“Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la jurisdicción constitucional”

(*Entregable 1: Marco teórico-metodológico*)

Escuela de Ciencias Sociales

Departamento de Derecho

Coordinador del proyecto: Dr. Israel Cedillo Lazcano

Investigadores: Dr. Israel Cedillo Lazcano

Dr. Armando Pamplona Hernández

Dr. Samuel Abraham Stone Canales

Dr. Diana Gabriela Cruces García

Colaboradores: Regina Nájera Cambero

María Paula Silva Hernández

Alejandro Carlos Baltazar Ruiz

Omar Gerardo Baltazar Ruiz

Eduardo Ignacio García Escalante

Tabla de contenidos

RESUMEN EJECUTIVO……p. 7

Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la jurisdicción constitucional

1. Introducción……p. 9

1.1. **Metodología**……p. 12
1.1.1. Evolución histórica del Derecho a la Información……p. 14
1.1.2. Seguridad nacional……p. 16
1.1.3. Autodeterminación informativa de la persona……p. 17
1.1.4. Selección de decisiones judiciales relevantes……p. 18

2. Necesidades informacionales endógenas……p. 24

2.1. **El Derecho de la información como herramienta informacional del Estado de Derecho** ……p. 27
2.1.1. El *Shipmoney Case* y el surgimiento de los sistemas sociales dinámicos modernos ……p. 28
2.1.1.1. *The King v. Hampden*……p. 30
2.2. **Derecho de acceso a la información y libertad de expresión** ……p. 35
2.2.1. Caso Claude Reyes y otros v. Chile……p. 40
2.3. **Desafíos operacionales del derecho de acceso a la información** ……p. 46
2.4. **El derecho a la información en el marco normativo mexicano**……p. 50
2.4.1. Derechos humanos……p. 52
2.4.2. Garantías constitucionales……p. 62

3. Seguridad Nacional……p. 68

3.1. Fundamentos y génesis de la seguridad nacional en Estados Unidos……p. 69
3.1.1. Antes de la defensa nacional y el concepto de "free security": 1776-1870……p. 69
3.1.2. La protección territorial y soberana como fundamento del concepto de defensa nacional: 1890-1938……p. 71
3.1.3. Los inicios del concepto moderno de seguridad nacional: 1938-1945……p. 72
3.1.4. La seguridad nacional como concepto definitivo: 1945-presente……p. 75
3.2. Aplicación actual del concepto de seguridad nacional en Estados Unidos……p. 77
3.2.1. La libertad de expresión y de la empresa como límite al concepto de seguridad nacional en el contexto de la *Espionage Act* de 1917……p. 78
3.3. El caso de *Youngstown* y los límites al poder Ejecutivo ante el Legislativo en materia de seguridad nacional……p. 78
3.3.1. Los casos de *Youngstown* y *Dames & Moore* en la era pre-9/11……p. 79
3.3.2. El test de *Youngstown* post-9/11 en temas de seguridad nacional……p. 83
3.4. Seguridad nacional en el contexto mexicano……p. 85

4. Autodeterminación informativa de la persona.....p. 97

4.1. Sentencia 209/1983, de 15 de diciembre de 1983. El génesis de la autodeterminación informativa de la persona .....p. 99

4.2. *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* y el surgimiento de principios de tratamiento p.105

4.3. Difusión global de los principios en materia de tratamiento p.108

4.4. Sentencia C-131/12 de 13 de mayo de 2014. "Caso Costeja" p.112

4.5. La protección de datos personales en México.....p.119

Resumen Ejecutivo

El presente documento ha sido desarrollado con el objetivo de presentar una contribución académica para la ciudadanía, relativa al entendimiento y la difusión de los Derechos de la Información, en particular al Derecho de Acceso a la Información y a la Autodeterminación Informativa de la Persona. Dicho esfuerzo hace énfasis en el rol de las necesidades endógenas con las que todos podemos identificarnos y, de esta forma, destacar su relevancia en los Estados democráticos como el nuestro. Para tal efecto, el presente **"Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la jurisdicción constitucional"** exhibe cómo dichos derechos se encuentran estrechamente vinculados con el surgimiento del Estado de Derecho post-Westfaliano donde, al amparo de la ley, se busca dar voz a los ciudadanos y las ciudadanas, garantizar el libre desarrollo de su identidad, así como preservar estos derechos informacionales y ajustarlos al espíritu de los tiempos.

Consecuentemente, en este documento se analiza la evolución del Derecho a la Información y a la Protección de Datos Personales a través de diversas tradiciones jurídicas, partiendo del caso *The King v Hampden*, pasando por la concepción del Reglamento de Protección de Datos europeo (GDPR) y la concepción del derecho al olvido a la luz del caso Costeja en el marco de la Cuarta Revolución Industrial, hasta los desafíos que se presentaron por la pandemia de la COVID-19 y las cadenas globales de valor que soportan el desarrollo de las vacunas distribuidas para hacerle frente. De dicho análisis, se identificaron y presentan diferentes principios e indicadores que son extrapolados en la experiencia mexicana, y se presenta un análisis estadístico relativos al ejercicio y defensa de los multi referidos derechos, destacando la necesidad de medios de defensa constitucionales, así como de un órgano constitucional autónomo como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (en adelante el INAI o el Instituto), para hacer frente a las asimetrías informacionales que pueden surgir entre el Estado y la ciudadanía. De lo anterior, se extraen conclusiones y recomendaciones sobre las cuales se invita a reflexionar en el trabajo hacia la construcción y el fortaleciendo de una ciudadanía activa y participativa que coadyuve en la difusión de un modelo de justicia abierta para México.

Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la jurisdicción constitucional

Dr. Israel Cedillo Lazcano, Dr. Armando Pamplona Hernández, Dr. Samuel A. Stone Canales, Dra. Diana Gabriela Cruces García[1]

1. Introducción

Como se puede colegir del contenido de las normas que versan sobre la autodeterminación informativa de la persona y el acceso a la información, en lo individual y en lo colectivo, estamos compuestos de diferentes y muy variados conjuntos de datos. Desde una perspectiva, incluso podemos argumentar que nuestras sociedades funcionan como sistemas dinámicos compuestos, a su vez, de subsistemas de la misma naturaleza que interactúan con diversos entornos y generan diversas soluciones ante los problemas que los mismos presentan. De tal hecho, han emergido necesidades atendidas por varias de las tecnologías sociales, consistentes en herramientas e innovaciones que han fomentado la racionalización y la evolución de nuestras interacciones a lo largo de nuestra historia, como son, entre otras, la escritura y la concepción de los números. Lo anterior permitió la incorporación y la movilización de derechos, así como la introducción de nuevas formas de registrar y transferir información a lo largo de los referidos sistemas, que trascienden a las dinámicas de transmisión que definen a nuestro propio código genético[2].

Dicho lo anterior, el presente marco teórico-metodológico está estructurado alrededor de la hipótesis de que nuestras sociedades pueden ser definidas y entendidas como sistemas sociales dinámicos. Para empezar, el Diccionario de la Real Academia Española define a un

[1] Los autores reconocen la valiosa colaboración de los estudiantes del Programa de Honores: Regina Nájera Cambero, María Paula Silva Hernández, Alejandro Carlos Baltazar Ruiz, Omar Gerardo Baltazar Ruiz y Eduardo Ignacio García Escalante.

[2] S. Hawking, *Brief answers to the big questions.* (2018, London: John Murray), p. 78.

sistema como al “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”, por lo que un sistema dinámico se puede entender como un subconjunto de sistemas compuestos de tres elementos: 1) un estado/contexto con el cual interactúa, 2) un *input* y 3) un producto que atiende al estado inicial y lo proyecta a uno nuevo.[3] Por supuesto, en el marco de nuestras sociedades, estos sistemas dinámicos dependen de reglas de transición materializadas a través del análisis racional y macrosocial de la ley a través de la legisprudencia, y de la redacción y ejercicio de la propia ley, las cuales establecen el parámetro de acción entre el contexto y los productos a través de los cuales se atienden los problemas presentados por el primero.

Conforme las interacciones desarrolladas al interior de cada sistema social dinámico avanzaron en complejidad, trascendiendo a escenarios como el planteado en modelos como el Arrow-Debreu[4], los procesos de intercambio y transferencia de ideas, opiniones e información de diversa índole entre diversos grupos humanos, y con la subsecuente positivización de los derechos fundamentales, se hizo evidente la necesidad no sólo de reconocerlas sino de garantizar las libertades de expresión, información y autodeterminación informativa de la ciudadanía, a la vez que se imponían obligaciones de transparencia a los sujetos obligados que complementaran a dichos derechos, lo cual nos permite hablar de la existencia y evolución de paradigmas de justicia abierta desarrollados bajo el Imperio de la Ley. Siguiendo este argumento, y partiendo del contenido del criterio jurisprudencial establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),[5] empleamos el término “Justicia Abierta” para definir al sub núcleo del modelo de “Gobierno Abierto” compuesto por el conjunto de normas que imponen a los tribunales u otros organismos que desempeñan funciones de naturaleza judicial, la obligación de conducir sus actividades bajo los principios de transparencia y publicidad. De esta forma, los procesos de comunicación se han revelado como un componente esencial para la evolución de los elementos que constituyen a nuestros sistemas sociales dinámicos en su expresión colectiva e individual.[6]

---

[3] J. Angeles, *Fundamentals of robotic mechanical systems. Theory, methods and algorithms.* (2014, Cham: Springer International), p. 1.

[4] K.J. Arrow and G. Debreu, “Existence of an equilibrium for a competitive economy.” (1954) 22 *Econometrica* 265-290.

[5] Ver tesis 1a. CDXI/2014 (10a.). SENTENCIAS DE AMPARO. SON EL ELEMENTO IDÓNEO PARA LEGITIMAR LA LABOR DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

[6] L.G. Rodríguez, “Derecho a la información como herramienta democratizante”. Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3079/5.pdf, *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (Consultado el 9 de septiembre de 2022).

Ante la gran variedad de formas de interacción, de soportes y de conductos para materializar ideas, que se han desarrollado desde tiempos inmemoriales, el Derecho ha tenido que atender a las necesidades endógenas de la sociedad para crear y compartir información en el marco establecido por un agente exógeno a las mismas: el Estado. Consecuentemente, podemos categorizar las normas que emergen de las referidas necesidades en tres grandes categorías: 1) las prerrogativas ciudadanas relativas al acceso a la información, 2) los derechos que nos permiten constituir derechos sobre la información, y 3) las facultades identificadas con la distribución de la información a la que se ha accedido y/o sobre la cual los titulares han constituido derechos; emergiendo sobre las mismas el Derecho de la Información.

Por supuesto, los elementos que configuran a esta rama del Derecho han evolucionado con el paso del tiempo. Por ejemplo, las primeras normas en materia de constitución de derechos sobre la información y su libre distribución se apegaban a las prerrogativas reales y a los intereses que éstas representaban, como se puede apreciar en la *Licensing Act* de 1662[7], la *Stationers' Charter* de 1557[8], la ley de 21 de septiembre de 1556 sobre la autorización e impresión de libros de Indias, entre otras. En el contexto de la esfera privada asociada generalmente a conceptos como el hogar y la familia contemplamos el desarrollo de la facultad para conservar información lejos del escrutinio de terceros ajenos al propio titular, asentando así las bases de lo que entendemos como *habeas data*, prerrogativa que también constituye uno de los principales derechos de la ciudadanía que enfrenta una acusación por parte del Estado. La Cuarta y la Quinta Enmienda en la Unión Americana son un ejemplo de este punto.[9] En el contexto de los esquemas de gobernanza que constituyen a nuestros mercados, autores como Eugene Fama[10] hablan del rol de la información en el comportamiento óptimo de los mercados, e incluso en el marco del desarrollo de Inteligencia Artificial se habla de la solución a problemas con información y recursos insuficientes,[11] el desarrollo del concepto de explicabilidad,[12] e incluso impunidad algorítmica.

---

[7] Ver https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1662.
[8] Ver https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1557
[9] J. Boyle, "A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading" (1992) 80 *California Law Review* 1416-1540, p. 1437.
[10] E.F. Fama, "Random Walks in Stock Market Prices." (1995) 51 *Financial Analysts Journal* 75-80, p. 76.
[11] R.T. Kreutzer y M. Sirrenberg, *Understanding Artificial Intelligence. Fundamentals, Use Cases and Methods for a Corporate AI Journey.* (2020, Cham: Springer Nature), p. 2-4.
[12] A. Deeks, "The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence." (2019) 119 *Columbia Law Review* 1829-1850, p. 1837-8.

Ante los elementos aquí planteados, de forma natural surge una pregunta: ¿Qué es la información? La respuesta a la misma ha sido objeto de múltiples trabajos y decisiones judiciales, particularmente en nuestro contexto donde el Big Data y sus cuatro "Vs"[13] juegan un rol creciente en el desarrollo de las interacciones sociales en el marco de la denominada Cuarta Revolución Industrial. Es importante destacar que el concepto de información registra una significativa evolución, considerándose inicialmente como sinónimo de libertad de prensa; sin embargo, actualmente dicho término contempla a un conjunto de datos significativos y pertinentes que describen sucesos históricos, personas y/o entidades, datos que deben constar de símbolos reconocibles, estables y expresar, con cierta permanencia, una idea clara y precisa.[14]

1.1. Metodología

En virtud de ello, y como quedó asentado en el apartado precedente, se empleará el concepto de sistema social dinámico para analizar las necesidades informacionales de la sociedad y de los integrantes que la conforman, particularmente a partir de la configuración de los estados post-Westfalianos y la difusión de las libertades individuales que surgen del constitucionalismo del siglo XVII, y que se identificarán, a su vez, en las decisiones emitidas por los órganos de la jurisdicción constitucional mexicana. El Derecho de la Información, así como los derechos de acceso a la información, constitución de derechos, y distribución de la información que lo constituyen, son figuras jurídicas importantes que justifican el estudio de su naturaleza, así como de la necesidad -evidenciada por el ejercicio estadístico presentado al lector en esta obra- de la autonomía constitucional del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), así como de las características de sus decisiones, particularmente a la luz de la reforma constitucional de 2014.

En ese sentido, un esfuerzo de esta índole, debe incorporar las variables más relevantes de carácter histórico, normativo y coyuntural, que han otorgado su actual fisonomía a estos derechos y al INAI, como lo son: la noción y génesis del derecho humano a la información y su

[13] Volumen, Variedad, Velocidad, Veracidad.
[14] E. Araujo, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México.* (2009, Ciudad de México: Editorial Porrúa), p. 18; *National Provincial Bank v Ainsworth* [1965] 2 All E.R. 472 (UK).

acceso a la de carácter público, así como a la autodeterminación informativa de la ciudadanía; la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos; el surgimiento del estado federal y de los ámbitos de competencia; y, la creación de organismos con autonomía constitucional y su rol en la configuración de paradigmas de justicia abierta.[15]

Para tal efecto, una vez que se han identificado los principios que configuraron a los derechos bajo análisis, así como aquéllos que han fomentado su evolución convergente a través de diversas tradiciones jurídicas, se procedió a hacer una selección de medios de control constitucional que reflejan la tutela dinámica de las normas relativas al acceso a la información y a la autodeterminación informativa de la persona, para lo cual, se presenta un capítulo de naturaleza estadística dividido en cinco (5) secciones principales:

1. **Juicios de Amparo**
2. **Controversias Constitucionales**
3. **Acciones de Inconstitucionalidad**
4. **Recursos de Revisión en materia de Seguridad Nacional previsto en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**
5. **Evolución de las decisiones jurisprudenciales en materia de justicia abierta, autodeterminación informativa de la personal y acceso a la información**

La selección de los indicadores y de las decisiones objeto del análisis estadístico se apega al argumento de apertura de esta investigación el cual establece que el Derecho de la Información emergió como uno de los elementos integrales del Estado de Derecho, para lo cual, nos planteamos la pregunta: ¿A partir de qué momento podemos hablar de un sistema dinámico social definido por un flujo informacional regulado por el Estado de Derecho? Para dar respuesta a este cuestionamiento, en el contexto del *Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la*

[15] En el derecho constitucional, la interpretación histórico-contextual, además de la auténtica o legislativa, es una herramienta esencial: *"Debe considerarse el origen histórico y consultarse las pruebas de carácter histórico como elementos auxiliares en la interpretación y aplicación de las palabras y disposiciones. Lo que ocurrió antes de la adopción de la Constitución puede ser consultado al efecto de hacer luz sobre sus disposiciones. Pero en esta, como en otras oportunidades en que deba interpretarse y aplicarse una disposición de la Constitución…, debemos atender no meramente a su lenguaje sino también a su origen histórico"*. *Marshall v. Gordon* [1917] 243 U.S. 521, 533 (US); *Missouri v. Illinois* [1901] 180 U.S. 208, 219 (US).

jurisprudencia constitucional, se eligió el caso *The King v Hampden*[16] como punto de partida. Esta selección obedece a varias razones. En primer lugar, se buscó evidenciar cómo las necesidades y demandas endógenas que surgen al interior de los referidos sistemas pueden influir en sus reglas de transición para proyectarlo a nuevos entornos bajo diversas expresiones de modelos de justicia abierta. Consecuentemente, en el caso *Hampden*, se identificó:

1) Uno de los casos relevantes que derivaron en las reinterpretaciones de la *Magna Carta* de 1215 y, consecuentemente, uno de los catalizadores de la Revolución Gloriosa que tiende a emplearse como marcador temporal del surgimiento del Estado y del constitucionalismo modernos.

2) Anacronismos informacionales relativos a interpretaciones subjetivas relativas al concepto de lo que hoy entendemos como "seguridad nacional" para justificar el actuar soberano en beneficio particular del rey.

3) Constantes teóricas y prácticas que emergerán en las leyes y casos analizados a lo largo del documento, por lo que el caso del *shipmoney* nos provee un pilar ideal sobre el cual fluirá el análisis de nuestro modelo de justicia abierta en el marco de la interacción de la ciudadanía y el Estado que, consecuentemente, será invocado a lo largo del mismo.

1.1.1. Evolución histórica del derecho a la información

Una vez que se identificó y seleccionó el punto de partida del análisis y que se establecieron las cinco (5) secciones principales sobre las que se desarrolla el capítulo estadístico, se inició con el rastreo del origen del Derecho a la Información y su vínculo con la individualidad que emerge de nuestro marcador temporal (el caso *Hampden*), y -al ser un elemento constitutivo del Derecho de la Información- lo ubicamos en las legislaciones relativas a la libertad de expresión y libertad de prensa (incluso se puede argumentar que con el Derecho de Autor), como se pudo verificar en

[16] [1637] 3, HOWELL'S STATE TRIALS 825, 844 (U.K.).

la legislación sueca del siglo XVIII que, prácticamente dos siglos después, empezó a inspirar esfuerzos similares para configurar y garantizar lo que actualmente conocemos como Justicia Abierta.[17]

Dada la naturaleza de este proceso de difusión que se estructura alrededor del Derecho a la Información, identificamos los principales instrumentos internacionales, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José, la Carta Democrática Interamericana entre otros; los cuales han actuado como elementos "suaves" de la normatividad vigente en la materia. Por supuesto, al momento de permear el análisis "duro" de los principios a través decisiones judiciales como el caso *Claude Reyes*, y las Recursos de Revisión en materia de Seguridad Nacional asociados a las cadenas de valor que soportan la producción de vacunas contra la COVID-19, es deseable hacer mención que una figura democrática como es el Derecho a la Información, no puede basarse en una sola verdad absoluta, por lo cual va a estar sujeta a fricciones que derivan y derivarán en su diseño. Dicho lo anterior, se plantea la pregunta ¿Cómo evolucionan estos derechos y que rol juega el INAI en dicho proceso? Lo anterior para identificar el primer conjunto de indicadores, destacando el rol del Instituto en la materialización de las referidas fricciones.

Esta pregunta es necesaria, particularmente en el contexto de las discusiones relativas a la subjetividad del concepto "seguridad nacional" con el cual abre la parte teórica del presente documento, y que en fecha reciente (particularmente en 2021) han cobrado un inusitado interés en la opinión pública mexicana, con motivo principalmente de la utilización, interpretación y aplicación del concepto de seguridad nacional en el marco de la pandemia de COVID-19 y del empleo de la flota aérea presidencial. Precisamente por esa razón, en este Observatorio se analizan el conjunto de determinaciones públicas que el Poder Constituyente Permanente estimó como fundamentales al momento de reconocer el derecho humano a la información en general y al acceso de la de índole pública en particular, para así modelar a nuestro modelo de Justicia Abierta alrededor del derecho a la autodeterminación informativa de la persona y del acceso a la información, los cuales proveen de dinamismo a nuestro sistema social. Sólo la valoración desde esa perspectiva evolutivo-constitucional, a manera de una interpretación auténtica, original o legislativa es la que permitirá dilucidar correctamente el planteamiento formulado.

[17] El vínculo entre elementos informacionales y la Propiedad Intelectual persisten, como se puede verificar a través del régimen aplicable al uso de retratos codificado en la Ley Federal del Derecho de Autor.

Asimismo, para verificar y destacar el dinamismo de estos derechos y de nuestro paradigma de Justicia Abierta, se identificaron aquéllas decisiones que por la naturaleza infraestructural del objeto de las mismas pudieran derivar, más adelante en la configuración de nuevos derechos informacionales, como se presentó en la sentencia 209/1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, así como en el caso Costeja, por lo que se destacan los casos que involucran prácticas como *phishing* y la intervención de comunicaciones privadas empleando la infraestructura de soporte de los servicios de telecomunicaciones.

1.1.2. Seguridad nacional

Dada la complejidad que yace detrás de la frase "seguridad nacional", su análisis parte del contexto estadounidense sobre el cual realizamos un estudio del génesis del concepto. Desde ahí se efectuó un análisis de cómo se maneja en la actualidad la idea de la seguridad nacional en ese país, y de los pocos límites que tiene el Ejecutivo, particularmente frente a la existencia de largas cadenas de valor que soportan a los productos y servicios que son seleccionados por diferentes órganos de la administración pública, y que involucran a diversas partes interesadas como se aprecia en el nuevo estándar técnico para contrataciones denominado *Cybersecurity Maturity Model Certification* (CMMC 2.0)[18]. En el contexto del análisis de las resoluciones judiciales elegidas para el caso mexicano, encontramos -sobre las mismas cadenas- argumentos estructurados alrededor de secretos industriales y/o información reservada en términos de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y de la propia Ley de Seguridad Nacional.

Consecuentemente, en el marco del análisis de los Recursos de Revisión en materia de Seguridad Nacional de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se toma el indicador relativo a las cadenas de valor, en particular aquellas de alcance global y se identifica, por un lado, los recursos que involucran el diseño de la cadena global de manufactura y, por otro lado, la cadena de distribución, en particular de las

[18] Chief Information Officer, "Cybersecurity Maturity Model Certification". Disponible en https://dodcio.defense.gov/CMMC/, *U.S. Department of Defense* (Consultado el 13 de septiembre de 2022).

vacunas de COVID-19; aunque, como podrá apreciar el lector, estas cadenas – y sus respectivos principios operacionales- pueden ser extrapoladas en diferentes mercados e infraestructuras que soportan el operar del Estado. Esta selección obedece a dos razones: 1) Hacen evidente -de sobremanera- una necesidad endógena relativa al ofuscamiento y/o difusión de la información que la ciudadanía considera relevante en el contexto de una externalidad que promovió la modificación de reglas de transición en prácticamente todos los sistemas sociales dinámicos que se encuentran distribuidos alrededor del mundo, y 2) permiten identificar si el concepto de "seguridad nacional" puede ser vinculado a la teoría del "miedo" que se analizó en la parte teórica.

Ante esta situación, se plantea por qué la interpretación del concepto de seguridad nacional en Estados Unidos es demasiado amplia para cualquier estado democrático post-Westfaliano, y en especial para un Estado como México, que, a diferencia de Estados Unidos, tiene un sistema jurídico fundamentado en un marco proteccionista de los derechos humanos, incluyendo la incorporación de obligaciones de índole internacional.

