, de manera discrecional, juzgar sobre la legitimidad del uso de la información, pues esto sería tanto como establecer mecanismos de censura previa. Los mecanismos para corregir eventuales usos incorrectos de la información corresponden a las instituciones de derecho civil, penal o administrativo, según sea el caso.

2) *Un procedimiento expedito para el acceso y rectificación de los datos personales.* Previamente se ha expuesto que los órganos del Estado en el desempeño de sus funciones recaban y conservan sistemas de datos personales de los ciudadanos. Por ello resulta necesario establecer de manera paralela al procedimiento de acceso uno que permita a los ciudadanos el acceso y, en su caso, la rectificación de sus datos personales. Este procedimiento, sin embargo, presenta una diferencia fundamental

con el de acceso, y es que la única persona legitimada para acceder o rectificar sus datos es el titular de esos datos o su representante legal.

3) *Un procedimiento de revisión de las decisiones desfavorables ante un organismo especializado e imparcial.* La experiencia nacional e internacional en materia de acceso a la información muestra que existen múltiples razones por las cuales un órgano del Estado puede negar el acceso a la información solicitada, o bien el acceso o la modificación de registros con datos personales. Ello obliga a establecer procedimientos ágiles de revisión de estas decisiones. Aunque existen varios modelos para lograrlo, creemos, con base en la experiencia mexicana de los últimos años, que la existencia de organismos especializados en la materia facilita el ejercicio del derecho y, a más largo plazo, permite institucionalizar una cultura de transparencia.

La reforma constitucional debe así considerar la existencia de un procedimiento de revisión ante un órgano especializado e imparcial, sobre cuyo diseño abundaremos enseguida. Este procedimiento hace las veces de un mecanismo de revisión administrativa que busca dar agilidad, celeridad y eficiencia en el ejercicio del derecho.

Una cuestión que ha sido objeto de debate, especialmente a nivel de la administración pública federal, es el carácter que deben tener las resoluciones de este órgano; en otras palabras, si deben o no ser definitivas respecto de los sujetos obligados. Consideramos que deben ser definitivas por varias razones. La primera de ellas es que, como hemos dicho, este procedimiento hace las veces de una revisión administrativa, que es obligatoria y de última instancia para la autoridad. Otra razón es que estamos tratando el ejercicio de un derecho fundamental y los órganos de autoridad no son titulares de derechos fundamentales. Ello supone, por tanto, que salvo las excepciones previstas en la Ley de Amparo, resulta improcedente la interposición de un juicio de amparo por parte de la autoridad contra una decisión de otro órgano administrativo.

3. *Los aspectos institucionales*

Una de las cuestiones más delicadas en una reforma constitucional es la referente al diseño institucional. Al respecto existen dos grandes escenarios. El primero, que parece haber alcanzado gran popularidad, es la

creación de un nuevo órgano constitucional autónomo en la materia;²⁹ un IFE de la información. El segundo escenario es que la reforma se limite a establecer de manera general las características de los órganos responsables de administrar el acceso a la información, y dejar a las leyes secundarias el diseño específico de ellos. Por las razones que exponemos a continuación no consideramos pertinente la creación de un órgano constitucional, y favorecemos la segunda opción.

1) *Un órgano especializado con autonomía constitucional.* El diseño de un nuevo órgano con autonomía constitucional en materia de acceso a la información implica resolver diversos problemas constitucionales relevantes.

La primera cuestión a considerar es determinar cuáles serían las funciones y facultades de este órgano. Al respecto, cabe considerar, con base en el modelo del Instituto Federal de Acceso a la Información, cuatro grandes elementos:

- a) Resolver las controversias entre los sujetos obligados y los particulares en materia de acceso a la información y protección de datos personales.
- b) Supervisar el cumplimiento de la ley por parte de los sujetos obligados.
- c) Expedir la regulación en materia de acceso a la información.
- d) Promover el ejercicio del derecho y la cultura de la transparencia.