Esta importante figura jurídica, que persigue un conjunto de finalidades legítimas para salvaguardar los intereses estratégicos del Estado mexicano, representa un criterio de excepción en el tratamiento de los derechos humanos a la información y al acceso a la información pública, razón por la cual el estudio de la naturaleza de la autonomía constitucional del INAI, con relación a la revelación aplazada de determinadas actuaciones federales, que se enmarcan en ese concepto de seguridad nacional, constituye sin duda un factor central para la vida política mexicana.

1.1.3. Autodeterminación informativa de la persona

A partir de considerar que uno de los pilares del Estado de Derecho es el reconocimiento de la individualidad de cada uno de los integrantes de la sociedad, este análisis parte declarando que no nos centramos en el concepto de "privacidad" que en muchas ocasiones se emplea como un abuso de lenguaje, sino que centraremos nuestros esfuerzos en los elementos endógenos y exógenos que configuran los atributos y derechos informacionales de cada persona física, aunque -es importante destacar- hay criterios jurisprudenciales que equiparan ciertos intangibles

de las personas morales a dichos derechos. De esta forma argumentamos que tenemos dos esferas informacionales: una íntima relacionada con la privacidad y una que nos permite configurar la propia identidad frente a terceros asociada con el ejercicio de los denominados derechos ARCO incorporados en el segundo párrafo de nuestro artículo 16 constitucional.

En el análisis estadístico sobre los diversos sentidos resolutivos de los juicios constitucionales, se identificarán los argumentos relativos a la naturaleza de los créditos fiscales y sus vínculos con el caso *Hampden,* de los titulares involucrados considerando si éstos pertenecen a la administración pública o si se trata de sujetos en su calidad de particulares en ausencia de un plus valorativo. Asimismo, se tomará el elemento de las cadenas de valor para presentar el concepto de cadenas de tratamiento para así identificar a los responsables, encargados y terceros que están involucrados en nuevas técnicas de tratamiento que pudiesen vulnerar los derechos de la ciudadanía.

De esta forma, en el contexto mexicano, se va a evidenciar como tenemos una combinación de demandas tanto endógenas como exógenas a nuestro sistema social dinámico que requirió, en primer lugar, la armonización de los esquemas de auto estructuración y auto regulación en el sector privado. Así, partiendo del contenido de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) se argumenta que la necesidad de interoperabilidad y la dependencia infraestructural de la administración pública hicieron necesaria la creación de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO), diseñada sobre los pilares de la LFPDPPP, las mejores prácticas presentadas en leyes como la Regulación General de Protección de Datos europea conocida como GDPR por sus famosas siglas en inglés, e incluso el desarrollo de la protección pretérita de los datos de carácter personal encontrados en archivos públicos a través de la ley General de Archivos y su difusión local bajo la guía y acción del INAI.

1.1.4. Selección de decisiones judiciales relevantes

El surgimiento y evolución de las normas objeto del presente estudio son importantes, pero no representan la totalidad de fuentes y esfuerzos que nos permiten apreciar la existencia de exigencias endógenas que se traducen en nuevas leyes e instituciones. Apegándonos a los

indicadores identificados, y considerando el caso *Hampden* como nuestro punto de partida, este Observatorio incluye los casos siguientes, mismos que han sido empleados para evidenciar el espíritu de las normas invocadas, así como la evolución de los derechos bajo análisis frente a nuevos contextos, reglas de transición y demandas sociales tanto endógenas como exógenas:

1. *The King v. Hampden*
2. *Claude Reyes y otros v. Chile*
3. *Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer*
4. *La sentencia 209/1983, de 15 de diciembre de 1983, del Tribunal Constitucional Federal alemán*
5. *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*
6. *La sentencia c-131/12, e 13 de mayo de 2014 (Caso Costeja)*

La selección de estos casos nos permitió, primero, ilustrar los elementos que fueron configurando los derechos informacionales bajo análisis en diferentes tradiciones jurídicas y nos presentan, de forma clara, elementos primordiales que se incorporaron gradualmente en derecho positivo de manera común, independientemente de si estamos hablando del Derecho Civil o del *Common Law*. Por ejemplo, la sentencia 209/1983 originó el derecho fundamental a la autodeterminación informativa de la persona, pero también ratificó la validez de la creación de estructuras tecnológicas, institucionales y normativas para transferir datos personales entre diferentes áreas de la administración pública como podemos verificar actualmente a través de la interpretación de los Artículos 22 y 70 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

También el caso *Tournier,* presenta uno de los primeros casos en donde se hacen evidentes los riesgos de un tratamiento indiscriminado de datos personales de naturaleza financiera y patrimonial como se presenta en la tesis jurisprudencial I.7o.A.635 A[19], que eventualmente derivó en los requerimientos de consentimiento como los que apreciamos en el Artículo 8 de la

[19] SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LOS LINEAMIENTOS POR LOS QUE SE DETERMINA LA OPERACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO PÚBLICO DE USUARIOS -PERSONAS FÍSICAS- QUE NO DESEEN QUE SU INFORMACIÓN SEA UTILIZADA PARA FINES MERCADOTÉCNICOS O PUBLICITARIOS, YA QUE SU CONCESIÓN AFECTARÍA EL INTERÉS SOCIAL Y CONTRAVENDRÍA DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO. Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166780

LFPDPPP, así como el caso Costeja que promovió la creación de un nuevo derecho que complementa a los tradicionales derechos ARCO, que es el derecho al olvido que se encuentra en instrumentos como el Artículo 17 de GDPR.

Por supuesto, el principal resultado de la selección de los casos arriba enunciados, es la obtención de principios y parámetros que fueron incorporados en la selección y análisis de los Juicios de Amparo, Controversias Constitucionales, Acciones de Inconstitucionalidad, Recursos de Revisión en Materia de Seguridad Nacional, y tendencias jurisprudenciales, para el desarrollo de la parte estadística. Para tal efecto, se tomó el parámetro de evaluación desarrollado por Christoph Emanuel Mueller[20] para el análisis de la efectividad de las legislaciones en materia de Derecho a la Información y se ajustó para atender las características de las resoluciones judiciales mexicanas, así como para tener un mayor alcance que pudiera contemplar también a la autodeterminación informativa de la persona, y el impacto de estos derechos informacionales en el desarrollo de nuestro modelo de Justicia Abierta. Dicho lo anterior, la parte estadística del presente Observatorio busca presentar a los sujetos obligados y a la ciudadanía una visión que refleje y verifique que la legislación en materia de derechos informacionales, así como el rol del INAI dentro de nuestro paradigma constitucional están cumpliendo con sus objetivos.

En primer lugar, debemos considerar que los derechos aquí analizados están conectados con diferentes categorías de tareas y objetivos, ante lo cual su impacto debe proyectarse a mediano y largo plazo. Para tal efecto, y en contraste con otros esfuerzos similares efectuados alrededor del mundo, los cuales se centran en el simple impacto de un cuerpo normativo en específico, el presente documento incluye otros elementos que van más allá de las normas que emergen del marco constitucional y que le dan su dinamismo a nuestro sistema social dinámico, como son las interpretaciones y determinaciones judiciales, los cuales actúan como el *output* del sistema. De esta forma, al no centrarnos en análisis sobre una norma rígida que hace frente al problema del *Iron Law* descrito por Roberta Romano[21], podemos identificar el sentido de las decisiones en los juicios de amparo directo e indirecto, la evolución y consolidación de criterios -particularmente a partir de la reforma constitucional de 2014-, temas que preocupan a órganos garantes locales y federales, la autodeterminación informativa pretérita, el rol creciente de las

[20] C.E. Mueller, "Evaluating freedom of information laws: Objectives, approaches, and practical considerations." (2019) 42 *International Journal of Public Administration* 1020-1030.
[21] R. Romano, "Regulating in the dark and a postscript assessment of the iron law of financial regulation." (2014) 43 *Hofstra Law Review* 25-69.

cadenas globales de valor en materia informacional, y, por supuesto, su rol en la interpretación moderna del término “seguridad nacional”, entre otros.

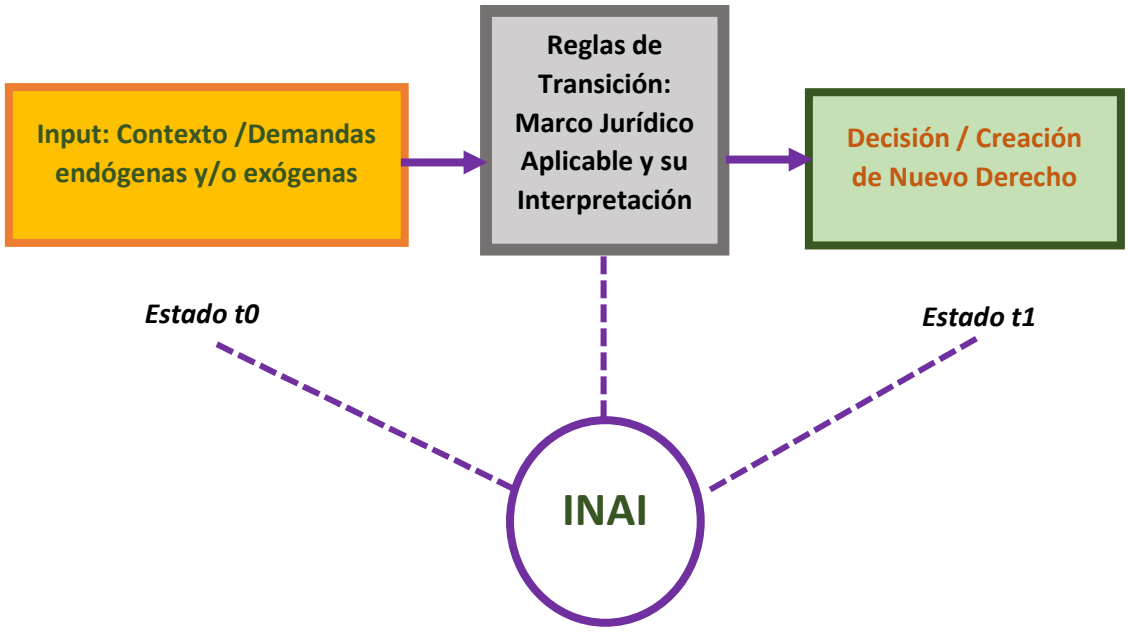
En segundo lugar, se busca destacar el rol del Instituto en la configuración dinámica de los juicios constitucionales tanto desde una perspectiva activa como pasiva, ante lo cual es posible verificar sus contribuciones no solo en la defensa de los derechos bajo análisis sino que incluso el lector podrá ver cómo -a través de su actuar en las instancias referidas- promueve la constitución de mercados más eficientes y da forma a las legislaciones locales para que se pueda materializar un esfuerzo armónico de estandarización normativa en materia de acceso a la información, protección de datos personales y administración de archivos. Lo anterior, ciertamente dota al Observatorio de múltiples perspectivas que pueden ser atractivas para múltiples *stakeholders* dentro de los sectores público y privado, y así determinar cambios en las demandas endógenas que trascienden a la simple interpretación de la norma.

En tercer lugar, el análisis de los *outputs* nos permitirá identificar qué sujetos obligados y qué industrias tienden a incurrir en incumplimientos con relación a sus obligaciones y responsabilidades en materia de acceso a la información y protección de datos personales; a la vez que verificaremos si coinciden con constantes históricas identificados en casos como *Hampden* y *Tournier.* Asimismo, el lector podrá identificar y familiarizarse con diversas imperfecciones de mercado que definen a ciertas industrias e infraestructuras, cuya complejidad y dinamismo presentan mayores desafíos para el órgano garante, lo cual puede ser verificado en las decisiones contrarias al argumento planteado por el Instituto. Este último punto destacará las áreas de oportunidad para que se pueda proyectar el espíritu de nuestras normas en nuestro entorno cambiante y así consolidar nuestro modelo de Justicia Abierta.

Para llevar a cabo los análisis sobre los juicios de amparo, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, recursos de revisión en materia de seguridad nacional, de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y proyecciones jurisprudenciales presentados, se consultaron fuentes de acceso público provistas por instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, y el INAI, como el buscador de sentencias “ejusticia”, “@Lex” y el propio portal del Instituto, mismas que fueron complementadas con bases de datos institucionales contratadas por la Fundación Universidad de las Américas, Puebla (UDLAP) como son vLex y Tirant.

Finalmente, la selección de los criterios reflejados obedece a que el análisis de cada conjunto de decisiones con base en sus respectivos indicadores busca destacar no sólo las asimetrías de información que afectan a la ciudadanía, sino también aquellas que afectan a las entidades de la administración pública federal. Por ejemplo, el análisis estadístico muestra que en al invocar el argumento de seguridad nacional, se pudo decidir por emplear el término secreto industrial aceptado a la luz de los Acuerdos Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS) y que en contextos de cadenas de valor ha sido bastante controversial como se verificó en el caso *State v Loomis*[22]. Lo anterior, refleja la necesidad de una institución autónoma como el INAI que esté dotada de las facultades no solo para garantizar los derechos aquí analizados, sino también para proporcionar guía y consejo a las entidades de la administración pública federal.

Por ello, el análisis estadístico muestra, en el marco del concepto de los sistemas sociales dinámicos, cómo el INAI juega el rol de un agente activo y supervisor del funcionamiento del referido sistema y verifica que las reglas de transición que nos conducen de un contexto inicial (*Estado t0*) a uno nuevo (*Estado t1*), se apeguen a los principios y derechos informacionales que definen a nuestro Estado de Derecho, evitando que se configuren "cajas negras" normativas:



[22] [2016] 881 N.W.2d 749 (US).

De lo anterior se presentará una serie de proyecciones y una serie de recomendaciones que pretenden mostrar una imagen del estado de los derechos fundamentales que el INAI tutela, y nos preguntaremos: ¿Se puede apreciar la base para la configuración de nuevos derechos como el de explicabilidad consistente en la obligación del Estado de explicar las decisiones relativas a la selección e implementación de nuevas tecnologías como *Machine Learning* para optimizar su operación? Y ¿Tendrán un rol en la configuración de nuestro modelo de justicia abierta? Tomando como base los patrones que estuvieron detrás del surgimiento del derecho de portabilidad y del derecho al olvido, así como de estándares como el CMMC 2.0, es muy probable que la respuesta a ambas preguntas sea positiva.

2. Necesidades informacionales endógenas

La mayoría de los Estados que se definen como liberales y democráticos, presentan al debate e intercambio de ideas que fomentan la toma de decisiones informada, como una de sus virtudes constitutivas, para lo cual el libre flujo de información es una necesidad de la ciudadanía para formar y comunicar sus preferencias individuales en el marco de sus respectivas sociedades. Al mismo tiempo, la ciudadanía necesita tener acceso a la información para revisar y dar seguimiento a las actividades del Estado bajo el Imperio de la Ley.[23] Este punto fue destacado por James Madison[24] en su carta de 4 de agosto de 1822 a William T. Barry, donde argumentaba:

> *"Un gobierno popular, sin información popular, o los medios para adquirirla, no es más que la prolongación de una farsa o una tragedia; o quizás de ambas. El conocimiento siempre se impondrá a la ignorancia y un pueblo que pretende darse un gobierno propio, debe armarse a sí mismo con el poder que el conocimiento otorga."*

Continuando bajo el espíritu de las palabras arriba insertadas -y partiendo del concepto de sistemas sociales dinámicos-, en nuestras sociedades democráticas es imprescindible contar con pilares normativos e institucionales que permitan que cada miembro de la sociedad participe activamente en la toma de decisiones y en la crítica de esta, y que pueda configurar su propia individualidad. Consecuentemente, encontramos que los Estados post-Westfalianos han establecido una serie de reglas de transición entre las demandas informacionales endógenas que buscan atender diferentes realidades geográficas, políticas, culturales y económicas[25], y las instituciones que las atienden que, a su vez, se estructuran bajo la luz de la división de poderes. Estas reglas bajo las cuales operan nuestros sistemas sociales dinámicos están contenidas en el Derecho de la Información y, en particular, en sus elementos constitutivos identificados con las

[23] J. Boyle, "A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading" (1992) 80 *California Law Review* 1416-1540, p. 1437.
[24] J. Madison, "From James Madison to William T. Barry, 4 August 1822". Disponible en https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-02-02-0480, *Founders Archives* (Consultado el 13 de septiembre de 2022).
[25] X. Puente, "Acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas". En SCJN; et al. (eds), *El Poder Judicial de la Federación y los grandes temas del constitucionalismo.* (2017, Secretaría de Cultura: Ciudad de México), 255-284, p. 255.

obligaciones soberanas relativas a la Transparencia y los Derechos a la Información, y a la Autodeterminación Informativa de la Persona.

Por supuesto estas obligaciones y prerrogativas, al emerger como un elemento endógeno al interior de cada sociedad, atendiendo necesidades políticas, económicas y culturales particulares que definen a cada contexto, e incluso derivado de innovaciones tecnológicas como la imprenta y el Internet, emergieron a diferentes ritmos. Por una parte, unas prerrogativas surgieron con la finalidad de atender demandas populares que encontraron su voz y fuerza en coaliciones reformistas, partidos de oposición, grupos de la sociedad civil y medios, como son los derechos a la libre expresión estrechamente vinculados al acceso a la información pública. Sin embargo, la expresión de estas necesidades no basta para positivizar estos derechos, sino que deben estar respaldados por la voluntad y el poder político como se verificó en el caso de Europa del Este durante los 90's a través de las leyes propuestas por políticos que lideraron procesos de democratización, e incluso, en el caso de México, a partir de la alternancia democrática iniciada en 2002.[26] Así, se puede verificar que estos derechos informacionales dieron forma a un esquema de gobernanza donde empezaron a interactuar activamente el Estado, la sociedad civil y el mercado, fomentando así la difusión del espíritu de estos derechos más allá de la sociedad que los concibió, por lo que otras prerrogativas y obligaciones han sido incorporadas de forma exógena atendiendo compromisos políticos y/o económicos de los Estados modernos, como se puede verificar en la difusión del modelo de Justicia Abierta.

En este sentido, las instituciones internacionales y los efectos de redes que se desprenden de las mismas han jugado un rol fundamental en la difusión de legislaciones sobre los derechos de acceso a la información y protección de datos de carácter personal, a través de la imposición de presión directa y/o la transferencia de normas internacionales.[27] Por ejemplo, en el contexto de la Unión Europea, en diversas ocasiones el ingreso a la misma ha estado condicionada a la adopción de leyes en materia de acceso a la información, o -destacando el elemento endógeno- campañas activas iniciadas por la sociedad civil que han culminado en el establecimiento del Día Internacional por el Derecho de Acceso Universal a la Información, y que han fomentado -a su

[26] V.L. Lemieux y S.E. Trapnell, *Public access to information for Ddevelopment.* (2016, Washington: World Bank Group), p. 15.
[27] Ibid, p. 14-15.

vez- la adopción de estas normas[28] como pilares de derechos fundamentales de tercera generación, como se puede apreciar en la siguiente tesis jurisprudencial:[29]

> *La libertad de expresión y el derecho a la información operan en forma diversa tratándose de personajes públicos, quienes, como las personas privadas, se encuentran protegidos constitucionalmente en su intimidad o vida privada, por lo que podrán hacer valer su derecho a la intimidad frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas. La solución de este tipo de conflictos ameritará un ejercicio de ponderación entre los derechos controvertidos, a efecto de determinar cuál de ellos prevalecerá en cada caso. Así, el interés público que tengan los hechos o datos publicados, será el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad, en donde el derecho a la intimidad debe ceder a favor del derecho a comunicar y recibir información, o a la libertad de expresión cuando puedan tener relevancia pública, al ser un ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta en una sociedad. Por consiguiente, en la solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad o a la vida privada, deberá considerarse el caso en concreto, a fin de verificar cuál de estos derechos debe prevalecer distinguiéndose, en el caso de personas públicas a la mayor o menor proyección de la persona, dada su propia posición en la comunidad, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.*

Así, en el contexto post-Westfaliano, los derechos de acceso a la información y la protección de datos personales como derechos y como elementos de política pública se encuentran íntimamente ligados a las ideas del individuo Kantiano y con la gobernabilidad democrática que emerge de los diversos intereses individuales. Lo anterior es posible debido al surgimiento del Estado de Derecho y de la Sociedad Comercial desarrollada por autores como David Hume[30] y Adam Smith,[31] los cuales, a través de su evolución y difusión han configurado

---

[28] Ibid.

[29] *LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS.* [2010] 1a. XLIII/2010 SJFG 928 (MX). Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164992

[30] D. Hume, *A Treatise of Human Nature.* (1888, Oxford, The Clarendon Press), p. 252.

[31] A. Smith. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.* (1937, Nueva York: The Modern Library), p. 84.

un conjunto creciente de derechos fundamentales cuya finalidad es proteger al sujeto antes referido frente al actuar del Estado y así fomentar su desarrollo pleno en la sociedad.

2.1. El Derecho de la Información como herramienta informacional del Estado de Derecho

Para llevar a cabo el debido análisis de los elementos constitutivos del Derecho de la Información, en particular de los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales, uno debe entender que los mismos derivan de su estrecho vínculo con el poder político, el cual, a su vez, emerge de un conjunto de asimetrías valorativas físicas, económicas y morales, entre los elementos constitutivos de nuestros sistemas sociales dinámicos; es decir, entre el que ordena y la individualidad dinámica de quienes obedecen.[32] Frente a la evolución de estas asimetrías, podemos colegir que el concepto de Estado de Derecho elude una definición universal,[33] y se entiende, por lo general, como una serie de normas, instituciones y procedimientos derivados del constitucionalismo post-Westfaliano para que la Ley establezca límites definidos, estables y predecibles al poder, particularmente al Ejecutivo.[34] Dicho concepto, emerge en el siglo XVII para hacer frente a las teorías estatistas del absolutismo y el derecho divino de los reyes, como lo planteaban autores como Thomas Hobbes[35] y Jean Bodin[36], y ejercido por soberanos como Jacobo I de Inglaterra y VI de Escocia.[37] En el marco del presente análisis, es importante destacar -como se menciona en la Sección 2 del presente documento- que los Estados democráticos modernos han sido estructurados alrededor de soluciones a las necesidades de los particulares en una sociedad donde cada uno de sus miembros podía

[32] J. Carpizo, "El poder. Su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva" (1999) 95 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 321-356; A. Hurtado. *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México.* (2015, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas), p. 76.
[33] P. Burgess, "The rule of lore in the Rule of Law: Putting the problem of the Rule of Law in context" (2020) 12 *Hague Journal on the Rule of Law* 333-361.
[34] Djancov; et al., "The new comparative economics (2003) 31 *Journal of Comparative Economics* 595-619; A. Shleifer, "Understanding regulation" (2005) 11 *European Financial Management* 439-451, p. 442.
[35] T. Hobbes, *Leviathan.* (2008, Oxford: Oxford University Press), p. 166-167.
[36] J. Bodin, "Six Books of the Commonwealth." (2018), Disponible en http://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/six_books.pdf, *Basil Blackwell Oxford* (Consultado el 3 de abril de 2018), p. 47.
[37] A.C. Pereira. *Lecciones de teoría constitucional.* (2018, Ciudad de México: Editorial Porrúa), p. 124-125, 131.

proyectar su propia individualidad a través de la división del trabajo y las libertades garantizadas por la ley, y que inspiraron a autores como David Hume y Adam Smith durante la denominada Ilustración Escocesa.[38] Así, Adam Smith[39] destaca en la *Riqueza de las Naciones* que cada hombre vive interactuando, intercambiando, actuando en cierta medida como un comerciante, y la sociedad evoluciona como una sociedad comercial, mientras que en su obra *Della Moneta*, Ferdinando Galiani[40] destacó de forma acertada que el desarrollo de dicha sociedad sólo se podía dar en el marco del buen funcionamiento del poder judicial y donde no hay abuso de autoridad. Por supuesto, el Estado está presente, toda vez que el poder del Estado y la libertad individual no pueden ser separados, y uno siempre va a reaccionar al otro como lo vimos en el caso de las negociaciones en Runnymeade que dieron origen a la *Magna Carta* de 1215.[41] De esta forma, los autores aquí citados, argumentaron en las obras que los inmortalizaron que la libertad necesaria para que los sujetos puedan constituir y proyectar libremente su propia identidad deriva de la Ley. Sin embargo, cuando hablamos de la "Ley", no solo hacemos referencia a los estatutos, sino también a las resoluciones y máximas que se han emitido para soportar dicha libertad, así como el poder institucionalizado para preservarlas, como una barrera contra el capricho que puede derivar de intereses individuales.[42]

2.1.1. El *Shipmoney Case* y el surgimiento de los sistemas sociales dinámicos modernos

Es interesante e importante destacar que, como respuesta a los abusos de las prerrogativas divinas, el Estado de Derecho moderno emerge de crisis económicas y políticas que en muchas ocasiones buscaron ser atendidas a través de la Ley. Evidenciando lo anterior, en primer lugar, podemos mencionar al referido instrumento de 1215. Este documento, que suele ser más invocado que leído, está repleto de incidentes feudales y que, como es de esperarse, deriva de una guerra civil entre el rey Juan y sus barones, quienes estaban hartos de las conductas abusivas desarrolladas por el primero, entre las que se encontraban el establecimiento

[38] C.J. Berry. *The idea of commercial society in the Scottish Enlightenment.* (2015, Edinburgh: Edinburgh University Press), p. 32.
[39] A. Smith. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.* (1937, Nueva York: The Modern Library), p. 84.
[40] F. Galiani. *Della Moneta.* (1915, Bari: Gius, Laterza & Figli).
[41] J.D.B. Mitchell. *Constitutional Law.* (1964, Edinburgh: W. Green & Son), p. 1.
[42] A. Ferguson, "Of corruption, as it tends to political slavery". En A. Broadie (ed.), *The Scottish Enlightenment. An anthology.* (1997, Edinburgh: Canongate Books), 548-557, p. 548.

impredecible de impuestos y las multas excesivas[43] asociadas a las ambiciones políticas y militares del monarca.[44] Dicho instrumento puede ser considerado un pacto arrancado al rey a partir del levantamiento en armas en Stamford y firmado el 15 de junio de 1215 en Runnymeade después de difíciles negociaciones que derivaron en frustraciones para el rey, como lo describe el cronista Benedictino Matthew Paris.[45] Por supuesto, las promesas que los gobernantes hacen a la ciudadanía respecto a limitar sus facultades están definidas por un problema aparentemente simple, pero crítico: su aplicación.[46] Consecuentemente, en julio del mismo año, Juan le escribió al papa Inocencio III solicitando que la Magna Carta fuese anulada, por lo que el contenido de las primeras versiones de dicho instrumento no se consolidaron y en el siglo XVI, el documento ya era considerado un anacronismo. No fue sino hasta el siglo XVII, con la consolidación de la sociedad comercial y de la protección de las libertades necesarias para la misma, que la *Magna Carta* recuperó su relevancia.[47]

En este contexto, vamos a encontrar nuestra primera referencia que nos conducirá al análisis de la evolución de los derechos objeto del presente estudio: el ***Shipmoney Case***[48]. El siglo XVII en Inglaterra estuvo plagado de tormentas políticas que concluyeron con la "revolución gloriosa" de 1688 que fue defendida por John Locke en sus Tratados sobre el gobierno civil[49] inspirado en las necesidades de la nueva sociedad comercial y en el contenido de obras como *De Iure Regni apud Scotos Dialogus*[50] de 1579, en la cual George Buchanan hace énfasis en las demandas endógenas, al afirmar que la ley debe emanar de la voluntad y las necesidades del pueblo y que le corresponde al soberano conducirse bajo la misma.

---

[43] El potencial conflicto con los barones obligó a John a recurrir a fuentes alternativas de liquidez, incluyendo créditos con los Templarios. Ver D. Jones. *Magna Carta. The making and legacy of the Great Charter.* (2014, London: Head of Zeus), p. 77.

[44] V.R. Johnson, "The ancient Magna Carta and the modern Rule of Law: 1215 to 2015" (2015) 47 *St. Mary's Law Journal* 1-62, p. 6-9.

[45] H. Fix-Zamudio y S. Valencia. *Derecho Constitucional mexicano y comparado.* (2017, Ciudad de México: Editorial Porrúa), p. 47; D.M. Walker. *The Oxford Companion of Law* (1980, New York: Oxford University Press), p. 795*;* Jones, n 43, p. 84.

[46] P.T. Leeson y P.A. Suárez, "An economic analysis of Magna Carta" (2016) 47 *International Review of Law and Economics* 40-46, p. 41.

[47] Jones, n 43, p. 119.

[48] *The King v. Hampden* [1637] 3, HOWELL'S STATE TRIALS 825, 844 (U.K.).

[49] Fix-Zamudio y Valencia n 45, p.p. 401-402.

[50] G. Buchanan. *A dialogue on the law of kingship among the Scots.* (2004, Oxon: Routledge), p. 57.

2.1.1.1. *The King v. Hampden*

Todo sistema dinámico, ya sea informático o social necesita de información para interactuar con su entorno y evolucionar hacia estados que se ajusten de mejor forma al contexto cambiante en el que se encuentran, apegándose a las reglas de transición representadas por la Ley. Por supuesto, la información nunca es, ni será perfecta, pero -tal como establece el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Séptimo Circuito en la tesis XVII.1o.P.A.40 P (10a.),[51] la Ley (así como su interpretación y aplicación) debe ser estable, predecible y conocida por todos los elementos individuales que constituyen al sistema social, atendiendo, en la medida de lo posible y razonable, las necesidades endógenas antes descritas. En el marco del presente documento, lo anterior es de particular relevancia ya que, en ausencia de los elementos informacionales bajo análisis, intereses particulares de las personas que encarnan a las instituciones del Estado pueden fomentar el desarrollo de abusos de autoridad, como el ejercido por Carlos I en los términos que se presentan a continuación.[52]

En el marco de la configuración de lo que ahora denominamos Estado de Derecho, el *Shipmoney Case*[53] es un caso muy interesante que nos presenta de forma clara un ejemplo de cómo la ausencia de obligaciones de transparencia, acceso a la información y el empleo subjetivo del argumento relativo a la seguridad nacional, generan inconformidad al interior de la sociedad y, consecuentemente, derivan en demandas sociales que eventualmente toman la forma de nuevas reglas e instituciones como lo es nuestro paradigma de Justicia Abierta. Dicho lo anterior, el caso emerge en un contexto definido por los conflictos entre el Rey Carlos I de Inglaterra y el Parlamento, los cuales precipitaron la Guerra Civil Inglesa que culminó con la Revolución Gloriosa invocada en prácticamente toda obra sobre Derecho Constitucional y que generalmente se emplea como marcador del surgimiento del Estado de Derecho a la caída de la dinastía de los Estuardo.

---

[51] RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. EL ARTÍCULO 67, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE NO DEBEN REBASARSE LAS LÍNEAS ARGUMENTATIVAS DE LA RESOLUCIÓN ORAL, NO QUE LA VERSIÓN ESCRITA DE LA DECISIÓN JUDICIAL DEBA SER IDÉNTICA EN SU LITERALIDAD. Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013271

[52] A.C. Pereira. *Lecciones de teoría constitucional.* (2018, Ciudad de México: Editorial Porrúa), p. 128.

[53] *The King v. Hampden* [1637] 3, HOWELL'S STATE TRIALS 825, 844 (U.K.).

Para entender los argumentos en *The King v. Hampden,* tenemos que entender que el caso se desprende de un modelo financiero que ya no existe, bajo el cual se esperaba que el soberano viviera con sus "propios recursos", para lo cual contaba con tierras, ingresos, y derechos que demandaba bajo diversos conceptos, independientemente de que era beneficiario de servicios de diversa índole. Adicionalmente, bajo circunstancias extraordinarias, el rey podía instruir el pago de impuestos para complementar la base de liquidez soberana original.[54]

En el marco de dicho sistema, el denominado *shipmoney* objeto del caso en cuestión, era un impuesto que se cobraba en forma de fondos y navíos en Inglaterra de forma intermitente, por lo general, a los habitantes de las zonas costeras bajo el argumento de que era necesario para garantizar la seguridad nacional. Los precedentes, apoyaban la imposición del *shipmoney* en situaciones de emergencia, pero, en la década de 1630, su cobro se materializó de forma anual a una escala prácticamente ilimitada. Asimismo, a partir de 1635, la imposición del referido impuesto se extendió tierra adentro, lo cual derivó en importantes cuestionamientos relativos a las verdaderas motivaciones del cobro.[55] Adicionalmente, el rey, en el siglo XVII, encontraba restringidas sus ideas hobbesianas a la luz del resurgimiento del espíritu de la *Magna Carta* de 1215 bajo la guía de mentes y plumas como la de Sir Edward Coke quien, ante los crecientes abusos de la Corona, preparó el *Petition of Rights* de 1628, documento que es considerado como uno de los tres documentos constitucionales más cruciales de Inglaterra, junto con la referida Magna Carta y la *Bill of Rights* de 1689.

Ante esta situación, en términos generales, este impuesto era aceptado; sin embargo, el intento de Carlos I de emplear esta prerrogativa en tiempos de paz, levantó las sospechas de sus súbditos.[56] En el marco de las fricciones arriba referidas, Carlos I disolvió el Parlamento en 1629 argumentando que sus miembros obstaculizaban el ejercicio de sus prerrogativas reales, particularmente en el contexto de la obtención de fondos bajo el argumento que, el día de hoy, se define como seguridad nacional, por lo que necesitaba imponer un impuesto para construir barcos. Ante este ejercicio desproporcionado de las facultades del soberano, John Hampden, un caballero de Buckinghamshire, entre otros actores políticos se rehusaron a pagar la tributación

[54] M.J. Braddick, "Case of Ship-Money (R v Hampden) (1637): Prerogatival discretion in emergency conditions". En J. Snape y D. de Cogan (eds.), *Landmark cases in revenue law.* (2019, Oxford: Hart Publishing) 27-48, p. 28.
[55] *Ibid*, p. 31.
[56] C. McCorkindale, "Parliament, sovereignty and the paradox of the political constitution". En C. McCorkindale; et.al. (eds.), *The constitution of social democracy.* (2020, London: Hart Publishing), 93-110, p. 96.

exigida el 4 de agosto de 1635 y, consecuentemente, fueron arrestados[57] para quedar inmortalizados por generaciones a través de las plumas de autores como David Hume y Lord Macaulay.[58]

En primer lugar, es importante hacer mención que, en febrero de 1637, Carlos I intentó dar certeza al tributo objeto del caso bajo análisis y planteó a los jueces Sir John Bramston, Sir George Croke, Sir John Finch, Sir Thomas Trevor, Sir Humphrey Davenport, Sir George Vernon, Sir John Denham, Sir Edward Crawley, Sir Richard Hutton, Sir Robert Berkeley, Sir William Jones y Sir Francis Weston, tres preguntas:

1. Cuando el bienestar y seguridad del reino se encuentra en riesgo, ¿no debe el rey instruir a sus súbditos para que provean navíos, hombres, municiones y otros bienes para salvaguardar el reino?
2. ¿Puede instruir lo anterior legalmente?
3. ¿No es el rey el único que puede juzgar los peligros que enfrenta el reino, así como el cuándo y el cómo se deben enfrentar los mismos?[59]

La conclusión central de la mayoría de las opiniones fue que "cuando el bien y la seguridad del reino en general está en riesgo… su majestad es el único juez del peligro, y sobre cuándo y cómo el mismo debe ser prevenido y evitado."[60] Entre los tres jueces que mantuvieron que el impuesto era ilegal es posible apreciar que su argumento no se centró en la noción de la soberanía desarrollada ampliamente por autores como William Blackstone, sino que argumentaban que el rey no tenía facultades fiscales en ausencia de una ley surgida del Parlamento.

Con fundamento en dicha opinión, Sir Edward Littleton, argumentó que el rey, sí debe afrontar las emergencias con los recursos que tiene a su disposición; sin embargo, si estos son insuficientes, tiene la facultad de actuar a su entera discreción para asegurar recursos adicionales para afrontar los peligros, que él mismo juzgue importantes. Es más, a pesar de que

[57] M.A. Graber, "Ship-Money: The case that time and whittington forgot" (2020) 35 *Constitutional Commentary* 47-3, p. 53; Braddick, n 54, p. 33.
[58] M. Jansson, "Shared memory: John Hampden, new world and old" (2008) *Journal for Eighteenth-Century Studies* 1-15, p. 1.
[59] Braddick, n 54, p. 32.
[60] *The King v. Hampden* [1637] 3, HOWELL'S STATE TRIALS 825, 844 (U.K.), p. 844.

Oliver St John, representante del Sr. Hampden, argumentó que el actuar del soberano atentaba contra la propiedad de sus súbditos, Sir Littleton argumentó que la integridad de dicha propiedad se encontraba directamente relacionada con la integridad del reino.

Por su parte, Sir John Bankes afirmó que la defensa del reino se encontraba incorporada en la soberanía real de Carlos I, y que la misma se encontraba confirmada por el derecho natural, el derecho de gentes, y el derecho del reino, y que, cuando el rey actuaba con buenas intenciones, no era apropiado que sus súbditos dudaran de él.[61]

St John, en defensa de Hampden, se centró en la diferencia entre la *potestas volunta* del soberano y su *potesta legalis*, destacando que el rey, a pesar de que es la fuente de la justicia, tiene que ejercer la misma a través de los conductos legales, no por su simple voluntad. En este punto, St John destaca el rol del Parlamento que daba fundamento al actuar del rey sobre la propiedad de sus súbditos, por lo que si Carlos I necesitaba mayores recursos debía ir primero al Parlamento, con el cual el rey estaba abiertamente peleado. Adicionalmente, y de particular importancia para nuestra investigación, es que la invocación del *shipmoney* por parte del rey se hizo en tiempos de paz, lo cual, ciertamente, le daba tiempo suficiente para ir al Parlamento y presentar su solicitud justificando la necesidad.

Asimismo, Richard Holborne, construye sobre este último punto y argumenta que ni la instrucción de 4 de agosto ni el *Mittimus* que recitaba la tributación daban evidencia -salvo una mención superficial a la piratería- del peligro que enfrentaba el reino que justificase la afectación al patrimonio privado, y que, si el riesgo existía, era peligroso dejar a la simple discreción de Carlos I la determinación y el alcance del mismo. Consecuentemente, Holborne cierra su argumento que el *shipmoney* invocado por el rey no se encontraba sujeto a la ley, argumento sobre el cual respondería Sir John Bankes.[62]

Ante las palabras del juez Crawley quien argumentó que se encontraban ante uno de los casos más importantes relativos a las fricciones entre las prerrogativas reales y los derechos de propiedad de sus súbditos. El consenso general fue que, efectivamente, el *shipmoney* no podía ser invocado en tiempos de paz para satisfacer necesidades de defensa ordinarios; sin embargo, se coincidió en que el rey era el único juez que podía determinar la naturaleza y el alcance de

[61] Braddick, n 54, p. 37.
[62] *Ibid.*

los peligros que el reino enfrentaba, sobre todo si decidía actuar en ausencia del Parlamento, por lo que, se decidió fallar a favor del soberano.[63]

Tradicionalmente, este caso no se analiza en el contexto del Derecho de la Información; sin embargo, bajo el presente, nos gustaría destacar los siguientes puntos que lo hacen relevante para nuestros propósitos:

1. El rey Carlos se caracterizó por tener siempre necesidades de liquidez y empleaba sus prerrogativas Reales para satisfacer las mismas, en ausencia de obligaciones de transparencia y, mucho menos, de derechos de acceso a la información.
2. Derivado de lo anterior, se empleó un argumento sesgado y apegado a los intereses del soberano, estructurado alrededor de lo que hoy denominamos seguridad nacional con la finalidad de justificar la obtención opaca de recursos bajo el *shipmoney*.
3. Se empleó la información para sesgar la resolución judicial e incluso hacer evidente la asimetría valorativa entre el Rey y sus súbditos como el señor Hampden, particularmente a partir de la publicación de la consulta solicitada por el rey en donde se anunciaba la victoria del soberano sobre este asunto.

A pesar de la "victoria" de Carlos I, al final, el caso bajo análisis no se centró en los 20 chelines que el señor Hampden se rehusó a pagar, sino en la naturaleza del propio gobierno, los poderes de la Corona y la autoridad del Parlamento para así establecer un caso referencial para la práctica constitucional anglosajona.[64] De esta forma, frente a las demandas endógenas arriba descritas, en 1641 se abolió finalmente el *shipmoney,* y en el marco de la Revolución Gloriosa, el Parlamento absorbió las facultades correspondientes a la tributación, creando la base de la teoría de las finanzas públicas modernas.[65]

El reconocimiento de estos derechos individuales contra el Estado es un contrapeso contra el reconocimiento de las facultades de este último y de sus órganos constitutivos. Después de todo, el poder del Estado y la libertad individual no pueden estar separados. Ninguno existe en aislamiento y uno siempre va a reaccionar a la otra. Lo anterior, considerando que las prerrogativas del Estado representan los derechos comunales de los sujetos que conforman

[63] *Ibid.*
[64] Jansson, n 58, p. 2.
[65] Braddick, n 54, p. 47.

nuestros sistemas sociales dinámicos. En pocas palabras podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el individuo es el eje de esta interacción.[66]

De la misma forma que se discute el dinamismo del propio Estado de Derecho,[67] los límites establecidos para ambas partes bajo el mismo no son estáticas, se ajustan continuamente siguiendo el espíritu de los tiempos y atendiendo la naturaleza de las asimetrías informacionales e infraestructurales que definen a cada contexto. Como ejemplo de lo anterior podemos argumentar que el *Shipmoney Case* involucraba el desarrollo de prácticas opacas a favor de intereses particulares empleando el argumento de la seguridad de lo que ahora denominamos el Estado.

2.2. Derecho de acceso a la información y libertad de expresión

En *The King v. Hampden,* ciertamente podemos apreciar una necesidad endógena que derivó eventualmente en la consolidación del Estado de Derecho y en necesidades informacionales que necesitaban atención normativa e institucional. Dicho lo anterior, el siguiente paso que debemos tomar en nuestro análisis es preguntarnos ¿en qué momento se atienden dichas necesidades? Bien, pues en un principio, el acceso a la información se desarrolla de forma exógena como se puede apreciar en el caso *McGrain v Daugherty*[68] en donde el Juez Van Devanter argumentó que el poder legislativo no podía desarrollar sus funciones de forma óptima en ausencia de información y que las provisiones constitucionales debían ser interpretadas a favor de darle prerrogativas a dicho poder para atraerse de la información necesaria, argumento similar al que se invocará más adelante bajo el *PATRIOT ACT*. Ahora, en la denominada sociedad de la información que de forma creciente depende de la tres "Vs" de Big Data, un gran volumen de información se encuentra bajo control del Estado. Asimismo, es frecuente encontrar referencias a expresiones como "la información es poder" y argumentos democráticos que establecen que el poder del propio Estado deriva del pueblo por lo que el derecho bajo análisis se ha desarrollado ante la necesidad de poner la información a disposición de la ciudadanía,[69] y de proveer los

[66] J.D.B. Mitchell, *Constitutional Law.* (1968, W. Green & Son Ltd: Edinburgh), p. 3.
[67] Burgess, n 33.
[68] [1927] 273 U.S. 135 (US), p. 175.
[69] E. Guichot y C. Barrero, *El derecho de acceso a la información pública.* (2021, Valencia: Tirant Lo Blanch), p. 25.

conductos para su libre comunicación apegándose a la tradición de instrumentos como el *Bill of Rights* de 1689.

Así, el Derecho de la información surge como derecho positivo con la libertad de expresión y las facultades para constituir derechos sobre la información distribuida, lo cual es cubierto por varias disciplinas jurídicas que incluyen a la libertad de prensa, la propiedad intelectual y el propio derecho a la información. Por supuesto, el alcance inicial de estos derechos, durante su primera etapa, se restringía a gremios específicos como impresores y autores; en su segunda etapa, se extiende a los derechos de empresas informativas y de los periodistas que laboran en las mismas; y, en su tercera etapa, dichos derechos se universalizan en los textos de instrumentos internacionales de derechos como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.[70] A través de estos instrumentos se busca universalizar el que todas las personas gocen de los derechos de investigar, recibir información, lo cual en la práctica y en la doctrina ha hecho prevalecer al derecho a la información sobre el propio derecho de la información y sus otros elementos constitutivos.[71]

En las últimas décadas, el derecho de acceso a la información ha sido incorporado en muchos documentos constitucionales como un derecho fundamental, e incluso, en aquellas que no los reconocen expresamente, es posible encontrar referencias a elementos alusivos a la transparencia, principios relativos a la publicidad de documentos públicos, así como precedentes emitidos por los tribunales constitucionales guiados por principios democráticos y el Estado de Derecho,[72] reconociendo en ellos que es un derecho importante que fomenta la participación ciudadana en los asuntos políticos y permite incrementar la eficiencia administrativa, monitorear las acciones del Estado para evitar el surgimiento de prácticas equiparables al *shipmoney* arriba descrito, así como empoderar a cada sujeto, como se aprecia en los recursos de revisión presentados por los particulares ante el INAI y que se verificarán en diversas secciones del

[70] H. Nogueira, "El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos". En J. Carpizo y M. Carbonell (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos.* (2000, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México) 3-143, p.p. 3-4.

[71] L.G. Rodríguez, "El derecho a la información como herramienta democratizante". En A. Figueroa (ed.), *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI. Una visión interdisciplinar.* (2019, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México) 101-134, p. 102-103.

[72] H.J. Blanke y R. Perlingeiro, "Essentials of the Right to Access to Public Information: An Introduction". En H.J. Blanke y R. Perlingeiro (eds), *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey.* (2018, Berlin: Springer-Verlag), 2-68, p. 6.

apartado estadístico de este Observatorio.[73] Consecuentemente, se ha difundido alrededor del mundo con la generalización de la democracia representativa, considerándose así como una precondición y estándar práctico para el buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la autodeterminación de cada individuo.[74] Los elementos primordiales de su configuración son la disponibilidad de la información y su potencial uso por terceros,[75] ya sea que medie una solicitud o que la información sea presentada de forma proactiva por parte del Estado.[76]

El análisis histórico del derecho a la información nos permite entenderlo y deconstruirlo como un elemento compuesto de múltiples capas que incluyen significados nuevos y adicionales a lo largo de su evolución y difusión. En particular, es importante entender que algunos de los elementos sociales, tecnológicos y políticos que han contribuido al surgimiento de normas en materia de acceso a la información continúan configurando los entornos para su implementación.[77] Por lo que, si bien este derecho tiene una connotación modernista, su concepción ha estado estrechamente relacionada con la propia formación del Estado democrático, pasando de un entendimiento abstracto relativo al acceso a información para fomentar la libertad de expresión hacia una práctica asociada al desarrollo de sistemas representativos, a marcos legislativos detallados, y, por supuesto, a un elemento integral de las relaciones entre el gobierno y la sociedad.[78] Este último punto es muy importante ya que, en la mayoría de las ocasiones la consolidación de este derecho ha requerido de una labor activa de las organizaciones no gubernamentales, de los gremios de periodistas y de los medios de comunicación, así como de la doctrina académica, donde se ha declarado como una práctica no aceptable la constitución de secretos que pudiesen reflejar el actuar soberano a favor de intereses particulares, desnaturalizando así la propia concepción de la democracia.[79]

---

[73] C.E. Mueller, "Evaluating freedom of information laws: Objectives, approaches, and practical considerations" (2019) *International Journal of Public Administration* 1020-1030, p. 1020; Organización de Estados Americanos, "El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos". Disponible en https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf, *OAS* (Consultado el 21 de septiembre de 2022).

[74] B. Neamtu y D.C. Dragos, "Freedom of information in the European Union: Legal challenges and practices of EU institutions". En D.C. Dragos, P. Kovač y A.T. Marseille (eds.), *The laws of transparency in action.* (2019, Cham: Palgrave Macmillan), 11-70, p. 12; Blanke y Perlingeiro, n 72, p. 3.