Supongamos, para propósito de la argumentación, que la iniciativa de reformas propusiera que este órgano tuviera sólo las funciones identificadas por los incisos *a* y *b*. Esto supone resolver varias cuestiones relacionadas entre sí.

La primera de ellas es determinar si sus resoluciones serían recomendatorias o vinculatorias. En la primera hipótesis estaríamos dando un paso atrás, pues conforme al modelo desarrollado en la LAI, las resoluciones del IFAI son vinculatorias. Aun suponiendo que el prestigio del órgano pudiera dar a sus recomendaciones un peso político y moral suficientemente fuerte, el número de recursos que actualmente se presentan

²⁹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la iniciativa de reforma al artículo 60. constitucional presentada por el senador César Camacho y que expone Juan Francisco Escobedo en su trabajo en esta misma obra.

ante el IFAI permiten suponer que rápidamente se generaría un desgaste institucional que las haría inefectivas. Por otro lado, esta alternativa crea una duplicación de funciones con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien, por diseño constitucional, tiene justamente una competencia que comprende conocer las violaciones al derecho de acceso a la información.

Consideremos ahora la segunda hipótesis, es decir que las resoluciones del órgano tuvieran un carácter vinculatorio. En este escenario, el primer problema a resolver es la relación de esas resoluciones frente a la función constitucional del Poder Judicial de la Federación. Por diseño constitucional, corresponde a este Poder la protección de los derechos fundamentales, a través del amparo, y la interpretación en última instancia de la Constitución. Por ello, o bien se establece que las resoluciones del nuevo órgano constitucional especializado son definitivas e inatacables, rompiendo con ello el esquema de control constitucional y creando de hecho una pequeña “Suprema Corte” —hipótesis que carece de cualquier lógica jurídica o política—, o bien se deben sujetar todas sus resoluciones al control judicial. Esto tendría por efecto derrotar la idea de un procedimiento simple y expedito y prolongar el tiempo y costo de los litigios en materia de acceso a la información, pues por una lógica institucional bien probada, los órganos gubernamentales tenderían a recurrir las decisiones del órgano que no les favorecieran.

Para complicar más el escenario debemos considerar que el Poder Judicial federal es también un sujeto obligado. Por ello, los potenciales conflictos entre ese Poder y los particulares tendrían que ser resueltos por el nuevo órgano constitucional. ¿Conviene institucionalmente sujetar al Poder Judicial al control de un órgano con estas características cuando al final del día sus resoluciones deberán ser revisadas por el propio Poder Judicial?

Finalmente, deben considerarse las implicaciones de sujetar a los otros órganos con autonomía constitucional a la competencia de un nuevo órgano con las mismas características. Puede razonablemente argumentarse que este hecho rompe justamente con la idea misma de la autonomía constitucional y que puede generar conflictos innecesarios que al final del día tendrán que resolverse en el ámbito judicial.

Desde una perspectiva distinta, cabe preguntarse si conviene seguir con la tendencia de crear nuevos órganos con autonomía constitucional para cada uno de los problemas del país. En efecto, admitiendo que fuera

posible crear un órgano con estas características en materia de acceso a la información, ¿por qué no uno similar para las cuestiones indígenas, otro para los discapacitados, y otros para cada uno de los derechos fundamentales? En el largo plazo, esta tendencia no parece tener una lógica sustentable.

En última instancia, nuestro argumento consiste en señalar que el “órgano independiente” responsable en última instancia de resolver las controversias en materia de acceso a la información ya existe, y se llama Poder Judicial de la Federación. Por ello no parece necesaria ni pertinente la creación de un nuevo órgano constitucional autónomo en esta materia. Sin embargo, no existe inconveniente en crear órganos especializados intermedios con ciertas características especiales que funcionen de manera similar a un tribunal administrativo.