[75] A. Meijer, "Government transparency in historical perspective: From the ancient regime to open data in The Netherlands" (2015) 38 *International Journal of Public Administration* 189-199, p. 191.

[76] Mueller, n 73.

[77] V.L. Lemieux y S.E. Trapnell, *Public access to information for development.* (2016, Washington: World Bank Group), p. 13.

[78] Meijer, n 75, p. 196; OEA, n 73.

[79] E. Guichot, "Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas". (2011) Disponible en:

Consecuentemente, no es de extrañar que el primer instrumento normativo sobre la libertad de atraer y constituir derechos sobre la información lo encontramos en Suecia, donde, en 1766, entró en vigor la Ley de Libertad de Prensa y Derecho de Acceso a Expedientes Públicos (*Tryckfrihetsforordningen*). Esta ley inspirada por el filósofo liberal Anders Chydenius (1729-1803), eliminó la censura de las publicaciones impresas en la Era de la Ilustración, a la vez que estableció el principio del acceso a los registros de carácter público (transparencia - *offentlighetsprincipen*) como un requerimiento indispensable de la administración pública. Dicho principio se encuentra consolidado en el Reino de Suecia en el Capítulo 2 de la Ley sobre Libertad de Prensa de 1999 el cual establece la naturaleza pública de los documentos oficiales.[80] Sin embargo, es importante destacar que pasaron más de 200 años antes de que el parámetro establecido por la ley de 1766 fuera adoptado por otros estados[81] como en el caso de la ley finlandesa de 1951, las legislaciones danesa y noruega de 1970, y la normatividad de los Países Bajos de 1978, por mencionar algunos.[82]

En el contexto europeo, antes del Tratado de Maastricht, no existía, a nivel comunitario, un derecho de acceso a información de carácter público. Cada institución podía decidir por sí misma si otorgaba o no el referido acceso, y podía, con relativa facilidad, decidir que todos los documentos se encontraban clasificados como secretos, con excepción de aquellos que ya habían sido revelados al público. Sin embargo, la presión proveniente de dos frentes derivó en el cambio de esta cultura de la secrecía: Primero, el resultado negativo en el referendo danés sobre el referido tratado, lo cual derivó en considerar la necesidad de crear un andamiaje que acercara las instituciones europeas a la ciudadanía, y, segundo, el ingreso de Suecia y Finlandia a la Unión en 1995 trajo aparejada la necesidad de transparencia y acceso a la información, en apego al espíritu de sus regímenes nacionales. Consecuentemente la evolución de las regulaciones en materia de acceso a la información en la Unión Europea encuentra su fuente en la Declaración 17 relativa al derecho de acceso a la información anexada al Tratado de Maastricht, la cual a la letra establecía que:

> *"La Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las Instituciones, así como la confianza del público en la Administración. La*

https://www.antifrau.cat/resources/12_transparencia_y_acceso_a_info_publica.pdf, *Laboratorio de Alternativas* (Consultado el 21 de septiembre de 2022); OEA, n 73.

[80] Blanke y Perlingeiro, n 72, p. 2.

[81] Meijer, n 75, p. 189.

[82] Lemieux y Trapnell, n 77, p. 13.

Conferencia recomienda, por consiguiente, que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las Instituciones."

Las garantías originales en materia de libertad de expresión encontradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacen referencia, en sus respectivos artículos 19, al derecho de "difundir" información e ideas, así como a las prerrogativas de investigar y recibir información.[83] En este sentido, una de las referencias primigenias a esta formulación la encontramos en el Informe del Relator Especial, Abid Hussain, sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión para la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, en la cual se estableció que:[84]

el derecho a buscar, recibir y difundir información impone una obligación positiva a los Estados de garantizar el acceso a la información, en particular la información que el gobierno conserva en todo tipo de sistemas de almacenamiento o de recuperación, como, por ejemplo, películas, microfichas, medios electrónicos y fotografías.

Con fundamento en lo anterior, el Sistema Interamericano fue el primero de los sistemas regionales en reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental como se puede apreciar en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocida como Pacto de San José; en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana. Asimismo, este derecho va aparejado con una obligación positiva del Estado, como se puede apreciar en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile*.[85]

[83] *Ibid.*
[84] A. Hussain, "Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain, presentado en cumplimiento de la resolución 1997/27 de la Comisión de Derechos Humanos". Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/250257?ln=es, *Naciones Unidas* (Consultado el 22 de septiembre de 2022).
[85] OEA, n 73.

2.2.1. Caso Claude Reyes y otros vs Chile

El 8 de julio de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la demanda contra el Estado chileno, tomando como base la denuncia No. 12.108 recibida por la Secretaría de la Comisión el 17 de diciembre de 1998 por medio de la cual se buscaba que la Corte declarara que el Estado de Chile violó los derechos que se enuncian a continuación:

I. De la Convención Americana:
   a. Artículo 13: Libertad de Expresión
   b. Artículo 25: Derecho a la Protección Judicial

Dichos derechos están relacionados con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno atendiendo demandas endógenas con la incorporación de un elemento exógeno, lo anterior en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

Dicha controversia encuentra su génesis entre mayo y agosto de 1998, marco temporal en el cual se obtuvo una respuesta negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, toda la información que solicitaron del Comité de Inversiones Extranjeras concerniente a la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor (proyecto de deforestación), mismo que sería realizado en la décimo segunda región de Chile y que podría tener consecuencias perjudiciales al medio ambiente y al desarrollo sostenible de Chile. La Comisión señaló que la negativa del Estado se llevó a cabo sin argumentar una justificación válida conforme a la legislación chilena. Así como también “no les fue otorgado un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho y acceso a la información”. Igualmente “no se les aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública”. Consecuentemente, la Comisión solicitó a la Corte que de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención, se ordenase al Estado que adoptara determinadas medidas de reparación, las cuales fueron indicadas en la demanda. Igualmente, se solicitó al Tribunal que ordenase al Estado el pago de las costas y gastos generados por haber tramitado el caso en la jurisdicción interna y ante los Órganos del Sistema Interamericano.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 1998, un grupo integrado por la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad De Diego Portales, las organizaciones chilenas ONG FORJA, Fundación Terram y la Corporación la Morada, el Instituto de Defensa Legal del Perú, la fundación Poder Ciudadano y la Asociación para los Derechos Civiles, los señores Baldo Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardo Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert, presentaron una denuncia ante la Comisión. Una vez aprobada la denuncia, se aprobó el informe Nº 31/05, donde se concluyó que Chile "violó los derechos de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero al acceso a la información pública y a la protección judicial. Estos previstos en los artículos 13 y 25 de la Convención Americana, respectivamente en relación con los artículos 1(1) y 2 de la Convención, donde se les negó el acceso a la información en poder del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile y no otorgarles acceso a la justicia chilena para impugnar esa denegación como debería garantizarse bajo el Estado de Derecho que define a todo Estado democrático y liberal. Consecuentemente, la Comisión realizó una recomendación al Estado, donde se sugería divulgar públicamente la información que fue solicitada por Marcel Claude y otros, y ordenó reparar adecuadamente a Marcel Claude Reyes y otros, incluida la provisión de la información que fue solicitada desde un inicio. Igualmente, que el orden jurídico interno fuera ajustado, conforme al artículo 13 de la Convención Americana sobre el acceso a la información pública o información de interés colectivo. El informe fue remitido al Estado, este a su vez remitió su respuesta y el 1 de julio de 2005, al no haberse ejecutado las recomendaciones satisfactoriamente, la Comisión decidió someter el caso ante la Corte, ofreciendo pruebas documentales, testimoniales y periciales. Ambas partes realizaron los escritos y contestaciones respectivamente, en la que fueron presentadas las pruebas testimoniales y periciales. Así mismo la Corte emitió una Resolución en la que requería a los testigos y peritos propuestos por ambas partes. Igualmente, en esta resolución se convocó a las partes a una audiencia pública que se celebraría en la ciudad de Buenos Aires en la Sala de Audiencias de la Corte Suprema de la Nación el 3 de abril de 2006 para que los alegatos finales pudieran ser escuchados, así como las eventuales reparaciones, costas, declaraciones testimoniales y dictámenes periciales.

En el marco de los testimonios, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó el del Sr. Luis Sebastián Cox Urrejola, abogado y representante de la organización no gubernamental "ONG FORJA", quien mencionó que le fue negada la información solicitada sobre el Forestal Trillium Ltda y el Proyecto de Río Cóndor, así como el del Sr. Arturo Longton Guerrero, diputado de la República. Este último, en 1997, preocupado por la posible tala indiscriminada del bosque nativo en el extremo sur de Chile por parte de una empresa extranjera, acudió junto con Marcel Claude a reunirse con el Director de Inversiones Extranjeras en Chile para que les

informara sobre la veracidad de las afirmaciones de la empresa de taladores de bosques nativos, solicitando información sobre el inversionista extranjero involucrado y sobre los antecedentes que mostraran su idoneidad y seriedad. La negación de información pública significó vulneración a sus derechos como humano. Igualmente, un daño a su personalidad como Diputado de la República e impedimento de tarea de fiscalizador.

Frente a lo anterior, el Estado chileno presentó el testimonio de Andrés Emilio Culagovski, Abogado y Fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE). Dicho organismo estaba autorizado para recibir, estudiar y decidir sobre las solicitudes de inversiones extranjeras, administrar los contratos de inversión extranjera, preparar estudios y antecedentes en materia de interpretación, tener un registro estadístico de la inversión extranjera, realizar y analizar los trámites ante los organismos que deben informar o dar su autorización previa para la aprobación de las diversas solicitudes que el CIE tiene que resolver, investigar en Chile o en el extranjero sobre la idoneidad y seriedad de los peticionarios o interesados. El testigo argumentó que no tenía ninguna información sobre el proyecto de la Empresa Forestal Trillium Ltda debido a que no le correspondía dar seguimiento y tampoco invertir en las etapas de implementación de proyectos económicos cuyos flujos de capital fueron autorizados.

Asimismo, la Sra. Liliana Giuditta Macchiavello, Abogada del Comité de Inversiones Extranjeras, explicó que se les dio una respuesta negativa a los solicitantes de la información ya que se consideró de carácter reservada toda información referida a terceros, cuya revelación podría causar un atentado a la privacidad de los titulares, arriesgando irresponsablemente el resultado de las actividades de los inversionistas en Chile. Igualmente argumentó que se entregó la información solicitada en relación con el proyecto, ajustándose a los criterios de publicidad y reserva, de acuerdo con sus leyes de protección a la privacidad y lo expreso en la Constitución Chilena así como en la “Política Comunicacional” de la Vicepresidencia del CIE (misma que se aplica a todas las personas que requieren información y/o antecedentes), dicha información enviada, fue rechazada por TERRAM y dando comienzo a una serie de denuncias y reclamos ante tribunales de justicia y medios de comunicación.

Respecto a los alegatos relativos a la violación del Artículo 13 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (Libertad de Pensamiento y de Expresión), la Comisión argumentó que la divulgación de la información que tiene el Estado tiene un papel importante en la sociedad democrática porque permite que la sociedad controle las acciones del gobierno a quien confía la protección de sus intereses. El artículo 13 de la Convención debe expresar una obligación positiva de parte del Estado para que se brinde la

información en su poder para así permitir a los miembros de nuestros sistemas sociales dinámicos verificar como se lleva a cabo la transición entre entornos a través de reglas de transición claras, las cuales estaban ausentes en el contexto de este caso. Por ende, la Comisión interpretó que el artículo 13 establece un derecho al acceso a la información que tiene el Estado.

De acuerdo con el artículo 13, se argumentó, el derecho al acceso a la información debe estar regido por el 'principio de máxima divulgación'". "La carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión. "Ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno de los objetivos legítimos que la justifican, sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información" (prueba de proporcionalidad).

Por lo tanto, ante la exigencia de este derecho, el Comité de Inversiones Extranjeras nunca dio respuesta por escrito en relación a la información faltante y no demostró cómo la retención de la información en cuestión era "necesaria" para la consecución de un objetivo legítimo previsto en el artículo 13 de la Convención. Tampoco presentó ningún argumento que demostrase que la divulgación de la información habría causado un perjuicio sustancial a estos objetivos, y que ese perjuicio hubiera sido mayor que el interés público en divulgar la información, como lo requiere el indicado artículo 13. Además, es "insostenible" la afirmación del Estado de que el papel de control de los organismos del gobierno compete exclusivamente al Congreso.

Finalmente, se declaró que el Estado chileno no garantizó el derecho de las presuntas víctimas al acceso a la información porque un organismo del Estado negó acceso a información sin demostrar que la misma estaba comprendida por una de las excepciones legítimas a la norma general de divulgación prevista en el artículo 13. Además, el Estado no contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información en forma efectiva en el momento que se produjeron los hechos que dieron lugar a esta petición".

Ciertamente, como uno podía esperar el Estado negó la información que poseía sin dar fundamento. Ante la Corte, el Estado fundamentó tal negativa en que había un vacío normativo respecto a la confidencialidad de la información entregada por parte de las empresas al CIE. Esta motivación, evidentemente, vulnera la presunción de máxima divulgación de la información y los principios de proporcionalidad y necesidad que nos permiten evitar el surgimiento de prácticas opacas como las que definieron al caso del *shipmoney*.

El reconocimiento implícito de la falta de investigación y de la negación de información por parte del Comité vulneró el derecho al acceso a la información incluido en el derecho a la libertad de expresión ya que, en áreas sensibles como la afectación de los recursos naturales del país, el interés público exige al Estado la adopción de medidas adicionales y complementarias de protección destinadas a asegurar la idoneidad y seriedad de quienes invierten en el país. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación positiva de generar y difundir información pública para facilitar la deliberación democrática y el control de la ciudadanía al interior del sistema dinámico.

En cuanto a la supuesta denegación de información por parte del CIE, el Estado alegó, de acuerdo a los testimonios de los señores Moyano Berrñios y Mayorca, que dicho Comité no poseía esa información y tampoco la facultad legal para investigar situaciones de hecho con los inversionistas y que, como se expuso arriba, que a la fecha de presentación de la denuncia por los peticionarios y hasta el año 2002 no existía norma que regulará la publicidad o reserva de los actos de administración ni de los documentos que sirven de base a estos por parte del CIE.

Ante estos elementos y testimoniales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró:

1. El Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que establece el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de los Señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades y adopción de disposiciones de derecho interno, establecidas en los artículos 1.1 y 2 del tratado.

2. Igualmente se determinó que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, con respecto a la decisión de la autoridad administrativa de no entregar información, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 114 a 123 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, con respecto a la decisión judicial del recurso de protección, en relación con la obligación general de

respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 124 a 144 de la presente Sentencia.

Por lo que se decidió:

1. El Estado debió entregar la información solicitada por las víctimas y adoptar una decisión fundamentada al respecto en los términos de los párrafos 157 a 159 y 168 de la presente Sentencia.

2. El Estado debía publicar, en plazo de 6 meses en el Diario Oficial y otro Diario el capítulo relativo a los Hechos probados de esta Sentencia, sobre las violaciones declaradas por la Corte.

3. El Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo al deber general el adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia.

4. El Estado se vio obligado a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, al igual que adoptar disposiciones de derecho interno que atiendan el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. El Estado debió, con base en las nuevas reglas de transición, capacitar a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a la información.

6. El Estado tuvo que pagar a los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, en el plazo de un año, por concepto de costas y gastos, la cantidad fijada en la Sentencia.

7. Finalmente el Estado debió supervisar el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dar por concluido el caso una vez que dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, el Estado se vio obligado a rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

2.3. Desafíos operacionales del derecho de acceso a la información

Como se puede verificar en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile,* es importante destacar, que la prueba más fehaciente de la difusión y evolución de este derecho al interior de nuestros sistemas sociales dinámicos, lo encontramos en el cambio sutil reflejado en las denominaciones de las leyes que proveen el marco de acceso a la información de "libertad de expresión" o "libertad de información" a "derecho a la información".[86]

Ahora, si bien este valor es invocado bajo el adjetivo de incuestionable, como lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su organización e implementación presentan importantes problemas prácticos, costos y dilemas reales que se deben resolver en marcos institucionales y organizacionales concretos. Primero, desde el punto de vista político, es posible identificar dos dificultades: la pluralidad y los costos de transacción. En nuestras sociedades democráticas, el conflicto es consustancial a la defensa de la libertad de expresión ya que no se puede argumentar que existe un monopolio sobre la verdad, como la ineludible realidad de una sociedad compuesta de múltiples individualidades. Paradójicamente, dichas diferencias y su defensa son indispensables para la dinámica democrática. [87]

El proveer acceso a la información no puede ser una actividad neutral ya que la dinámica plural que se ha desarrollado bajo el Estado de Derecho, trae aparejada la existencia de un proceso político y discursivo estructurado alrededor de la incertidumbre, la argumentación y el discurso de elementos individuales. De lo anterior, se puede colegir que el acceso a la información pública no existe como un valor normativo abstracto, sino que para materializarse se requiere construir esquemas de gobernanza y valores objetivos como los establecidos en la sentencia de 15 de enero de 1958 emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, conocida como el caso Lüth[88], que requerirán, a su vez, la creación de un entramado de

[86] Lemieux y Trapnell, n 77, p. 69.
[87] D. Arellano, "Ensayo sobre la transparencia como interacción social: opacidad, disciplina y resistencia". En C. Cadena (coord.), *Transparencia y opacidad. Mediciones prácticas organizacionales en municipios.* (2015, Estado de México: El Colegio Mexiquense) 34-53, p. 36.
[88] The University of Texas, "BVerfGE 7, 198" (1958). Disponible en https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1477, *School of Law* (Consultado el 11 de octubre de 2022).

relaciones para implicar a diversos actores políticos con tendencias argumentativas y discursivas diferentes.[89]

Por otra parte, como se verifica en el principio de alternabilidad que define a toda norma,[90] en materia de costos de transacción, la referida pluralidad impone una serie de dilemas de interacción, pues la neutralidad y el interés general no emergen de forma natural en un estado definitivo, sino que, como se ha expresado en líneas precedentes, éstas tienen que ser desarrolladas al interior de cada sociedad y ser construidas y reconstruidas constantemente ajustando así a nuestros sistemas sociales dinámicos a sus respectivos contextos. Los costos de transacción, es decir, los mecanismos para asegurarse de que las diversas partes de una relación establecida cumplan con sus compromisos, estarán siempre presentes. Como se puede apreciar en todo periodo de innovación tecnológica, institucional e incluso normativa, los actores buscarán aprovecharse de espacios de incertidumbre para dirigir las instituciones y organizaciones encargadas de garantizar el acceso a la información a ciertas modulaciones o énfasis, en batallas constantes con otros actores en busca de vías distintas de direccionalidad y finalidad.[91] Sin embargo, a pesar de que el discurso del acceso a la información pública asume que va a reducir los costos de transacción cuando en momentos determinados y dinámicas puede generar más costos de transacción que incluyan la provisión de información no relevante para el Estado liberal democrático.[92]

La existencia de estas fricciones también obedece a la habilidad del Estado para manipular y controlar elementos como son sus finanzas para ganancias de carácter electoral, y las podemos encontrar en las asimetrías informacionales existentes entre el Estado y la ciudadanía. Dichas asimetrías pueden depender de varios factores. Por ejemplo, siguiendo sobre el argumento de Sunstein, una cantidad sustancial de estudios sobre la materia se centran en el grado de democratización, bajo la premisa de que todo lo que lleva al gobierno más cerca de la ciudadanía incrementa la transparencia y reduce las multicitadas asimetrías; sin embargo,

[89] Arellano, n 87, p. 38.
[90] E. Täks; et al., “Creating CoReO, the computer assisted copyright reform observatory.” En M. Araszkiewicz y K. Płeszka (eds.) *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking.* (2015, Cham: Springer) 479-511, p. 487-488.
[91] Arellano, n 79, p. 38-39.
[92] C. R. Sunstein, “Output transparency versus input transparency” (2017). Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826009, *SSRN* (Consultado el 11 de octubre de 2022); Arellano, n 87, p. 39.

autores como Brender y Drazen[93], y Shmuel[94] argumentan, en el contexto de la administración del presupuesto, que la manipulación del mismo suele ser más efectivo en democracias nuevas y/o no consolidadas, donde las ciudadanas y ciudadanos son relativamente inexpertos en el entendimiento y desarrollo de las instituciones de transparencia.[95]

A pesar de lo anterior, podemos apreciar un incremento en el número de normas que se centran en proveer un andamiaje jurídico e institucional para garantizar el acceso a la información, que se acercan al centenar, independientemente de que se les deben adicionar las normas subnacionales que representan más del cien por ciento de las normas fundamentales en la materia. Asimismo, es importante destacar los instrumentos regionales como la Ley Modelo Interamericana Sobre Derecho de Acceso a la Información aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2010, o el Convenio 205 del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 2009. Como podemos inferir, este derecho se ha globalizado y los documentos que uno puede encontrar alrededor del orbe comparten algunos principios de carácter universal.[96]

La expansión de las normas sobre el acceso a la información pública supone un paso trascendente en el avance hacia un Estado de Derecho, al permitir la realización efectiva de una de entre muchas prerrogativas adormecidas desde su difusión en el siglo XVII. De hecho, el grado de apertura informacional se ha convertido ya en un referente para observar el grado de consolidación democrática y avance genérico de los entes públicos, lo que ha derivado en la explosión cámbrica normativa sobre los temas bajo análisis.[97]

Como se verá en secciones subsecuentes, también una serie de casos en tiempos recientes ha incrementado el reconocimiento del derecho de acceso a la información como un derecho fundamental. En particular, esto ha sido evidente en el caso de Latinoamérica, donde es posible identificar resoluciones de particular relevancia como *Claude Reyes and Others v. Chile*, y en África, donde la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha sido reconocida por diversos tratados de la Unión Africana.[98]

---

[93] A. Brender y A. Drazen, "Political Budget Cycles in New Versus Established Democracies" (2005) 52 *Journal of Monetary Economics* 1271-1295.
[94] A. Shmuel, "The Political Budget Cycle Across Varying Degrees of Democracy" (2020) 68 *Electoral Studies* 1-19.
[95] J.E. Alt y S.S. Rose, "Context-Conditional Political Budget Cycles". En C. Boix y S.C. Stokes (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Politics* (2007, Oxford: Oxford University Press) 845-867, p. 853.
[96] Guichot y Barrero, n 61, p. 26.
[97] S.O. Nava, "El derecho a la información en el estado mexicano. Apuntes de caso para su constitucionalización". Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2251/6.pdf, *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* (Consultado el 8 de septiembre de 2022).
[98] Lemieux y Trapnell, n 69, p. 15.

En el caso mexicano, el contenido, extensión y delimitación de las atribuciones del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), con base en la adecuada comprensión de su *autonomía constitucional* como organismo especializado, ha cobrado en fecha reciente un inusitado interés, con motivo principalmente de la utilización, interpretación y aplicación del concepto de *seguridad nacional* por parte del Ejecutivo Federal, así como de los ajustes procesales que han derivado de la reforma constitucional de 2014 y que serán evidenciados en el rubro correspondiente al análisis de los juicios de amparo directo.

Esa importante figura jurídica, que persigue un conjunto de finalidades legítimas para salvaguardar los intereses estratégicos del Estado mexicano, representa a su vez un criterio de excepción en el tratamiento de los derechos humanos a la información y al acceso a la información pública, razón por la cual el estudio de la naturaleza de la autonomía constitucional del INAI, con relación a la revelación aplazada de determinadas actuaciones federales, que se enmarcan en ese concepto de seguridad nacional, constituye sin duda un factor central para la vida política mexicana como se verifica en los recursos de revisión en materia de seguridad nacional previstos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Un análisis que contribuya al esclarecimiento de esa problemática interpretativa, debe incorporar las variables más relevantes de carácter histórico, normativo y coyuntural, que han otorgado su actual fisonomía al INAI, como lo son: la noción y génesis del derecho humano a la información y su acceso a la de carácter público; la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos; el surgimiento del estado federal y de los ámbitos de competencia; y, la creación de organismos con autonomía constitucional[99].

Precisamente por esa razón, a continuación, se analizarán el conjunto de determinaciones públicas que el Poder Constituyente Permanente estimó como fundamentales, al momento de reconocer el derecho humano a la información en general y al acceso de la de índole pública en particular. Sólo la valoración desde esa perspectiva evolutivo-constitucional, a manera de una interpretación auténtica, original o legislativa que deja por lo pronto fuera a la

[99] En el derecho constitucional, la interpretación histórico-contextual, además de la auténtica o legislativa, es una herramienta esencial: *"Debe considerarse el origen histórico y consultarse las pruebas de carácter histórico como elementos auxiliares en la interpretación y aplicación de las palabras y disposiciones. Lo que ocurrió antes de la adopción de la Constitución puede ser consultado al efecto de hacer luz sobre sus disposiciones. Pero en esta, como en otras oportunidades en que deba interpretarse y aplicarse una disposición de la Constitución…, debemos atender no meramente a su lenguaje sino también a su origen histórico"*. *Marshall v. Gordon*, 243 U.S. 521, 533 [1917], *Missouri v. Illinois*. 180 U.S. 208, 219 [1901].

protección de datos personales y al principio de trasparencia, es la que permitirá dilucidar correctamente el planteamiento formulado.

2.4. El derecho a la información en el marco normativo mexicano

Conviene resaltar, como se ha hecho en secciones precedentes, que los conceptos utilizados en esta materia, en especial su naturaleza, terminología y extensión, ha variado constantemente en los espectros constitucional, convencional y legislativo. También se han incorporado de forma paralela al derecho a la información y al derecho de acceso a la información pública, de modo eventual y progresivo, los referidos derechos a la protección de datos personales y principio de transparencia; este último incluso -de manera más reciente- como una exigencia imprescindible e inmanente de los diversos derechos humanos al buen gobierno y a la buena administración pública[100].

Singular y cronológicamente, las distintas reformas al artículo 6° de la ley suprema, sobre la materia que aquí interesa, han incluido estas expresiones diversas: derecho a la información, derecho de acceso a la información, acceso gratuito a la información pública, información relativa a los recursos públicos, acceso a la información pública, derecho al libre acceso a información plural y oportuna, derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, derecho a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, y, en último lugar, derecho de acceso a la información pública[101]. Lo anterior, se puede apreciar en primer lugar, en el Decreto que

[100] Ciertamente la transparencia también se ha considerado como un *auténtico derecho humano* y no sólo como una exigencia resultante de esos derechos humanos al buen gobierno y a la buena administración pública, particularmente como el derecho a saber cómo opera el gobierno en nombre de la sociedad democrática, y en el ámbito de la lucha contra la corrupción: "[E]s probable que la lucha contra la corrupción nos lleve en el plano de los derechos humanos a la identificación del *derecho humano a la transparencia*, o como preferimos denominarlo, el *derecho de la sociedad a una política pública transparente* siguiendo un camino semejante al derecho a la verdad". Ver P. Birkinshaw, "Transparency as a human right." En C. Hood y D. Heald (eds.) *Transparency. The key for better governance?* (2006, Oxford: The British Academy) 46-57; F. Salvioli, "Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos". En J. Gonzáles (coord.) *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela.* (2009, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez) 101-133.

[101] Véanse reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 6 de diciembre de 1977, 20 de julio de 2007, 13 de noviembre de 2007, 11 de junio de 2013, 7 de febrero de 2014, y 29 de enero de 2016. En La precursora Ley Federal para la Trasparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2000, también se incorporó el término ampliamente utilizado de "información pública gubernamental", además de haber definido en su

reformaba y adicionaba los artículos 6º, 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 06 de diciembre de 1977, mismo que estableció:

> *"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".*

Por supuesto, como se puede colegir de la lectura de la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Secretario de Gobernación del presidente José López Portillo, el Lic. Jesús Reyes Heroles, se observa que la iniciativa tuvo como eje central una existencia más dinámica del sistema de los partidos políticos, que incluía al derecho a la información.[102]

Antes de la reforma constitucional de 11 de junio de 2013, autores como Sergio López-Ayllón[103], destacaban, de forma acertada, que el artículo en referencia no establecía cómo el derecho a la información era garantizado por el Estado, en particular a la luz del contenido de la última línea del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 6º constitucional que a la letra establecen lo siguiente:

> *El derecho a la información será garantizado por el Estado.*
>
> *Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.*

artículo 3, fracción V, a la *información* como: *"La contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título"*.

[102] A. Montes, *La evolución y los retos del acceso a la información en México.* (2021: Ciudad de México Tirant lo Blanch).

[103] S. López-Ayllón, "El derecho a la información como derecho fundamental". En J. Carpizo y M. Carbonell (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos* (2000, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México) 157-181, p. 160.

Sin embargo, a partir de la referida reforma el referido artículo establece una serie de principios para la Federación y las entidades federativas en materia de acceso a la información que refleja viejos problemas como los que configuraron al *Shipmoney Case.* De esta forma, podemos encontrar la designación expresa de que la información de todos los elementos que constituyen al Estado y su propio actuar, será considerada pública y que la misma podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional. Asimismo, se establece que cualquier persona podrá solicitar el acceso de forma gratuito a dicha información sin necesidad de acreditar interés alguno ni justificar su tratamiento, y que dicho acceso será facilitado a través de mecanismos expeditos.

Adicionalmente, en el marco de la denominada Cuarta Revolución Industrial, dicho precepto procura profundizar en los medios por los cuales garantizará ese derecho:

> *El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.*

En todo caso, el derecho humano de acceso a la información pública se constituye principalmente y de manera contemporánea, como un verdadero derecho instrumental o derecho llave a través del cual el gobernado puede contar con información sustantiva veraz, oportuna y plural, con la cual puede estar en condiciones de ejercer otros derechos humanos -en especial el derecho a la información-, de exigir esos derechos humanos y de acceder a nuevos derechos humanos[104].

2.4.1. Derechos humanos

[104] El concepto de *derecho llave* o *instrumental*, precisamente comprende esas tres aplicaciones o modalidades, bajo las cuales puede utilizarse en su interpretación: "[E]jercer derechos, exigir derechos y acceder a nuevos derechos". Ver Consejo para la Transparencia, "*El Derecho de Acceso a la Información Pública como Derecho Llave para el Acceso a otros derechos fundamentales".* Disponible en https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2019/01/derecho-llave_actualizado-2018.pdf, *Consejo para la Transparencia* (Consultado el 8 de octubre de 2022).

Como organismo garante con autonomía constitucional, especialista en la materia de sus múltiples atribuciones, el INAI encuentra su principal justificación al hacer posible el efectivo acceso al gobernado de la información pública. Es decir, se trata de una entidad pública cuya función esencial reside en asegurar el efecto útil del derecho humano al acceso a la información pública, por lo que está especialmente configurado para coadyuvar en el fortalecimiento del sujeto pasivo de la relación política, de su capacidad en el conocimiento, fiscalización y rendición de cuentas del poder público, como condiciones inherentes o inmanentes en el Estado democrático y de derecho.

El derecho a la información, en sentido general, ciertamente no se encontraba en el catálogo de derechos humanos del texto original de la CPEUM de 1917. No obstante, en su exposición de motivos ya se hallaban elementos rectores para la adecuada interpretación de la relación política y jurídica que debía prevalecer entre los poderes públicos constituidos y los gobernados como titulares últimos de los derechos humanos y de la acción política:[105]

> *El primer requisito que debe llenar la Constitución Política tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a la libertad humana, en todas las manifestaciones que de ella derivan de una manera directa y necesaria, como constitutivas de la personalidad del hombre*.

Para que el régimen constitucional tuviera larga duración en ese contexto, la autoridad que el pueblo concedía a sus representantes no debía "convertirse en contra de la sociedad que la establec[ía], cuyos derechos deb[ían] quedar fuera de su alcance", debiéndose evitar que el gobierno "a pretexto del orden o de la paz", limitara la aplicación del derecho y no respetara su uso íntegro, sin perjuicio del desprecio a la ley suprema cuando ya desde aquél entonces, se concedía indebidamente "al jefe del Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre toda clase de asuntos".[106]

[105] Congreso Constituyente, "Diario de Debates del Congreso Constituyente". Disponible en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_expmot_01dic1916.pdf, *Cámara de Diputados.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).
[106] *Ibid.*

No fue sino hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1977, cuando con motivo de la reforma política que tuvo por objeto garantizar a los partidos nacionales la disposición equitativa de medios para difundir sus principios, tesis y programas, así como sus análisis y opiniones sobre los problemas sociales, que se incluyó expresamente y de manera por demás limitada y escueta, el derecho a la información en el artículo 6° con esta finalidad:

> *[S]erá básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y contribuirá a que esta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Siendo los partidos políticos entidades fundamentales… su derecho a difundir sus ideas en los medios de comunicación social se traducirá en el mayor respeto al pluralismo ideológico y cobrará plenitud la libertad de expresión y su correlativo derecho a la información*[107] *(Exposición de motivos, 1977).*

En consecuencia, el derecho a la información tuvo desde su inicio, como principal objetivo, asegurar a la población y la ciudadanía mexicanas, el máximo, relevante y oportuno conocimiento sobre la actuación, desempeño y resultado que ofrecían en su quehacer cotidiano, tanto los poderes públicos de todos los ámbitos de gobierno, como los actores políticos de cualquier jerarquía, todo ello como una condición o requisito necesario para hacer viable no solo la efectiva participación ciudadana y el vital pluralismo político, sino también para lograr que el sistema democrático se convirtiera en un verdadero sistema de vida.

Sin embargo, la insuficiencia y ambigüedad del nuevo texto constitucional no pasó desapercibida[108], circunstancia que fue subsanada en gran medida cuando se publicó en dos mil

---

[107] Poder Judicial de la Federación, "Exposición de motivos (6 de octubre de 1977)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[108] Efectivamente, en el dictamen de la cámara de origen (i.e. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión), se expresó: *"Lo escueto de la expresión: '...el derecho a la información será garantizado por el estado', puede originar la crítica de que no se precisa lo que debe entenderse por '*derecho a la información´, ni a quien corresponde su titularidad, ni los medios legales que hará valer el Estado para hacerlo respetar". Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (18 de octubre de 1977)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/proclegis.html, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

dos la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la cual tuvo como origen una triada de iniciativas, notoriamente una elaborada con apoyo del Grupo Oaxaca y otra del gobierno federal, ambas redactadas para asegurar el acceso a la información custodiada por la autoridad, lograr la transparencia de la actuación gubernamental y avanzar hacia la rendición de cuentas:[109]

> *No obstante que… la última parte de su artículo 6°… garantiza el derecho a la información, el principio jurídico del acceso a los documentos administrativos no está desarrollado legislativamente en el derecho mexicano. En la práctica, ello ha permitido una arbitraria discrecionalidad de la autoridad administrativa en el manejo de la información gubernamental. Situación que contrasta de manera notable con la de muchos países en los que rige el principio general de acceso a los documentos administrativos.*

También es importante destacar que fue en realidad el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien, mediante jurisprudencia, tuvo a bien establecer eventualmente el contenido, extensión y límite del *derecho a la información*: *"DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6o. de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como "reserva de información" o "secreto burocrático". En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados*". Registro digital: 191967. Instancia: Pleno. Novena Época. Materias(s): Constitucional. Tesis: P. LX/2000. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI, abril de 2000, pg. 74. Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/191967

[109] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (11 de julio de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

Esa legislación federal fue innovadora en varios sentidos: garantizó el acceso de toda persona a la información en posesión de poderes, órganos y entidades federales, para lo que estableció que toda esa información gubernamental era de naturaleza pública (artículos 1 y 2); incorporó el principio *pro homine*, al indicar que en su interpretación debía favorecerse "el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados" (artículo 6); y, finalmente, nombró y clasificó a la información reservada temporalmente y definió para ese propósito un concepto de gran relevancia:

> *Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional (artículo 3, fracción XII).*

A partir de ello, tuvo que pasar prácticamente un lustro, para que la posterior reforma constitucional de 20 de julio de 2007, otorgara un mayor contenido técnico-jurídico al derecho a la información, en aras de lograr su máxima efectividad institucional; y en la vida pública y democrática mexicana, especialmente con relación a la correcta administración y fiscalización de los recursos públicos asignados y a la eficaz rendición de cuentas:[110]

> *[D]ebemos hacer transparente y que rindan cuentas todos los que recibieron recursos públicos, para así controlar y monitorear sus acciones, y cómo han destinado y aplicado esos recursos, que deben estar dirigidos en todo caso a incrementar el beneficio de la colectividad.*

Es justamente en ese contexto donde se creó el primer organismo especializado con autonomía constitucional, a modo de cuerpo colegiado de carácter profesional, responsable desde entonces de fomentar, procurar y asegurar el derecho humano al acceso a la información pública, por lo que se le dotó con capacidad para obligar a los poderes constituidos a su efectiva

[110] Poder Judicial de la Federación, "Exposición de motivos (17 de noviembre de 2006)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

obtención y al resto de los organismos autónomos existentes. Su incorporación en la norma suprema buscó de manera deliberada "garantizar la colaboración" efectiva y real de todos los entes obligados, por lo que contó desde su constitución con independencia técnica, de gestión y de decisión, además de poseer personalidad jurídica y patrimonio propios, y de poder emitir resoluciones públicas y definitivas.

La denominada "Iniciativa de Chihuahua"[111] fue antecesora inmediata de esa destacada evolución constitucional, al delinear en sus contenidos los que serían a la postre sus principales directrices, a saber y en lo que interesa: 1) Publicidad, excepcionalmente cuando la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público; 2) Acceso a la información de entidades públicas y partidos políticos; 3) Procedimiento expedito para el acceso a la información; 4) Revisión de decisiones desfavorables ante un organismo especializado e imparcial con autonomía operativa, presupuestal y decisoria; y, 5) Prueba de daño e interés público[112].

La comisión redactora de la Cámara de Diputados que eventualmente formuló el proyecto de reforma constitucional con apego a las demandas de esa iniciativa local, así como a diversos puntos de vista de sus integrantes y de especialistas consultados para tal efecto, fue la que de manera inicial precisó el primer contenido técnico-jurídico de la autonomía constitucional del organismo garante del acceso a la información pública, con estas vertientes: a) Operativa:

---

[111] Se publicó el 10 de noviembre de 2006, en Chihuahua, Chih., en el marco del Segundo Congreso de Transparencia Local, firmándose en su oportunidad por los gobernadores de Aguascalientes, Chihuahua y Zacatecas, y sumándose asimismo el de Veracruz y el jefe del Distrito Federal: "La transparencia y el acceso a la información constituyen la conquista más importante de la sociedad y la política mexicanas en los últimos años. Son un gran avance en la calidad democrática del estado y un salto en las relaciones entre la sociedad civil y los gobiernos". Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (1 de marzo de 2007)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[112] En la Exposición de motivos, de 4 de diciembre de 2001, presentada por el Ejecutivo Federal y que sirvió de base junto con otras dos iniciativas para la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se incorporó por primer vez, el concepto de "escrutinio" estricto propio de la tradición jurídica angloamericana, para el análisis de la información reservada temporalmente: *"[E]n el caso de los supuestos de reserva que se establecen en la iniciativa, no basta con que se actualice el contenido de la información por referirse a una de las materias reservadas, por ejemplo seguridad nacional o seguridad pública, sino que es necesario además que exista un elemento de daño que permita afirmar que su divulgación podría afectar gravemente la conducta de una de las funciones del Estado o bien poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona"*. Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (4 de diciembre de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

administración responsable bajo criterios propios; b) Presupuestaria: aprobación de proyecto de presupuesto y su ejercicio; y, c) Decisoria: legalidad y juicio independiente fundado y motivado al margen de autoridad en turno.

Asimismo, se establecieron técnicamente principios esenciales de funcionamiento operativo a cargo del órgano u organismo[113] autónomo constitucional: i) Especialización: condición que garantiza que los tomadores de decisión tengan el conocimiento necesario para valorar de manera adecuada los casos que se les presentan; y, ii) Imparcialidad: elemento que asegura que su integración orgánica y operación técnica no responderán a compromisos o consignas directas o indirectas de ningún órgano de autoridad, como condición necesaria para asegurar su actuación profesional y objetiva.

Un aspecto cardinal de la reforma analizada residió en el principio de máxima publicidad. Conforme a su interpretación auténtica, esa máxima rectora que hace posible el efectivo acceso a la información pública: i. Constituye un eje de actuación de toda autoridad derivado del principio de publicidad de información pública; ii. Establece una instrumentación activa de índole hermenéutica o interpretativa, en el sentido que deberá prevalecer de forma positiva; iii. Manda que toda excepción debe ser aplicada de forma restrictiva y limitada, en concreto sólo cuando existan elementos que justifiquen plenamente su aplicación; y, iv. Ordena que cuando exista duda razonable sobre una excepción, en los ámbitos legislativo, administrativo y jurisdiccional, deberá favorecerse y optarse -por el propio ente obligado- por la publicidad efectiva de información[114].

---

[113] Por su naturaleza, es importante resaltar que en la iniciativa de reforma constitucional, se utilizaron indistintamente estas figuras: a) Organismo: es un ente público que, bajo el principio de organización, tiene poderes de decisión y administra asuntos específicos, cuenta con personalidad jurídica y recursos propios, tiene un grado de autonomía e independencia y cuenta con un determinado reparto de competencias públicas; y, b) Órgano: únicamente materializa un reparto de atribuciones dentro de la misma persona pública, pero no consiste en la creación de un ente diverso y ajeno ella, si bien cuenta con facultades para su actuación y decisión, y es asimismo de naturaleza imparcial. De esta forma, el organismo autónomo, contrario a lo que sucede con el órgano autónomo, sí detenta una "competencia sobre todos los poderes y autoridades", aunque ambos pueden contar con especialización, imparcialidad, autonomía operativa, de gestión presupuestal y de decisión. Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (1 de marzo de 2007)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[114] Los *elementos configuradores concluyentes* del principio de máxima publicidad, aparecieron por primera vez delineados en la *Declaración de Guadalajara*, la cual fue emitida el 22 de noviembre de 2005, al concluir el PRIMER FORO NACIONAL DE TRANSPARENCIA LOCAL, llevado a cabo en Guadalajara, Jalisco, y por la cual los gobernadores de Aguascalientes, Chihuahua y Zacatecas, propusieron una reforma constitucional relativa al derecho de acceso a la información pública bajo estos parámetros que interesan: a) Sujetar las leyes a los principios de máxima publicidad y gratuidad; b) Facilitar al máximo la solicitud de

De esta manera, con la incorporación constitucional del principio de máxima publicidad, el poder constituyente reconoció que el derecho al acceso a la información pública constituía, al final de cuentas, un verdadero derecho humano, cuya interpretación debía ser necesariamente y por esa misma condición, realizada bajo el principio *pro-persona*¸ justo con el propósito de brindarle al gobernado en el caso concreto controvertido, un auténtico efecto útil; si bien su ejercicio no era, precisamente como cualquier otro derecho humano, absoluto e ilimitado, ya que admitía excepciones justificadas plenamente y que a la postre debieron superar la prueba de daño: [115]

> *[E]xisten circunstancias en que la divulgación de la información puede afectar un interés público valioso para la comunidad. Por ello, obliga a una ponderación conforme a la cual, si la divulgación de cierta información puede poner en riesgo de manera indubitable e inmediata*

---

información sin condicionantes artificiales, como la exigencia de demostrar personalidad, firma, identificación o interés jurídico; c) Poner a disposición del público todas las modalidades para tramitar solicitudes de información, incluso con herramientas electrónicas; d) Crear instancias profesionales, autónomas e imparciales para generar una cultura de transparencia y garantizar el acceso a la información en caso de controversia; e) Establecer sanciones para los funcionarios que nieguen dolosamente la información; y f) Obligar a todos los órganos y autoridades públicas a transparentar los principales indicadores de gestión. Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (1 de marzo de 2007)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[115] Con fundamento en igual consideración, la Segunda Sala de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, reiteró su criterio judicial bajo esa misma idea: *"TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LX/2000 de rubro: "DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, abril de 2000, pg. 74, estableció que el ejercicio del derecho a la información no es irrestricto, sino que tiene límites que se sustentan en la protección de la seguridad nacional y en el respeto a los intereses de la sociedad y a los derechos de los gobernados, en atención a la materia de que se trate. En ese sentido, el citado precepto, al remitir a diversas normas ordinarias que establezcan restricciones a la información, no viola la garantía de acceso a la información contenida en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque es jurídicamente adecuado que en las leyes reguladoras de cada materia, el legislador federal o local establezca las restricciones correspondientes y clasifique a determinados datos como confidenciales o reservados, con la condición de que tales límites atiendan a intereses públicos o de los particulares y encuentren justificación racional en función del bien jurídico a proteger, es decir, que exista proporcionalidad y congruencia entre el derecho fundamental de que se trata y la razón que motive la restricción legislativa correspondiente, la cual debe ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin perseguido, de manera que las ventajas obtenidas con la reserva compensen el sacrificio que ésta implique para los titulares de la garantía individual mencionada o para la sociedad en general"*. Registro digital: 169772, Instancia: Segunda Sala. Novena Época. Materias(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: 2a. XLIII/2008. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, abril de 2008, pg. 733.

un interés público jurídicamente protegido, la información puede reservarse de manera temporal. Este es, por ejemplo, el caso de la seguridad nacional. [116]

Por su parte, la condición del derecho a la información en general como derecho humano, quedó manifiesta en la Exposición de motivos de la reforma constitucional de 11 de junio de 2013 al artículo 6°. Esta tuvo lugar ya en el nuevo contexto encaminado a incorporar el derecho natural con base en la dignidad de la persona, que supuso la reforma constitucional sobre derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, que acogió el principio *pro-persona* y la obligación de toda autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con apego a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La iniciativa reconoció de modo específico: "el derecho a la información es por su propia naturaleza un derecho subjetivo"; ya que: a) Garantiza a la persona el acceso a información, que por serle útil y beneficiosa, constituye un bien jurídico para él; b) Es un derecho individual pero también público al comportar la intervención estatal para tutelarlo; c) La información debe ser adecuada a sus necesidades de participación y conocimiento; d) La información debe cumplir como condición ineludible la de ser veraz; y, e) Es de titularidad universal al pertenecer sin exclusión a toda persona[117].

Con la subsecuente reforma de 7 de febrero de 2014, se fortaleció de manera expresa e integral el derecho de acceso a la información pública en favor del gobernado, concretamente a

---

[116] Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (1 de marzo de 2007)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[117] Consecuente con ello, este era el texto original propuesto para adicionar un segundo párrafo al artículo 6° constitucional: *"Toda persona tiene derecho al libre acceso a la información veraz, plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión"*. No obstante y de manera inexplicable en todo el curso del proceso legislativo, el texto finalmente aprobado fue el siguiente, sin que en ningún momento se discutirá en ningún sentido, la conveniencia de que se salvaguardara *esa condición ineludible de la veracidad* de toda información que rindiese la autoridad pública al gobernado, con lo cual se trastocó un elemento fundamental de la iniciativa del Ejecutivo Federal: *"Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión [texto vigente]"* (*Exposición de motivos*, 2013). De no haber sido así, el paso natural del *derecho humano a la verdad en la actuación pública* habría sido el reconocimiento de la *trasparencia* como un *verdadero derecho humano*, consistente de manera esencial en la exigencia y en la garantía a la persona sobre el cumplimiento espontáneo de la obligación de la autoridad de dar a conocer en todo momento su lealtad y fidelidad al mandato popular.

través de la incorporación de la atribución constitucional para expedir una ley general. Ello fue fruto de un conjunto plural de iniciativas, con lo que además se homogeneizaron las obligaciones de información, fiscalización y rendición de cuentas de los partidos políticos y se unificó paralelamente la autonomía constitucional, tanto del organismo federal encargado de proteger ese derecho humano, como la de los organismos autónomos locales que contaban con esa idéntica responsabilidad:[118]

> *La iniciativa de reforma al artículo 6° constitucional… comprende la… creación de una ley general en materia de acceso a la información pública, cuyo objetivo sería homogenizar el contenido de la normatividad que rige el acceso a la información pública en el país. En esta ley general se armonizará la interpretación y alcance de los principios y bases establecidos en el párrafo segundo del citado artículo de la Constitución, lo que permitirá transitar sobre un piso firme en todo el país, al tratarse de un derecho igual para todos.*

Más allá de la incorporación de los primeros principios que buscaron hacer efectivo el derecho humano a la información con la anterior reforma constitucional de 20 de julio de 2007, el propósito de incorporar las bases y lineamientos para la distribución y delimitación de atribuciones, facultades y obligaciones mediante una ley general de carácter nacional sobre el acceso a la información pública, estaba encaminado precisamente a combatir la pluralidad y diversidad que existía en la aplicación e interpretación de la ley federal y de las treinta y dos leyes locales existentes, ante todo por la dispersión conceptual y la diversidad normativa imperante que había entre muchas de ellas:[119]

> *[Es] evidente la necesidad de avanzar en… criterios uniformes… que definan los alcances y directrices de los principios rectores de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales en posesión de cualquier autoridad, entidad, partido político… que reciban y ejerzan recursos públicos… en el ámbito federal, estatal y municipal. Esto hará posible… un derecho unificado, tutelado e igual para todos, garantizando el mismo deber para*

[118] Poder Judicial de la Federación, "Exposición de motivos (5 de septiembre de 2012)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).
[119] *Ibid*.

cualquier esfera de gobierno o poder público, sin que varíe la normatividad, procedimientos, sujetos obligados y… atribuciones de los órganos garantes de una entidad a otra, a fin de lograr una… armonización para el ejercicio… de este derecho en… la República.