2) *Órganos administrativos especializados con autonomía técnica y presupuestal.* Como hemos expuesto, la reforma puede delinear la creación de organismos especializados, cuyo modelo más acabado es el Instituto Federal de Acceso a la Información, que deben reunir ciertas características de independencia y buen juicio. Para asegurar lo anterior es indispensable que estos organismos gocen desde el diseño constitucional del más amplio margen de autonomía operativa, presupuestal y de decisión. Corresponderá a cada entidad federativa el diseño específico que les asegure estas condiciones de operación y que les otorguen las facultades necesarias para asegurar la eficacia y obligatoriedad de sus decisiones.

IV. LAS IMPLICACIONES DE LA REFORMA

Una reforma constitucional es un paso necesario pero no suficiente. Resulta prioritario considerar sus implicaciones y las condiciones que supone su implementación efectiva.

1. *En las reglas y procedimientos*

Una primera dimensión a considerar 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 la in-

formación, 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 que genere una eventual reforma constitucional implicarán modificaciones importantes a la legislación vigente en todas las entidades federativas. En este sentido, cabe considerar —como en otros campos— el desarrollo de una “ley modelo” que con base en las mejores prácticas nacionales e internacionales, sirva de guía a los Congresos locales en el desarrollo de sus reglas y procedimientos. Una ley modelo tiene además la ventaja de asegurar el respeto a la autonomía de los Congresos estatales y permitir su adaptación a las variables condiciones locales.

2. En el diseño institucional

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 la 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 resulta 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 y que permita un diseño adecuado y específico, muy en particular si una reforma con el ámbito que aquí hemos discutido ha de aplicarse a nivel municipal.

En cuanto a los órganos responsables de la administración de la ley, deben considerarse aquellos relacionados con su integración (es decir 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 conviene considerar si resulta pertinente que concentren las facultades de resolución de controversias, promoción, regulación, supervisión y sanción, o conviene diferenciarlas de manera que aquellas 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 sobre todo no conviene dar a estos órganos funciones de sanción, pues desvirtúa sus funciones y genera conflictos para los cuales no están preparados.

El otro aspecto central tiene que ver con los recursos presupuestales para estos órganos. Resulta obvio que en un contexto de recursos escasos es una decisión difícil otorgarles el nivel óptimo, pero también que con recursos limitados los órganos no tienen condiciones para ejercer sus funciones de manera adecuada. 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.

3. En los actores

Es necesario reconocer que carecemos de 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 propuesta.

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

4. *En la cultura*

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.

V. ANEXO: PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 6o., 116 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo primero. Se adiciona un párrafo final al artículo 6o. para quedar de la siguiente forma:

Artículo 6o.

La federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información bajo las siguientes bases:

I. La información en posesión de todos los órganos del Estado es pública, sujeta a las reservas temporales que por razones de interés público establezca la ley;

II. La información que se refiera a la vida privada, el patrimonio de las personas o sus datos personales se considerará como confidencial y será de acceso restringido;

III. Un procedimiento expedito ante todos los órganos del Estado y los partidos políticos, no mayor a 20 días hábiles, para que cualquier persona solicite el acceso a la información gubernamental, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización;

IV. Un procedimiento expedito para que cualquier persona solicite acceso o rectificación de sus datos personales en posesión de cualquier órgano del Estado o partido político;

V. Un procedimiento de revisión de las decisiones desfavorables a las solicitudes referidas en las fracciones III y IV de este artículo, no mayor a tres meses y ante un organismo especializado e imparcial que goce de autonomía operativa, presupuestal y de decisión;

VI. El balance en caso de conflicto entre el principio de publicidad y la necesidad de reserva o confidencialidad deberá realizarse mediante la aplicación de pruebas de daño o interés público, según sea el caso;

VII. Sanciones graves para los servidores públicos que dolosamente oculten o nieguen el acceso a la información gubernamental y para los partidos políticos que no cumplan con las obligaciones que en esta materia establezcan las leyes;

VIII. La obligación de todos los órganos de Estado de proporcionar a través de medios electrónicos sus principales indicadores de gestión, así como información sobre sus actividades que procure una adecuada rendición de cuentas;

IX. La existencia de archivos administrativos actualizados y confiables.

Artículo segundo. Se adiciona un nuevo inciso VIII al artículo 116 para quedar de la siguiente forma:

Artículo 116...