Finalmente, la última reforma al artículo 6° constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, únicamente incidió en su apartado A, párrafo primero y fracción VIII, párrafos cuarto, quinto y décimo sexto, para otorgar la condición de entidad federativa a la Ciudad de México, además de corregir el orden funcional y jerárquico entre los poderes legislativo y ejecutivo federales, sin mayor impacto por lo que correspondió a sus contenidos sustantivos.

2.4.2. Garantías constitucionales

Como organismo autónomo, el INAI cuenta con una serie de atribuciones que lo ubican como entidad constitucional en paralelo y de forma trasversal con relación a los poderes federales constituidos. Su novedosa incorporación en la ley suprema tuvo como fundamento jurídico la exigencia social para lograr la defensa efectiva, oportuna y tangible de los derechos humanos del gobernado, particularmente de la ciudadanía, mediante el control de actos de autoridad de "depositarios clásicos del poder público" en México:[120]

[L]os órganos constitucionales autónomos surgen con motivo de una nueva concepción del Poder, bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando con ello la teoría tradicional de la división de poderes, por lo que se dejó de concebir la organización del Estado derivada de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que sin perder su esencia, ahora se habla de que dicho principio debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado".

[120] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Controversia Constitucional 32/2005" (2006). Disponible en http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2005/9/3_74131_0.doc, *SCJN* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

Como se desprende de esa determinación, el Poder Constituyente Permanente consideró estos elementos fundamentales para la creación del INAI: a) Es un organismo constitucional que se ubica de modo horizontal en la estructura tradicional de la división de poderes; b) Su nacimiento origina una recomposición del equilibrio del poder, esto es, del sistema de pesos y contrapesos; c) La eficacia de su función encuentra su sentido en la medida en que sirva para conocer, vigilar y controlar los posibles actos de la autoridad que se extralimitan en el uso legítimo de su poder público; y, d) Las atribuciones especializadas que realiza se enmarcan en la redefinición de competencias en el sistema jurídico-constitucional, con el propósito último de asegurar la eficacia en las tareas que el soberano concede al poder público en la consecución de su beneficio.

En la tradición federalista del derecho mexicano, la división de poderes constituyó en la historia nacional, una de las primeras determinaciones de carácter trascendental que asumió el pueblo mexicano, y cuya primera fórmula tuvo como modelo el nuevo *tipo de estado* que se configuró en la *Constitución de Filadelfia de 1787* de los Estados Unidos de América[121]. Efectivamente, la *Constitución Federal de 1824*, introdujo este artículo 6° que se repitió en las *Constituciones Políticas de 1857* y *1917*, en esta última en sus artículos 41, 49, 116 y 122, estableciéndose que se dividía el supremo poder de la federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.

[121] Este proceder fue común luego del régimen colonial: *"México, en 1824 y otros países hermanos de Hispanoamérica después, no obstante que fundada exclusivamente en los principios del derecho romano, al formular sus constituciones para organizar sus sistemas de gobierno, continuaron con su tradicional sistema, tuvieron como inspiración el plan adoptado por los Estados Unidos de América, ya que al lograr su independencia estimaron que gran parte de la prosperidad y felicidad del pueblo norteamericano obedecía a su estructura constitucional"*. En este apartado, lógicamente cabe el reparo de entender e interpretar el régimen constitucional propio, bajo la fisonomía del pueblo mexicano: *"Pero desgraciadamente está sucediendo también, que en lugar de estudiar la derivación histórica de nuestras instituciones, examinando las necesidades sociales que han venido dándoles nacimiento, ó las causas pasajeras y facticias que las han abortado, se comete frecuentemente el error de ir al país vecino del Norte a recibir la explicación de ellas, sin advertir que la que de allí nos venga ha de ser acomodada, más que á la letra de sus leyes, al espíritu tradicional de sus costumbres. ¿Y las nuestras, así domésticas como civiles, sociales y políticas, se parecen acaso en algo á las de los norteamericanos? Y entonces ¿qué aplicación práctica podrán tener las doctrinas que nos venga de aquella escuela, por grande que sea la identidad en la letra de la ley? Impóngase una misma ley á pueblos cuyas condiciones sociales no sean perfectamente idénticas, y los resultados prácticos de aquella tienen de ser necesariamente diversos".* Ver A. Martínez, *Obras I. Obras político-constitucionales.* (1994, Ciudad de México: UNAM), p. 116; I.A. Montiel y Duarte, *Derecho Público Mexicano.* (1871, Ciudad de México: Imprenta del Gobierno), p. 1.

La división de poderes en los ámbitos de gobierno federal y local, supuso un conjunto de repercusiones sobre la función legítima de cada autoridad pública constituida, la que quedó supeditada desde entonces por una serie de garantías jurídico-políticas: 1) Más de un poder tradicional público-funcional no puede detentarlo ninguna persona o corporación, ni el poder legislativo debe depositarse en un solo sujeto; 2) Dividido el poder estatal como expresión del ejercicio soberano mediante poderes constituidos con distintas atribuciones esenciales, se produce un contexto de pesos y contrapesos con fuerzas equilibradas[122]; y, 3) Disperso el poder a través de poderes constituidos ponderados, se hace posible la democracia participativa y la voluntad popular tal como se presenta en el dictamen de la constitución de 1856.

La primera garantía ha sido interpretada justamente en el sentido que la división de poderes no es *estricta*, sino *flexible*, puesto que es posible el desarrollo de funciones materialmente normativas, administrativas y jurisdiccionales por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, indistintamente. Con atención a la segunda garantía, la *división poderes*, cuya última razón consiste en realizar funciones clave de manera especializada, se constituye en la coordinación o colaboración institucional cuyo propósito es lograr el *equilibrio de fuerzas* que se traduce, de modo negativo, en un control político, jurídico y técnico, que asegura la marcha estatal[123].

---

[122] La creación del estado federal en los Estados Unidos de América, implicó una serie de instituciones para hacerlo factible, que finalmente también fueron desarrolladas en los Estados Unidos Mexicanos bajo su propio contexto, entre las que destacan: a) *Check and balances*: *"arreglo de los poderes gubernamentales donde las atribuciones de una rama del poder vigila y balancea los de otras ramas"*; b) *Reserved Powers*: *"un poder específicamente retenido porque no se menciona o está razonablemente implícito en otros poderes conferidos por una constitución…"* (*id.*); c) *Supremacy clause*: *"la cláusula... que declara que todas las leyes dictadas en cumplimiento de la constitución y todos los tratados realizados bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema del país y gozarán de superioridad legal sobre cualquier disposición en conflicto de una constitución o ley estatal"* (*id.*). Esta última parte es la que otorga finalmente cohesión al resto del sistema jurídico: *"La supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico es lo que asegura la unidad en el funcionamiento de dicho ordenamiento y la plena vigencia del Estado de derecho a partir del respecto de la ley fundamental en cada país".* Ver H.C. Black, *Black's Law Dictionary.* (1990, Minnesota: West Publishing Co.); H. Quiroga, *Derecho constitucional latinoamericano* (1991, Ciudad de México: UNAM), p. 184.

[123] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido esa jurisprudencia: *"DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SÓLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA. El artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en un solo individuo o corporación. Sin embargo, ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte que la división funcional de atribuciones que establece dicho numeral no opera de manera rígida, sino flexible, ya que el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política*

La tercera garantía versa sobre un aspecto medular, ya que concierne a los denominados niveles de poder o ámbitos de gobierno que, al federal y local propios del sistema norteamericano, en México se sumó uno adicional, la institución de gobierno más antigua en el derecho colonial o indiano: el municipio libre. Sin embargo, esa división tripartita clásica del quehacer del poder público ha sido superada por la evolución del Estado mexicano, de manera tal que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido jurisprudencia por la que existen cinco órdenes, ámbitos o niveles de gobierno: federal, local o estatal, municipal, de la Ciudad de México y constitucional[124].

En estimación del máximo tribunal, el orden jurídico denominado "constitucional o total", supone estos aspectos fundamentales: i. Orgánico: implica el sistema de distribución de competencias al que deben ceñirse puntualmente, por mandato de la ley suprema, los restantes ámbitos u órdenes de gobierno; y, ii. Dogmático: supone que esa misma ley fundamental, incorpora a modo de prevención, un conjunto de obligaciones que deben ser respetadas, sin

---

del Estado. Como se advierte, en nuestro país la división funcional de atribuciones no opera de manera tajante y rígida identificada con los órganos que las ejercen, sino que se estructura con la finalidad de establecer un adecuado equilibrio de fuerzas, mediante un régimen de cooperación y coordinación que funcionan como medios de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público, garantizando así la unidad del Estado y asegurando el establecimiento y la preservación del estado de derecho. Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Federal consagra el principio de supremacía, que impone su jerarquía normativa a la que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que, el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible sólo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna. De este modo, para que un órgano ejerza ciertas funciones es necesario que expresamente así lo disponga la Constitución Federal o que la función respectiva resulte estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas por efectos de la propia Constitución, así como que la función se ejerza en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia". Registro digital: 166964. Instancia: Pleno. Novena Época. Materias(s): Constitucional. Tesis: P./J. 78/2009. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Julio de 2009, pg. 1540. Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166964

[124] *"ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla".* Registro digital: 177006. Instancia: Pleno. Novena Época. Materias(s): Constitucional. Tesis: P./J. 136/2005. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, octubre de 2005, pg. 2062. Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/177006

distinción ni excepción alguna, por los poderes constituidos y todas las autoridades de esos idénticos órdenes jurídicos[125].

En ese orden jurídico trasversal, es en donde precisamente encuentra su lugar el INAI, como organismo constitucional con independencia y autonomía que goza de competencia especializada, y que se sitúa -por tal razón- de forma paralela o trasversal con relación a los poderes y autoridades obligadas, y, precisamente por esa singular posición, no debe *"obedecer ni a su creador… [ni] tampoco a ningún poder económico ni a ningún poder político"*[126] ; si bien queda sujeto a controles específicos, a manera de pesos y contrapesos, particularmente: a) El control jurisdiccional[127]; y, b) El contrapeso parlamentario[128]:

---

[125] Por tanto, el ejercicio de todo poder constituido, al ser parcial y normado, debe ser precisamente "constitucional", es decir, regular, predecible y consistente: "*El orden jurídico constitucional tiende, además de establecer las reglas con base en las cuales deben ejercer sus funciones competenciales las autoridades de los demás órdenes normativos, a preservar la regularidad en dicho ejercicio, consistente en que éste se lleve a cabo dentro del marco de atribuciones establecidas, sin nunca rebasar los principios rectores previstos en la Constitución Federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien afectando la esfera de competencia que corresponda a las autoridades de otro orden jurídico. De este modo, el orden jurídico constitucional se erige como un orden total, al extender su validez y eficacia normativa de una manera absoluta sobre los órdenes jurídicos parciales".* Ver SCJN n 120.
La doctrina de la separación de poderes justamente: *..."[F]ue adoptada… no para promover la eficiencia sino para impedir el ejercicio de poderes arbitrarios. El propósito no fue el de evitar la fricción sino, por medio de la inevitable fricción concomitante a la distribución de los poderes gubernamentales entre tres departamentos, el de salvar al pueblo de la autocracia"*. Ver R. Pound, *Desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad.* (1960, Buenos Aires: Editorial Ágora), p. 82.
[126] Poder Judicial de la Federación, "Discusión de dictamen (13 de marzo de 2013)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).
[127] Efectivamente, el artículo 6° constitucional dispone: *"Las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. El Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia"*.
En realidad existe un tercer control, el llamado *control presupuestal*, el cual tiene lugar con la asignación de presupuesto discrecional por parte de las soberanías federal y locales: *"El Congreso de la Unión, los Congresos de las Entidades Federativas y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, deberán otorgar un presupuesto adecuado y suficiente a los Organismos garantes para el funcionamiento efectivo y cumplimiento de la presente Ley, las leyes federales y de las Entidades Federativas, según corresponda, conforme a las leyes en materia de presupuesto y responsabilidad hacendaria*" (artículo 40 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública).
[128] Concretamente el artículo 93, párrafo segundo, indica: *"Cualquier de las cámaras podrá convocar a… los titulares de los órganos autónomos, para que informen bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a interpelaciones o preguntas"*.

Una… característica de los órganos constitucionales consiste en que son… configurados directamente por la Constitución… ésta no se limita a su simple mención ni la mera enumeración de sus funciones… sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias… reciben ipso iure… todos los atributos fundamentales de su condición… en ellos se condensan los poderes últimos de decisión… el vértice dell'organizzazione statale… son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también… de la idea del Estado…[129]

La ubicación trasversal del INAI no significa la disminución del ámbito de competencia de los sujetos constitucionalmente obligados puesto que no irrumpe *"de manera preponderante o decisiva… las funciones que corresponden a los tradicionales órganos de poder, pues dichas facultades están restringidas solamente a proteger y garantizar el derecho a la información"*[130]; ni tampoco por el hecho que sus resoluciones sean vinculatorias, definitivas e inatacables, lo que tuvo por objetivo *"evitar… la discrecionalidad de los entes obligados en el cumplimiento de la garantía del derecho a la información".*[131]

Si bien desde la reforma constitucional de 20 de julio de 2007 se incluyeron principios para uniformar un derecho efectivo de acceso a la información pública, con garantías concretas para su ejercicio[132] con la diversa reforma de 7 de febrero de 2014 se creó finalmente un verdadero sistema nacional que armonizó su alcance e interpretación, y homologó las *"características fundamentales de los órganos constitucionales autónomos"*[133]; todo esto con la expedición de una ley general que aseguró, en un marco de coordinación y colaboración, un derecho igual al gobernado en los ámbitos y poderes del Estado mexicano:[134]

---

[129] M. García-Pelayo, "El 'status' del tribunal constitucional" (1981), *Revista Española de Derecho Constitucional* 1, p.p. 13-14.
[130] SCJN, n 120.
[131] *Ibid.*
[132] Poder Judicial de la Federación, "Acuerdo de la junta de coordinación política de la Cámara de Diputados (16 de noviembre de 2006)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).
[133] Ver Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (1 de marzo de 2007)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).
[134] Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Senadores (19 de diciembre de 2012)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[E]s importante homogeneizar su condición de sujetos obligados ante las leyes en materia de transparencia y acceso a la información pública, con objeto de homologar sus obligaciones de transparencia y garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información en estas instituciones que reciben recursos públicos y son consideradas entidades de interés público por el papel que juegan en el desarrollo democrático en el país.

En suma, la soberanía popular ha entendido -con esa evolución constitucional- que la vida democrática no sólo está ligada a la efectiva elección de cargos públicos, sino -ante todo- a la legitimación del poder público basada en su verdadera actuación, por lo que aseguró su ejercicio transparente; de tal manera que toda persona pueda conocer, evaluar y sancionar la gestión gubernamental y el desempeño del servidor público, resultando el eficaz acceso a la información pública, en un elemento toral que evita prácticas públicas soterradas y lesivas, en particular en el resultado de su desempeño y el manejo de los recursos públicos:[135]

[L]a obligación de transparentar las acciones de gobierno y el derecho recíproco de la ciudadanía de acceder a la información pública, son dos principios fundamentales garantizados en nuestro sistema jurídico, y que están íntimamente relacionados con la participación democrática y la representatividad, pues no puede haber verdadera democracia y representatividad, sin la transparencia en el ejercicio del poder público.

3. Seguridad Nacional

Como se pudo apreciar en el caso *Hampden,* y en algunos de los argumentos arriba referidos, el concepto de "seguridad nacional" es engañosamente complicado. Al igual que otras palabras y frases que definen conceptos políticos y jurídicos importantes, lo que se entiende por seguridad

[135] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Controversia Constitucional 32/2005" (2006). Disponible en http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2005/9/3_74131_0.doc, *SCJN* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

nacional ha cambiado, y seguramente seguirá cambiando con el paso del tiempo,[136] y, por supuesto, seguirá representando una fricción para la definición y ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Una de las primeras configuraciones modernas, la encontramos en Estados Unidos durante los años 1940, suplantando a otro concepto similar pero distinto: el de "defensa nacional". Este último se ha interpretado tanto de manera amplia como estrecha, aunque se entiende como un concepto más limitado que el de seguridad nacional.[137] Así, la política de defensa nacional solo se origina en ese país a partir los años 1890, cuando su geografía gradualmente dejaba de servir como escudo ante el resto del mundo.[138]

Consecuentemente, el concepto se seguridad nacional se considera una fusión de los preceptos tradicionales de defensa nacional y la integridad territorial del Estado, con conceptos extensos y ambiguos, como lo es el proteger los valores estadounidenses e intereses económicos a nivel global.[139] Desde la perspectiva jurídica, el concepto se ha interpretado desde su inicio con extrema amplitud en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos[140], aunque hay argumentos desde la doctrina que señalan una visión más estrecha.[141] Sin embargo, el ejecutivo estadounidense, quien tiene la responsabilidad primordial sobre la seguridad nacional, sí debe de acatarse a ciertos límites para evitar el surgimiento de un Carlos I.

3.1. Fundamentos y génesis de la seguridad nacional en Estados Unidos

3.1.1. Antes de la defensa nacional y el concepto de "free security": 1776-1890

[136] Preston cita a varios autores que han desarrollado una génesis explicativa de terminología tan básica como "derechos humanos", "gobierno" e "industria", frases y palabras que a menudo se manejan como "intemporales" pero que en realidad no lo son (2014, p. 481). Estos autores incluyen a Raymond Williams, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, rev. ed. (New York, 1985); Daniel T. Rodgers, *Contested Truths: Keywords in American Politics Since Independence* (New York, 1987); Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge, MA, 2010); Mary L. Dudziak, *War Time: An Idea, Its History, Its Consequences* (New York, 2012); David Armitage, "Is There a Pre-History of Globalisation?" in his *Foundations of Modern International Thought* (Cambridge, 2013). Ver A. Preston, "Monsters Everywhere: A Genealogy of National Security." (2014) 38 *Diplomatic History*, 477–500, p. 481.
[137] D. Larsen, "Before 'National Security': The Espionage Act of 1917 and the Concept of 'National Defense.'" (2021) 12 *Harvard National Security Journal*, 132–175, P. 137.
[138] Preston, above n 136, p. 485.
[139] *Ibid.,* p.p. 479-485.
[140] Ver *Gorin v United States* [1941] 312 U.S. 19 (US); y *United States v Robel* [1967] 389 U.S. 258 (US).
[141] Larsen, n 137.

La idea de seguridad nacional se basa, desde sus inicios, en el miedo: "*Security, in its broadest sense, is subjective; it is an absence of fear*".[142] El miedo como herramienta política se ha estudiado extensivamente en las últimas décadas tanto de manera general[143], como específica[144] en relación a la seguridad nacional. Como tal, el miedo es subjetivo, y por lo tanto no se puede asumir que los requerimientos para argumentar una causa de seguridad nacional son fijos u objetivos[145], incluso es posible argumentar que, en la Unión Americana, el miedo es esencial en el planteamiento del concepto bajo análisis, comenzando con el mismo Franklin Roosevelt, quien planteó esta visión.[146] En la práctica, la subjetividad del miedo como elemento constitutivo para el concepto de seguridad nacional lleva a que la definición sea bastante amplia. La palabra determinante la tiene Leffler[147], quien dice que el concepto de seguridad nacional comprende el conjunto de decisiones y acciones consideradas imperativas para proteger los valores domésticos ante amenazas externas. Por lo tanto, bajo esta postura, el concepto de seguridad nacional incluye una gama de políticas públicas que van desde la defensa nacional, hasta la protección de los intereses económicos del Estado, e inclusive la promoción de *ideas* que definen al mismo.

En Estados Unidos se llega a esta interpretación de la seguridad nacional por su historia y situación geográfica única. Durante sus primeros 125 años de existencia, la Unión Americana no se enfrentó a un rival que le presentara una amenaza existencial: Tanto al norte como al sur se encontraba con enemigos económica y militarmente débiles en México y las colonias británicas en lo que ahora es Canadá; al este y oeste, estaba rodeado de dos grandes océanos que le protegían de los riesgos provenientes de Europa y Asia.[148] Por lo mismo, Estados Unidos no se vio en la necesidad de establecer una política de defensa o seguridad nacional ni de crear alianzas militares, por lo que se actuaba fuera de las fronteras nacionales, pero no por necesidad, sino por oportunidad; no por miedo, sino por el interés nacional. A lo largo del siglo XIX, ese interés nacional, principalmente expansionista, estaba fundamentado en nociones del Destino

[142] R.E. Osgood, *Ideals and Self-Interest in America's Foreign Relations*. (1953, Chicago, Chicago University Press), p. 5.
[143] C. Robin, *Fear:The History of A Political Idea*. (2004, Nueva York: Oxford University Press).
[144] I. Katznelson, *Fear Itself: The New Deal and the Origins of Our Time* (2013, Nueva York: Liveright).
[145] Preston, n 138, p. 479.
[146] *Ibid. p*. 480.
[147] M. Leffler, "National Security". En M. Hogan y T. Paterson, T. (eds.), *Explaining the History of American Foreign Relations*. (2004, Cambridge: Cambridge University Press), p. 123
[148] Inclusive durante su periodo de expansión hacia el oeste, los pueblos e imperios indígenas de la región nunca presentaron una amenaza a la continuidad del estado estadounidense como tal, aunque si a ciertas comunidades en las áreas fronterizas. Ver C.V. Woodward, "The Age of Reinterpretation." (1960) 66 *The American Historical Review*, 1–19; Preston, n 138, p.p. 481-482.

Manifiesto e ideas europeas colonialistas, y no en la necesidad de preservar el territorio nacional existente[149]. Esta época en la historia estadounidense se le llama la de "*free security*".

3.1.2. La protección territorial y soberana como fundamento del concepto de defensa nacional: 1890-1938

El concepto tradicional de soberanía comienza a desvanecerse a finales del siglo XIX, cuando los desarrollos tecnológicos de la electrónica y la informática permiten proyectar el alcance global de los países, limitando así la utilidad de estar rodeado de océanos y enemigos comparativamente débiles. Sin embargo, el periodo de *free security* continua en Estados Unidos aún durante y después de la Primera Guerra Mundial[150], cuando temas de espionaje y el concepto de defensa nacional—definido como la protección física del territorio nacional existente—comienzan a permear en el marco jurídico, como se puede apreciar en la *Defense Secrets Act* de 1911 donde por primera vez se criminaliza el publicar ciertos secretos de Estado. Esa ley, basada en las *Official Secrets Acts* de 1889 y 1911 del Reino Unido, es la predecesora de la ley que aún sigue vigente en Estados Unidos: la *Espionage Act* de 1917, cuya implementación se abordará en secciones posteriores.

La entrada de Estados Unidos a la Primera Guerra Mundial no marca el fin definitivo de *free security*; después de todo, a pesar de que no se percibía el conflicto como uno que amenazara a dicho país, si se apreciaban oportunidades que le *beneficiaban* económicamente por su neutralidad. Con ello en mente, Woodrow Wilson, al pedirle al Congreso la declaración de guerra contra Alemania y las otras Potencias Centrales, no habló de una amenaza directa a la seguridad o integridad territorial de los Estados Unidos, sino que se enfocó en la interdependencia del sistema internacional.[151] Esta visión intervencionista y globalista que Wilson propone no se adoptaría en Estados Unidos hasta dos décadas después—y solo posterior a vivir una Gran Depresión y otra guerra mundial.

[149] F. Zakaria, *From Wealth to Power: The Unusual Origins of America's World Role* (1998, Nueva Jersey: Princeton University Press), p.p. 18-20; Preston, n 138, p.p. 482-484.
[150] Preston, n 138, p.p. 484-485.
[151] *Ibid*, p.p. 486-487.

A pesar de esa perspectiva internacionalista de Wilson, al final de la Primera Guerra Mundial, Estados Unidos continuó bajo el camino de *free security* durante el periodo entre las guerras: rechazó la Sociedad de Naciones y se volvió a retirar del ámbito internacional. Durante el periodo de 1919 y 1931, la frase "seguridad nacional" solo se utilizó cuatro veces en discursos presidenciales estadounidenses, y durante la presidencia de Herbert Hoover el uso de la frase en sus discursos se enfocó en a la seguridad económica y alimenticia —mas no político-militar— de los estadounidenses. Sin embargo, con la Gran Depresión y la inestabilidad global que causó, la llegada al poder de dictadores fascistas en Europa y el continuo avance de la tecnología, la era de *free security* llegó a su fin con la década de los 1930.[152]

La llegada de Franklin Roosevelt a la presidencia en 1933 modificó el rumbo del concepto de seguridad nacional en Estados Unidos—aunque no inmediatamente. Al inicio de su presidencia, Roosevelt siguió usando la terminología de "seguridad" para referirse a temas económicos, como lo hizo ante el Congreso en 1934, en donde hizo énfasis en temas como el desempleo y el envejecimiento poblacional. Preston y otros autores argumentan que todo el enfoque del denominado *New Deal*—las políticas socioeconómicas del bienestar por las cuales Roosevelt es conocido—es uno de mitigar, de manera general, el riesgo inherente en el capitalismo. Roosevelt, para contrarrestar los efectos de la Gran Depresión, pidió en su discurso presidencial inaugural de 1933 poderes extensos, similares a los que tendría como ejecutivo si Estados Unidos fuera invadido por un enemigo extranjero, similar a los solicitados por Carlos I en el siglo XVII. Este mismo impulso de usar al estado para proteger la seguridad *económica* de los estadounidenses forma posteriormente el fundamento ideológico de proteger la seguridad *nacional* de los mismos.[153]

3.1.3. Los inicios del concepto moderno de seguridad nacional: 1938-1945

Con el comienzo de los conflictos que llegarían a conocerse como la Segunda Guerra Mundial, la percepción de la seguridad como tema político-militar en Estados Unidos cambia de manera

[152] *Ibid, p.487.*
[153] *Ibid, p.p. 489-490.*

drástica. Entre 1938[154] y 1941[155], Roosevelt usa la frase "seguridad nacional" más frecuentemente que todos los presidentes estadounidenses previos.[156] El concepto de salvaguardar la integridad personal—la seguridad—de cada estadounidense, tanto de manera económica como física, se vuelve el foco del resto de la presidencia de Roosevelt: esencialmente, propone un *New Deal* para todo el mundo. Continuando bajo el espíritu del presente documento, es importante destacar que esta política de la presidencia de Roosevelt, la de mezclar la seguridad económica y social de los estadounidenses en las décadas de los 1930 y 1940, impulsa el nacimiento del sistema internacional moderno que se concreta posterior a la Segunda Guerra Mundial—desde la ONU hasta el FMI—así como la era moderna de seguridad en Estados Unidos: la de la primacía del concepto de seguridad nacional.[157]

Sin embargo, inicialmente Roosevelt se veía limitado por una variante significativa: el que la gran mayoría de los estadounidenses no concordaban con su visión amplia de la seguridad nacional. Al contrario, varios líderes de la oposición, incluyendo el expresidente Herbert Hoover, e inclusive miembros de su mismo partido, creían en la noción más tradicional, la de *defensa* nacional, más no de *seguridad* nacional como se percibe hoy. Esencialmente, era una noción basada solamente en "*home defense*"—la defensa directa a un ataque real al territorio nacional, a la soberanía nacional física—sin involucrarse en conflictos externos como la Segunda Guerra Mundial. Roosevelt, por lo tanto, se encontraba ante el desafío de proteger la seguridad nacional fomentando la sensación de inseguridad entre la ciudadanía estadounidense consiguiéndolo a través del discurso de la protección de los valores del sistema social dinámico estadounidense.[158]

Por supuesto, este impulso concreto de Roosevelt por ampliar el concepto de seguridad nacional no se dio en un vacío. Al contrario, el continuo desarrollo de la tecnología—y de la globalización de manera más general—crearon un mundo en donde los estadounidenses se sintieron realmente amenazados. Más que cualquier otro presidente estadounidense previo—e inclusive más que el primer ministro británico Winston Churchill—Roosevelt tenía una consciencia global, consciencia que guio su visión de la seguridad nacional al permitirle ver lo que otros aún no veían en Estados Unidos: que la geografía ya no era escudo ante las amenazas

[154] Año en el cual Japón invade la Manchuria China.
[155] Año en el cual Estados Unidos entra a la Segunda Guerra Mundial después de los ataques japoneses a la base militar de Peal Harbor, en Hawái, el 7 de diciembre.
[156] De George Washington a Herbert Hoover, de manera combinada.
[157] Preston, n 138, p.p. 490-491.
[158] *Ibid.,* p.p. 491-492.

del mundo.[159] Desde la academia, las ideas de Roosevelt fueron respaldadas por autores como Nicholas Spykman[160] de Yale y Edward Mead Earle[161] de Princeton, quienes comenzaron a desarrollar investigación que fundamentaría la nueva ideología de seguridad nacional. Basándose en ideas originadas en Europa Continental y en el Reino Unido, estos académicos llegaron a la conclusión de que, si potencias hostiles a un estado controlan ciertos puntos estratégicos del mundo, ninguna fuerza armada la podría proteger dado el envolvimiento geográfico que resultaría. En el marco de esta producción, Albert K. Weinberg, de la Universidad de Johns Hopkins, definió a la "seguridad nacional" como la condición bajo la cual un ataque externo, directo o indirecto, por una fuerza armada u otros medios, sobre el dominio territorial, derechos o intereses vitales, no pueden ser materializados o si estos se presentan, no pueden conseguir su objetivo.[162]

La definición que propuso Weinberg se volvió controversial de inmediato. Varios de sus colegas argumentaban que era demasiado amplia, y otros que no era suficientemente específica; sin embargo, otros, como Earle, querían que la definición fuera aún más extensa, incluyendo amenazas *ideológicas* y no solamente militares dado a su postura de que lo que constituiría seguridad no es estático. Earle, por lo tanto, propuso una segunda definición, postulando que la seguridad nacional es un estado en que el dominio territorial de una nación, su independencia política, derechos e intereses vitales se encuentran libres de toda amenaza exterior o de fuerzas que operan al interior de la Nación bajo intereses y control extranjeros.[163] Esta definición se aproxima a cómo se entiende la seguridad nacional en Estados Unidos el día de hoy.

Roosevelt tomó este debate académico y lo impulsó desde sus *fireside chats*, las conversaciones que sostenía rutinariamente con el público estadounidense a través de la radio. En enero de 1939—previo a la invasión alemana de Polonia en septiembre de ese año—Preston[164] cita a Roosevelt haciendo referencia a los momentos en que los hombres deben prepararse para defender, no solamente sus hogares, sino también los pilares de su fe, sus gobiernos, e incluso de la propia civilización. Esta fraseología que Roosevelt introduce al léxico

[159] *Ibid.,* p.p. 493-494.
[160] Ver N. Spykman, *The geography of the peace.* (1944, Nueva York: Harcourt, Brace & Co.).
[161] Ver E.M. Earle (ed.), *Makers of modern strategy: Military thought from Machiavelli to Hitler.* (1943, Nueva Jersey: Princeton University Press).
[162] A.K. Weinberg, *Manifest Destiny. A study of national expansionism in American history.* (1963, Chicago: Quadrangle Books).
[163] Preston, n 138, p. 495.
[164] *Ibid.* p. 496.

popular en esos años—previo al involucramiento estadounidense en la Segunda Guerra Mundial—es clave. La mezcla inconsútil del lenguaje de defensa y seguridad con el de democracia y civismo, e inclusive el de la fe religiosa, se vuelve parte integral de la conciencia estadounidense—y hasta el día de hoy enmarca la percepción en ese país de lo que constituye la seguridad nacional. De este punto—del contraste ideológico entre los valores estadounidenses y los valores del fascismo, y su importancia para la noción de seguridad—parte la visión actual de qué constituye ser, fundamentalmente, estadounidense.

Específicamente, varios autores han argumentado que dentro de esta visión de qué constituye ser estadounidense se encuentran "*the American Way of Life*"—frase que puede incluir lo que cada quien desee—y la idea de que Estados Unidos es un estado basado en la tradición judeo-cristiana, tradición que, según quienes la proponen, no admite prejuicios o discriminaciones.[165] Esto a pesar de la amplia evidencia de racismo sistémico en todas las esferas del gobierno y sociedad estadounidense, y la clarísima discriminación hacia grupos minoritarios de todas índoles que se pueden apreciar constantemente a través de los medios de comunicación y redes sociales en nuestro contexto.[166] Sin embargo, estos preceptos quedan plasmados como algunos de los valores que se buscan proteger en Estados Unidos como parte del concepto de seguridad nacional y que se perciben como ideas eternas y permanentes—aunque realmente nacen con el concepto de seguridad nacional hace menos de un siglo.

3.1.4. La seguridad nacional como concepto definitivo: 1945-presente

En la época posguerra, la seguridad nacional, con su definición amplia, queda establecida como el enfoque primordial de Estados Unidos en su política internacional. A pesar de que Roosevelt pensaba que una relación amistosa entre su país y la Unión Soviética era esencial para la paz global—y la seguridad nacional de Estados Unidos—su muerte en abril de 1945 y la llegada a la presidencia de Harry Truman cambian fundamentalmente ese cálculo. Los temores y las atribuciones negativas que había en Estados Unidos sobre el fascismo se transfieren

[165] *Ibid.* p.p. 496-497.
[166] Por ejemplo, en contra de musulmanes, especialmente desde los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001.

rápidamente al comunismo soviético: en vez de contraponer los valores estadounidenses—valores protegidos bajo el marco de seguridad nacional—a los valores fascistas, ahora quedaban contrapuestos contra los comunistas.[167] Esto transformaría al mundo durante las siguientes cinco décadas de la Guerra Fría al llevar a la conclusión de que se tenía que resistir al comunismo tan arduamente como se había resistido al fascismo.

Truman, sus sucesores en la presidencia, y todo el aparato de seguridad estadounidense, tomaron las ideas de Roosevelt y las llevaron su conclusión máxima: la consecución de la seguridad absoluta. Durante la segunda mitad de los años 1940, la infiltración del comunismo a los países en vías de desarrollo y la identificación de espías comunistas dentro de la estructura política y gubernamental de Estados Unidos comienzan el llamado "*great fear*", que incluye la persecución política de comunistas. Liderados por el exsenador Joseph McCarthy, la era del McCarthyism—esta persecución política—responde a la visión de amenazas existenciales permanentes. La idea de que existía una conspiración comunista global se establece claramente en la psique estadounidense—basado, irónicamente, en la fraseología que el mismo Roosevelt había usado para describir a los fascistas y a sus oponentes políticos conservadores.[168]

Durante la Guerra Fría, y en particular en la Guerra de Vietnam, está ideología de *total security* domina la cúpula político-militar estadounidense, desde los presidentes hacia abajo y sin importar partido o identidad política (Preston, 2014, 477-478).[169] Dwight D. Eisenhower, el primer presidente de oposición en dos décadas, había sido el comandante supremo de las fuerzas armadas Aliadas en Europa; John F. Kennedy, Lyndon Johnson, Richard Nixon y Gerald Ford todos lucharon en el Pacífico Sur durante la Segunda Guerra Mundial y compartían íntimamente la noción de seguridad nacional desarrollada por Roosevelt y sus contemporáneos.[170]

Esta ideología se extiende hasta el día de hoy, reforzada en la época moderna por la amenaza del terrorismo internacional y, quizá de nueva cuenta en el 2022, por la invasión ilegal rusa de Ucrania que pone en peligro el sistema internacional desarrollado por Estados Unidos en el periodo posguerra. Asimismo, en pleno 2022, el discurso actual del presidente estadounidense Joe Biden también reafirma esta postura. Al hablar de una lucha entre la democracia y la autocracia a nivel global—y conectar los intereses fundamentales de Estados

[167] Preston, n 138, p. 498.
[168] *Ibid.,* p. 499.
[169] *Ibid.,* p. 477-478.
[170] Cabe mencionar que Kennedy perdió a su hermano mayor en la Guerra, y casi perdió él mismo la vida.

Unidos a la victoria del bando democrático—Biden continua lo que simplemente ha sido la visión de seguridad nacional estadounidense desde sus inicios.[171] Esta combinación de ideologías ambiguas que vagamente definen lo que constituye la nación estadounidense, con la defensa político-militar del territorio y la soberanía estatal, continúa determinando la postura de Estados Unidos ante las amenazas internacionales—tanto reales como percibidas—hasta el día de hoy.

3.2. Aplicación actual del concepto de seguridad nacional en Estados Unidos

Habiendo desarrollado una base histórica de lo que representa el concepto de seguridad nacional en Estados Unidos, se analizará la aplicación de la misma en ese país, así como los límites que se le imponen al ejecutivo federal en este ámbito. Se comienza con la libertad de expresión y la ya mencionada *Espionage Act* de 1917, en donde se discuten también los precedentes de la Suprema Corte estadounidense sobre el tema, incluyendo *Gorin v. United States*. Se continua posteriormente con el análisis del voto particular (*concurring opinion*) del ministro Robert Jackson en el caso de *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, que discute los límites generales al poder presidencial en el contexto de la separación de poderes y que se ha desarrollado extensamente en casos posteriores.

Sin embargo, como se podrá determinar, estos límites realmente no han constreñido fundamentalmente al ejecutivo en Estados Unidos, quien continúa actuando con amplios poderes en relación a la seguridad nacional. Estos poderes, como se desarrolla en la última sección, son incompatibles con el marco constitucional e internacional de derechos humanos establecido desde el 2011 en el sistema jurídico mexicano. Por lo tanto, la definición y aplicación del concepto de seguridad nacional que se maneja en Estados Unidos no sirve como punto de referencia en México.

[171] The Associated Press. "Biden says U.S., world in 'struggle between democracy and autocracy.'" (2022) Disponible en https://english.alarabiya.net/News/world/2022/01/06/Biden-says-US-world-in-struggle-between-democracy-and-autocracy, AlArabiya News (Consultado el día 10 de octubre de 2022).

3.2.1. La libertad de expresión y de la prensa como límite al concepto de seguridad nacional en el contexto de la *Espionage Act* de 1917

Hablar de la aplicación actual del concepto de seguridad nacional en Estados Unidos requiere regresar al concepto de *defensa* nacional y la *Espionage Act* de 1917. Esa ley, codificada en el Título 18, secciones 793 y 794 del Código de los Estados Unidos, le otorga extensos poderes al ejecutivo para enjuiciar penalmente a casi cualquier persona, penalizando, de manera voraz, el compartir cualquier información conectada con la defensa nacional. La frase "*national defense*" no está definida como tal en la ley, y la doctrina asume, en su generalidad, que acapara cualquier información relacionada con la defensa nacional.[172] Asimismo, la ley no limita quienes pueden ser enjuiciados, lo cual indica que podría inclusive incluir periodistas a quienes se les transmite información relacionada con la defensa nacional.[173] Los precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos, entre ellos *Gorin*[174], le han dado una interpretación amplia a lo que acapara la ley.

Las administraciones de Barack Obama y Donald Trump se convirtieron en las primeras en usar de manera sistémica la *Espionage Act* de 1917 para acusar a una serie amplia de sujetos, desde generales estadounidenses y otros oficiales que han pasado información confidencial a periodistas (como los casos conocidos de Chelsea Manning y Daniel Hale), hasta el caso más famoso: Julian Assange,[175] aunque numerosos académicos y algunos políticos han llamado a que el Congreso modifique la ley, esto no ha sucedido, aunque el Partido Republicano está actualmente buscando cambiar la ley para proteger a Donald Trump.[176]

---

[172] Larsen incluye una lista de autores quienes han interpretado de manera amplia el significado de la ley, así como otros quienes han cuestionado si la ley viola preceptos de libertar de expresión. Sin embargo, se considera que los argumentos sobre la libertad de expresión no tendrían éxito en tribunales estadounidenses (2021, p. 135). Ver Larsen n 137, p. 135.

[173] Larsen proporciona una extensa lista de doctrinarios que han sugerido que la libertad de prensa estaría en juego dado cómo se ha interpretado esta ley y la frase "defensa nacional". Ver *Ibid.*

[174] *Gorin v United States* [1941] 312 U.S. 19 (US).

[175] Irónicamente, la investigación actual, en septiembre 2022, en contra del expresidente estadounidense Donald Trump gira alrededor de esta misma ley. Si se le llegara a acusar de algún crimen, sería bajo estas provisiones del Código de los Estados Unidos. Ver J. Jaffer, "The Espionage Act Has Been Abused, But Not in Trump's Case." (2022) Disponible en https://www.politico.com/news/magazine/2022/08/17/the-espionage-act-has-a-dark-history-prosecuting-trump-would-be-legit-00052376, *Político* (Consultado el 10 de octubre de 2022).

[176] *Ibid.*

3.3. El caso de *Youngstown* y los límites al poder Ejecutivo ante el Legislativo en materia de seguridad nacional

Quizá el límite más severo al poder del ejecutivo en al ámbito de seguridad nacional no proviene de un precedente específicamente sobre el tema, sino del caso de *Youngstown*[177], que busca establecer los límites de la presidencia ante el poder legislativo. Sin embargo, la opinión de *Youngstown* que más ha influido en la jurisprudencia estadounidense no es la opinión mayoritaria sino el voto particular concurrente del ministro (*Justice*) Robert H. Jackson, uno de las grandes figuras jurídicas en la historia de Estados Unidos. En esencia, tanto la opinión mayoritaria de la Suprema Corte como el voto particular de Jackson rechazaron la noción de que el presidente tiene poderes ilimitados, inclusive en el ámbito de las relaciones internacionales y la seguridad nacional. En total, solo tres de los nueve ministros de la Suprema Corte de Estados Unidos aceptaron la visión expansiva—casi ilimitada—que proponía el ejecutivo.[178] Sin embargo, desde entonces la Corte ha paulatinamente retirado este límite al ejecutivo, hasta que, hoy en día, no queda mucho que constriña a la presidencia—en particular en el área de seguridad nacional.

3.3.1. Los casos de *Youngstown* y *Dames & Moore* en la era pre-9/11

El caso de *Youngstown* proviene fácticamente de una disputa laboral entre las compañías acereras de Estados Unidos y sindicatos laborales a finales de 1951. A pesar de la intervención de agencias federales en la negociación, no se llegó a ningún acuerdo entre las partes y los sindicatos se pronunciaron a favor de la huelga en abril de 1952. Ante esta situación, el presidente Truman consideró que, dada la Guerra de Corea en la cual el país se encontraba involucrado, una pausa en la producción de acero dañaría de manera inmediata a la defensa nacional, por lo tanto, el 9 de abril de 1952, Truman promulga una orden a través de la cual nacionaliza toda la industria acerera a nivel nacional. Al día siguiente, Truman informa al

[177] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* [1952] 343 U.S. 579 (US).
[178] C. Edelson, (2017). "The Hollowing Out of Youngstown: How Congress and the Courts can Restore Limits to Presidential Power." (2017) 47 *Presidential Studies Quarterly*, 816-830, p. 816.

Congreso de su orden, y doce días después envía otro informe frente al cual el Congreso no toma acciones legislativas en contra de la orden ejecutiva.[179]

Jurídicamente, el caso surge de una revisión judicial de esa orden ejecutiva número 10340. Una de las compañías nacionalizadas, *Youngstown Sheet & Tube Company*, impugnó la orden, argumentando que el ejecutivo estaba legislando, función exclusiva del Congreso federal. Truman, por su parte, argumentó que la nacionalización de la industria acerera, en el contexto de la Guerra de Corea, era esencial para evitar una catástrofe nacional que derivaría en el paro de la producción de acero que, dada la emergencia determinada, facultaba al presidente para actuar en el marco de sus facultades como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.[180]

Después de una revisión veloz en las cortes de distrito y de circuito, la Suprema Corte decide aceptar rápidamente del caso, conociendo del mismo en argumentos orales el 12 de mayo de 1952, en el marco de los cuales la corte determina que el tema jurídico esencial a decidir es si el presidente tiene el poder constitucional de nacionalizar a la industria en este caso. La opinión de la mayoría, con autoría del ministro Hugo Black, determina que Truman no tenía autoridad ni legislativa ni constitucional para la nacionalización, frente a la cual el ministro presidente Fred Vinson, en su voto particular en disenso, argumentó que Truman actuó correctamente bajo poderes de emergencia que la Constitución otorga al presidente, citando, entre otras acciones, las tomadas por Abraham Lincoln durante la Guerra Civil. Sin embargo, la opinión que ha sido citada y desarrollada subsecuentemente en el ámbito jurídico estadounidense es el voto particular concurrente de Jackson, en donde concuerda con el resultado de la opinión mayoritaria en el caso, pero a través de un razonamiento jurídico distinto.[181]

La opinión de Jackson establece un *test* tripartito para analizar la constitucionalidad de las acciones del ejecutivo:

(1) Primero, cuando la acción presidencial está fundamentada en una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad está en su apogeo y tiene derecho a una presunción de legitimidad. A pesar de eso, el acto presidencial necesita acatarse a otras restricciones constitucionales que existan.

[179] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* [1952] 343 U.S. 579 (US), p.p. 582-583.
[180] [1952] 343 U.S. 579 (US), p.p. 582-583.
[181] Edelson, n 178, p. 817.

(2) Segundo, cuando el presidente actúa en relación a un tema sobre del cual el Congreso no se ha pronunciado, el ejecutivo solo puede actuar si tiene una autorización constitucional directa, aunque sí puede actuar en áreas en donde la competencia del ejecutivo y el legislativo son concurrentes.
(3) Finalmente, si el presidente actúa contrario a la voluntad del Congreso (*i.e.* si el presidente actúa contrario a la ley), su acto será inconstitucional a menos de que la ley misma no tenga validez.

Este *test* en teoría le da una guía a los poderes legislativo y judicial para determinar si el ejecutivo está actuando más allá de sus capacidades legales y constitucionales. Sin embargo, desde la doctrina parte la idea de que estos límites solo cobran vida si los otros dos poderes los usan de manera activa y concreta. Cuando estos poderes no ejercen su autoridad constitucional para detener al ejecutivo, la concurrencia de Jackson en *Youngstown* se vuelve, como mínimo, inútil, y en el peor de los casos se usa para legitimar el poder expansivo—e inconstitucional— de la presidencia.[182]

Edelson[183] toma este *test* de la concurrencia de Jackson y lo analiza a la luz del concepto de seguridad nacional durante las administraciones presidenciales de George W. Bush y Barack Obama. En particular, él determina que no se aplicó rigurosamente durante sus administraciones, llevando a un poder cada vez más expansivo para el ejecutivo, incluyendo en el uso de la fuerza armada por Obama en contra del Estado Islámico. Sin embargo, se proponen mecanismos con los cuales se podrían retomar los límites de *Youngstown* y encapsular de nueva cuenta el poder presidencial. En pocas palabras, Edelson propone que, cuando un acto del ejecutivo es evidentemente falso o incorrecto, el mismo debe ser rechazado por el Congreso, e incluso cuando este último autorice la acción presidencial, el sistema de pesos y contrapesos derivados de la división de poderes deberían aplicar.