VIII. Las Constituciones y las leyes de los estados establecerán los mecanismos para que los órganos de los poderes de los estados, de los gobiernos municipales y de los organismos con autonomía constitucional, se organicen conforme al principio de transparencia y rendición de cuentas.

Artículo tercero. Se adiciona con un nuevo párrafo segundo al artículo 134 para quedar de la siguiente forma:

Artículo 134...

Los órganos del gobierno federal y del gobierno del Distrito Federal se organizarán bajo el principio de transparencia y rendición de cuentas.

Artículo transitorio. La federación y las entidades federativas deberán reformar o expedir en sus respectivos ámbitos de competencia, a más tardar un año después de la entrada en vigor de esta reforma, las leyes reglamentarias en materia de transparencia y acceso a la información gubernamental, las cuales no podrán contravenir las bases establecidas en esta Constitución.

AUTORES

Ricardo BECERRA. Licenciado en economía por la Universidad Nacional Autónoma de México. Reportero y articulista en varios periódicos de circulación nacional. Es autor de varios libros y obtuvo el Premio Nacional de Periodismo 2004. Actualmente trabaja como director general en el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Miguel CARBONELL. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinador de su área de derecho constitucional. Investigador nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores.
E-mail: *miguelc6@hotmail.com*.

Edgar CORZO SOSA. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y director de la Revista *Cuestiones Constitucionales*. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Luis Alberto DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ. Candidato a doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente se desempeña como consejero del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México.
E-mail: *luisalbertodg@att.net.mx*.

Juan Francisco ESCOBEDO. Doctor en ciencia política por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor de la Universidad Iberoamericana y de la Universidad Anáhuac. Actualmente es asesor del abogado general de la UNAM.
E-mail: *jfescobedo_2000@yahoo.com*.

Eduardo GUERRERO GUTIÉRREZ. Licenciado en administración pública por El Colegio de México y candidato a doctor en ciencia política por la Universidad de Chicago. Actualmente es director ejecutivo del Servicio Profesional Electoral del Instituto Federal Electoral.
E-mail: *eduardo.guerrero@ife.org.mx*.

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN. Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es profesor investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas e investigador nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores.

E-mail: *sergio.lopez@cide.edu*.

Alonso LUJAMBIO. Licenciado en ciencias sociales; realizó sus estudios de maestría y doctorado en la Universidad de Yale. Fue director del Programa de Ciencia Política del ITAM y consejero electoral del Instituto Federal Electoral. Actualmente se desempeña como comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información.

E-mail: *alonso.lujambio@ifai.org.mx*.

Mauricio MERINO. Doctor en ciencias políticas por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es director de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas A. C.

E-mail: *mauricio.merino@cide.edu*.

Salvador O. NAVA GOMAR. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es director de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur.

E-mail: *snavag@ds.uas.mx*.

Pedro SALAZAR UGARTE. Doctor en filosofía política por la Universidad de Turín. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

E-mail: *pedsalug@yahoo.com*.

Leticia RAMÍREZ DE ALBA LEAL. Licenciada en economía por la Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Azcapotzalco y maestra en economía por El Colegio de México. Actualmente se desempeña como asesora del consejero presidente del Instituto Federal Electoral.

E-mail: *leticia.ramirez@ife.org.mx*.

Ernesto VILLANUEVA. Doctor en derecho y doctor en comunicación por la Universidad de Navarra. Actualmente es investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

E-mail: *evillanueva99@yahoo.com*.

Democracia, transparencia y Constitución: propuestas para un debate necesario, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 18 de agosto de 2006 en Formación Gráfica, S. A. de C. V. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros. Consta de 3,000 ejemplares.