Primero, se analiza un caso previo a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en donde las cortes determinaron que el ejecutivo actuó en base a una autorización legislativa implícita. Este es el conocido caso de *Dames & Moore v. Regan*[184], relativo a los actos de la administración presidencial de Jimmy Carter relativos a la crisis de los rehenes de Irán. Posteriormente, Edelson

[182] *Ibid*., p.p. 817-818.
[183] *Ibid.*
[184] *Dames & Moore v Regan* [1981] 453 U.S. 654 (US).

detalladamente estudia cuatro situaciones concretas—todas relacionadas al uso de la fuerza armada o a la detención de personas como consecuencia del uso de la fuerza armada—en donde las cortes determinaron que había autorización legislativa del acto ejecutivo a pesar de que realmente no existía esa autorización.[185] En el caso de *Dames & Moore*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que Carter podía, a través de órdenes y acuerdos ejecutivos, resolver el desacuerdo con Irán, dado que el acuerdo entre ambos países dictaba, entre otras cláusulas, que los particulares no podían resolver sus disputas con Irán en las cortes estadounidenses, por lo que debían acudir a un tribunal especial establecido por el acuerdo bilateral[186]

La Suprema Corte aplicó el *test* de la concurrencia de Jackson en *Youngstown* a los hechos de *Dames & Moore* y determinó que la *in*actividad legislativa podía considerarse una autorización implícita del acto del ejecutivo; aplicando lo anterior particularmente en las áreas de relaciones exteriores y seguridad nacional, competencias que posee primordialmente la presidencia a nivel constitucional. Así, en este caso, la Corte reconoció el hecho de que, en varias situaciones similares, el presidente había resuelto controversias con otros países a través de actos ejecutivos sin que el Congreso se lo prohibiera.[187] En resumen, la Corte determinó que, si el Congreso no se opone a la acción presidencial, las cortes tampoco deberían de limitar al ejecutivo. Esto recarga la responsabilidad de limitar al mismo sobre los hombros del poder legislativo ya que, sin legislación contraria al actuar presidencial en temas de seguridad nacional, las cortes consideran que existe una aprobación implícita del acto por parte del Congreso. Sin embargo, en el caso de *Dames & Moore,* la Corte por lo menos desarrolla una teoría razonable de por qué los poderes de la presidencia son más amplios en el ámbito de seguridad nacional y en particular en situaciones como la que se presentó en el caso. Los precedentes de la era post-9/11 van más allá, desmantelando aún más el límite que la concurrencia de Jackson en *Youngstown* buscaba imponerle al ejecutivo.

[185] No cabe duda de que estas situaciones caen completamente dentro tanto de la definición amplia de seguridad nacional ya discutida, sino también dentro de varias definiciones más angostas del mismo. Sin embargo, el hecho de que constituyan parte de la seguridad nacional no le debería otorgar al ejecutivo mayor discreción de actuar fuera del marco constitucional.
[186] *Dames & Moore v Regan* [1981] 453 U.S. 654 (US), p.p. 665-666.
[187] *Dames & Moore v Regan* [1981] 453 U.S. 654 (US), p.p. 678-679; Edelson, n 170, p. 819-820.

3.3.2. El test de *Youngstown* post-9/11 en temas de seguridad nacional

Los precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos en la era posterior a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en esta materia son varios. En *Hamdi v. Rumsfeld*[188], por ejemplo, la Corte concluyó que la Autorización para el Uso de la Fuerza Armada (AUMF, por sus siglas en inglés) del 2001, le autorizaba al ejecutivo la detención de una persona estadounidense como combatiente enemigo. La Corte consideró que la AUMF autorizaba implícitamente ese tipo de detenciones a pesar de que la ley nunca se refiere al concepto de detención ni usa la palabra. Además, como lo expresó el ministro David Souter en su voto particular en disenso, ante la existencia de la *Non-Detention Act* de 1971 la cual expresamente le prohíbe al ejecutivo detener a un estadounidense sin autorización explícita del Congreso, no había manera de concluir que el Congreso autorizó la detención de estadounidenses en estas circunstancias considerando que había una ley que expresamente lo prohibía. Sin embargo, cinco de los nueve ministros determinaron lo contrario, aunque solo uno estaba dispuesto a reconocerle poderes inherentes a la presidencia en temas de seguridad nacional.[189] Aunque *Hamdi* es el primer caso de la era post-9/11 que toca esta temática, la situación más puntual para este estudio es el relacionado a la colección masiva de metadatos por parte del gobierno estadounidense en las administraciones de George W. Bush y Barack Obama.[190] Este constituye, además, una situación en donde, a pesar de la inactividad inicial de las cortes, el legislativo demostró que podía ejercer su autoridad y limitar al ejecutivo.[191]

Poco después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, George W. Bush estableció un programa secreto conocido como el *President's Surveillance Program* (PSP), a través del cual la presidencia le autorizó a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA por sus siglas en inglés) para recolectar metadata asociada a llamadas telefónicas domésticas y comunicaciones efectuadas a través de Internet.[192] Cabe destacar que estas prácticas abrieron la etapa de la seguridad nacional en el marco de la soberanía digital que trasciende los

[188] [2004] 542 U.S. 507 (US).
[189] Edelson, n 178, p.p. 820-821.
[190] Cabe resaltar que los metadatos no revelan el contenido de las comunicaciones (lo que se dijo en llamadas, mensajes de texto, etc.), pero sí incluyen "information about the date and time of a communication, how long it lasted, and what phone numbers or email addresses were used", *Ibid*, p. 822.
[191] *Ibid.*
[192] *Ibid.*

parámetros tradicionalmente establecidos y que se han presentado en líneas precedentes.[193] En "defensa" de esta soberanía, entre 2001 y 2004, la NSA recolectó esos datos sin supervisión de la *Foreign Intelligence Surveilance Court* (FISC), un tribunal especial establecido por la *Foreign Intelligence Surveilance Act* (FISA) y compuesto por jueces federales que autoriza la recolección de datos. A pesar de que a partir del 2004 Bush buscó autorización de la FISC, esta instancia no lo limitó, al contrario, la FISC le aprobaría a él y a Barack Obama extensa autorización para recolectar la información de todas las personas en Estados Unidos sobre una supuesta autorización encontrada en la ahora infame *USA PATRIOT Act* de 2001.[194]

Del 2004 al 2013, la FISC continuó aprobando tal recolección masiva de metadatos; sin embargo, en el 2013, el PSP salió a la luz, y la reacción pública estuvo fuertemente en contra. Desde la academia, varios expertos jurídicos criticaron la interpretación que le dio la FISC a la *USA PATRIOT Act*, en particular el enfoque fue sobre de la palabra "*relevant*" utilizada en la ley. El argumento fue que, al aprobar la recolección de todos los metadatos, la FISC estaba dejando esa palabra sin utilidad, algo que no concuerda con los principios de interpretación jurídica ni con los de la autodeterminación informativa que emergió años antes en Alemania a partir de la decisión 209/1983 del 15 de diciembre de 1983, ante lo cual, varios miembros del Congreso públicamente declararon que la intención de legislativo no había sido la recolección masiva de metadatos contra los principios de calidad y proporcionalidad.[195]

Ante esta situación, tanto los tribunales federales como el Congreso cumplieron su rol. El Segundo Circuito, en el marco del caso *ACLU v. Clapper*[196] dictó que, contrario a lo que había determinado la FISC, no había autorización legislativa en el *USA PATRIOT Act* para tal recolección masiva de datos, por lo que se requería una conversación pública sobre del tema para que el Congreso pudiera, si así lo deseaba, aprobar de manera directa el programa. Independientemente de las restricciones constitucionales aplicables al ejecutivo. El Congreso rápidamente aprobó una ley, la *USA Freedom Act* de 2015, en la cual *prohibió* esta recolección masiva de metadatos, cerrándole la puerta al ejecutivo.[197]

---

[193] Para más sobre el concepto de soberanía digital, ver A.K. Woods, "Litigating data sovereignty" (2018) 128 *The Yale Law Journal* 329-406.
[194] Edelson, n 178, p.p. 822.
[195] *Ibid.* p. 823.
[196] [2015] 785 F.3d 787 (US).
[197] Edelson, n 178, p. 825.

La respuesta del Congreso de Estados Unidos y del Segundo Circuito al acto probablemente inconstitucional del ejecutivo demuestra que los poderes legislativo y judicial pueden de manera efectiva limitar los excesos de la presidencia. También queda claro que el ejecutivo buscará expandir su autoridad a costa de los otros poderes, y que estos tienen que activamente buscar los argumentos jurídicos que le constriñan. A pesar de esta victoria para la separación de poderes, otros casos recientes en Estados Unidos demuestran que a menos de que el Congreso actúe proactivamente, las cortes federales no intervendrán para limitar al ejecutivo.[198] Esto es, en gran medida, por la amplia definición de lo que constituye seguridad nacional y la visión de que el ejecutivo tiene el poder más extenso en ese ámbito.

3.4. Seguridad nacional en el contexto mexicano

En la estructura constitucional mexicana, el concepto de seguridad nacional se sumó a los de seguridad interior y seguridad exterior de manera tardía. En el derecho comparado, también su génesis, adopción y evolución tiene lugar principal y prácticamente durante el Siglo XXI[199], de modo preponderante en los Estados Unidos con motivo de la guerra contra el terrorismo internacional y la creciente relación de éste con el crimen organizado, de manera tal que las opciones para su defensa implicaban invariablemente riesgos inciertos, resultando que la única pregunta por responder era precisamente bajo qué circunstancia cualquier nación podía correrlos y asumirlos eventualmente:[200]

---

[198] *Ibid.,* p.p. 824-830.

[199] Esto es comprensible en la medida en que por *defensa nacional* se entendió -de modo tradicional- la protección del Estado frente a amenazas o atentados exteriores o externos, lo que fue modificado paulatinamente hacia un término ampliado para hacer frente de forma omnicomprensiva a la delincuencia organizada trasnacional y, destacadamente, al terrorismo internacional. Por ejemplo, el término era usualmente definido como *"[u]n concepto genérico que se refiere a los establecimientos militares y navales y las actividades relacionadas de preparación nacional e incluye todos los asuntos relacionados directa y razonablemente con la defensa de la nación contra sus enemigos"* (*BLACK´S LAW DICTIONARY*, 1990); pero a la postre pasó a comprender la *"noción de defender aquellos valores e ideales que distinguen a [una] nación"* (*id.*), e incluso, *"todas las medidas tomadas por una nación para protegerse contra sus enemigos"*. Ver B.A. Garner, *Black's Law Dictionary*. (1999, Minnesota: West Publishing Co.); Black, n 104.

[200] National Defense Panel, "Transforming Defense: National Security in the 21st Century" (1997). Disponible en https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/transforming-defense-national-security-21st-century, *Office of Justice Programs* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

La era actual… ofrece una gran paradoja. Por un lado, estamos en un interludio relativamente seguro... Por otro lado, no estamos seguros de la naturaleza y forma de los riesgos emergentes. Sin embargo, una certeza es clara: el mayor peligro radica en la falta de voluntad o la incapacidad de cambiar nuestra postura de seguridad a tiempo para enfrentar los desafíos del próximo siglo.

Como se precisó, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, definió ese concepto en la legislación mexicana. Una iniciativa de ley, de la triada de la que surgió la norma definitiva, además de definirla como el *"medio para alcanzar los fines últimos del Estado que buscan el bienestar general de la sociedad y en ella concurren la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación"*[201], adujo la razón para elaborar ese concepto legal en una norma de carácter esencialmente administrativa[202]:

Es necesario reconocer que algunos… conceptos de reserva pueden prestarse a una interpretación amplia. Tal es el caso… de los conceptos de seguridad nacional… es pertinente

[201] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (4 de diciembre de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[202] La primera iniciativa de ley presentada incluyó restricciones únicas y exclusivas al derecho de acceso a la información, por la afectación a intereses públicos, e, incluso, a intereses o derechos privados, ambos de naturaleza preponderante. Esto incluía información clasificada como reservada mediante decreto del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA por razón de *seguridad nacional*, lo que distinguió de "defensa" y de "política exterior"; es decir, la *seguridad nacional* consistía para el legislador en un concepto distinto al de defensa y al de política exterior. No obstante, delimitó también el espectro de la seguridad nacional a estos elementos: a) Planes y operaciones militares o sistemas armamentísticos; b) Información confidencial de gobiernos extranjeros o relaciones exteriores confidenciales; c) Actividades de inteligencia vinculadas a la defensa nacional y la política exterior; d) Cuestiones científicas, tecnológicas o económicas relacionadas con la seguridad nacional; e) Programas relativos a la seguridad de materiales nucleares o establecimientos que trabajan con estos materiales; y, f) Vulnerabilidad o capacidad de los sistemas, instalaciones, proyectos o planes relacionados con la seguridad nacional. Como es evidente, *su noción de seguridad nacional estaba más cercana a la defensa exterior que a la seguridad interior*. Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (11 de junio de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

advertir que… no existe ninguna definición universalmente aceptada, lo que existen son criterios generales en el… Derecho Internacional y… Derecho Constitucional, sobre los cuales se lleva a cabo cualquier interpretación, especialmente la que realiza el órgano encargado de aplicar la Ley… su interpretación deberá considerarse (sic) la legislación vigente en la materia, que permite darles un contenido determinado. Sin embargo, para dar mayor seguridad jurídica a los particulares y orientar la interpretación el concepto de seguridad nacional se incluyó una definición que incorpora los criterios generalmente aceptados en la materia.

Así, desde su inserción, había la conciencia de *"no dejar a la libre interpretación de la burocracia… temas que por su naturaleza pued[ieran] ser restringidos sin justificación alguna, como [lo era] el caso de la seguridad nacional"*, de manera que su definición tenía como propósito *"no limitar arbitraria y discrecionalmente el derecho de acceso a la información, pues [era] muy común… el argumento de que toda información [era] de seguridad nacional"*, de manera que *"poco o nada se [sabría] de la autoridad en el cumplimiento de sus funciones"*[203].

Aprobada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, estableció -en consecuencia-, que bien podía clasificarse como información reservada, la que por su difusión pudiera comprometer a la seguridad nacional, en el entendido que aún en ese momento no existía ese precepto en ninguna parte de la normatividad constitucional. Esto tuvo lugar, hasta la reforma constitucional de 5 de abril de 2004, que otorgó facultad al Congreso de la Unión para legislar en esa materia, así como su ejercicio al Ejecutivo Federal.

---

[203] Esta última iniciativa, también definía a la seguridad nacional: *"Conjunto de ámbitos y principios políticos que se orientan hacia la preservación de la integridad territorial, la autodeterminación, la paz y la capacidad de relación y representación internacional del Estado-nación mexicano; así como a garantizar la protección y seguridad física de los nacionales y la gobernabilidad democrática y social del país"*. La delimitaba a estas esferas: a) Información del ámbito de la seguridad nacional cuya divulgación ponga en riesgo la seguridad del estado, la vida de personas, o el desarrollo de investigaciones reservadas; b) Información relacionada con la defensa de la nación y la cooperación internacional en cuestiones de seguridad y las actividades de inteligencia de los órganos del Estado; c) Información relacionada con la política exterior, cuando su divulgación ponga en peligro las relaciones internacionales del país; d) Información científica que involucre cuestiones de seguridad nacional; e) Información de estudios y proyectos cuya divulgación pueda causar daños al interés de la nación o suponga un riesgo para su realización; y, f) Información relacionada con secretos, planos y operaciones militares cuya divulgación suponga un riesgo para la seguridad nacional. Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (6 de diciembre de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

Esa decisión del Poder Constituyente Permanente tuvo lugar puesto que, para ese momento, ya se había identificado al concepto de seguridad nacional no solo con la seguridad, defensa y soberanía del Estado mexicano, sino con mantener la estabilidad de instituciones de su sistema político, económico y social. Es decir, ya se había apartado de *"concepciones tradicionales que la anclaban a los aspectos militares, para incorporar[se] a un horizonte más amplio dentro de la vida de un Estado"*[204], aunque imperaban al tiempo, aún concepciones equívocas, parciales y erróneas sobre su naturaleza:

> *En México la ausencia de un concepto definido y de un adecuado y suficiente marco normativo en la materia, abre la posibilidad de que se presente un alto grado de discrecionalidad en la estrategia de la defensa de la Seguridad Nacional y en la toma de las decisiones derivada de esta situación, las que de no cuidarse, podrían incurrir en violaciones flagrantes a las garantías individuales y a los derechos humanos*[205].

En la reforma constitucional de 1 de junio de 2009, por la que se vinculó el derecho humano a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de estos, así como a manifestar su oposición, con el concepto de seguridad nacional como excepción a su tratamiento, se razonó que ello era también procedente *"toda vez que [era] indispensable mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano"*[206], por esta motivación:

---

[204] Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (8 de noviembre de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[205] En diversa iniciativa de esa misma reforma, se reconoció directamente la influencia que tuvo la legislación sobre el acceso a la información: *"[L]a reciente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental se define la seguridad nacional, como: 'Las acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional'. De modo que, en la actualidad, la seguridad nacional está vinculada a un gran número de temas que escapan a su concepción tradicional".* Ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (25 de abril de 2001)". Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=EI+gQjK83C7L/d/8KCB3tZtIjA0olo1k5kA5s0Az0/3mRsTKKxvwltTA+JdhcERhRMt8zhqTkHuyE1MiNvj8vg==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[206] Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Senadores (4 de diciembre de 2008)". Disponible en

Estas comisiones unidas la consideran adecuada, ya que la protección de datos personales puede estar sujeta a excepciones bajo ciertos supuestos y condiciones, esto es sólo en los casos en los que por su trascendencia este derecho se encuentre en contraposición con otros derechos y amerite una ponderación de la autoridad teniendo presente el bien común, como es el caso de la seguridad nacional…. Puesto que la categoría de un derecho fundamental no puede ser un derecho superior a cualesquier otro o bien a intereses sociales o públicos.[207]

Tiempo después, en el llamado proceso normativo de consulta popular, que lo incorporó como derecho ciudadano con la reforma constitucional de 9 de agosto de 2012, el que ya contenía per se distintas exigencias de calificación de procedencia, estableció que en ningún caso podrá ser su objeto la seguridad nacional -sin mayor información sobre su extensión o naturaleza-; con la estimación adicional que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de forma previa a la convocatoria que al efecto realice cada caso el Congreso de la Unión, es el órgano que deberá resolver sobre la constitucionalidad de la materia consultada, relacionada con esa excepción.

Esta situación reiteró el ánimo del Poder Constituyente Permanente, de que la población no sólo no se informe, sino que incluso no decida como el único soberano, sobre políticas, acciones o decisiones de gobierno que el propio órgano ejecutivo federal estime, bajo su arbitrio, como de seguridad nacional, con lo que de nuevo convierte a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la entidad con la verdadera capacidad de funcionar como contrapeso real al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Durante dicho proceso legislativo hubo, sin lugar a duda, conciencia que esa nueva restricción en materia de consulta popular efectivamente constituía una nueva limitación, restricción o reserva real a la democracia ciudadana:

---

https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[207] *Ibid.*

En el diseño de nuevas instituciones... Los que comprometan la soberanía nacional, tengan que ver con… la seguridad nacional y pública… deben ser aprobados con el… procedimiento de reforma constitucional… más la aprobación ciudadana vía referéndum. Debemos impedir que las elites nacionales… determinen el alcance de nuestra soberanía. Son los ciudadanos los que deben definirla.[208] *En el dictamen se excluye la seguridad nacional… Queremos una consulta popular que sea accesible a los ciudadanos, que solamente a ellos le corresponda ejercerla y que no haya materias excluidas...*[209]

En este sentido, la Ley de Seguridad Nacional de 31 de enero de 2005, había desarrollado precisamente la regulación mediante la cual es el Ejecutivo Federal el poder constituido que cuenta con la atribución para determinar en cada caso -con base inicial en esa norma general- la naturaleza, contenido y alcances de todo aquello que sea seguridad nacional, lo que entiende como el conjunto de *"acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano"*[210]. Su iniciativa destacó que la

[208] Poder Judicial de la Federación, "Dictamen de la Cámara de Diputados (25 de octubre de 2011)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[209] Poder Judicial de la Federación, "Discusión de dictamen (25 de octubre a 4 de noviembre de 2011)". Disponible en https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/086%20-%2006%20DIC%201977.pdf, *Constitución 1917-2017.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[210] Conservando actualmente la redacción de su texto originalmente aprobado por el CONGRESO DE LA UNIÓN, la legislación vigente establece que esas acciones deben buscar: a) La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente México; b) La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; c) El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; d) El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación; e) La defensa legítima del Estado mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional; y, f) La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes (*v.* artículo 3). Estas vertientes, además, las amplía de facto, al desarrollar -a su vez- el contenido del concepto de *amenaza a la seguridad nacional*, a saber: i. Actos tendentes a consumar espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de México dentro del territorio nacional; ii. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado mexicano; iii. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada; iv. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación; v. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada; vi. Actos en contra de la seguridad de la aviación; vii. Actos que atenten en contra del personal diplomático; viii. Todo acto tendente a consumar el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva; xi. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima; x. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas; xi. Actos tendentes para obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia; xii. Actos tendentes para destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos; y, xiii. Actos ilícitos en contra del fisco federal para los que procede la prisión preventiva oficiosa (*v.* artículo 5).

reserva de la información sobre seguridad nacional tuvo estos objetivos principales: a) En favor de las ciudadanas y ciudadanos, y su privacidad, encaminada a que no se divulgara información que pudiera atentar contra su integridad y hora; y, b) Contra la difusión ilegítima o filtración de información clasificada como reservada *per se*.[211]

Con independencia que corresponde al Presidente de la República determinar la política en seguridad nacional, dicha ley federal establece el principio esencial que -técnicamente- es cada instancia obligada, la responsable de manera natural, de contar con la obligación directa de administrar, proteger, clasificar, desclasificar y permitir el acceso de la información pública que genera o custodia; todo ello de conformidad con esa misma norma de seguridad nacional y con la legislación sobre acceso a la información pública (v. artículo 50).

Sin perjuicio de satisfacer los criterios fijados en la legislación general aplicable, esa norma federal extiende el contenido de la información reservada por seguridad nacional, a supuestos diversos a los de su propia definición legal: a) Aquella cuya aplicación también implica revelar normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo útiles a la generación de inteligencia para la seguridad nacional, sin importar su naturaleza u origen de los documentos que la consignen; y, b) Aquella cuya revelación, de igual forma, pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza (*v.* artículo 51)[212].

En ese contexto, la vigente Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, como norma especial que describe las bases constitucionales y las atribuciones competenciales-en la materia para los diversos ámbitos de gobierno, fija el principio general de que *"[t]oda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona"* (artículo 4). Al respecto, indica que la información pública sólo puede *"ser clasificada excepcionalmente como reservada temporalmente por razones de… seguridad nacional, en los términos dispuestos por [esa] [l]ey"*.

---

[211] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (30 de octubre de 2003)". Disponible en http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=UDIqVMWJ1v0wz4F/dBoDhums8AJ3dnrDA3pHCWoen2iSvjsGMqInHr4fXWer1IfUj9abn3Gtso8vehWYQZCKGA==, *SCJN.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

[212] La LEY DE SEGURIDAD NACIONAL, define a la *inteligencia para la seguridad nacional* como *"el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información, para la toma de decisiones en materia de Seguridad Nacional"* (artículo 29); y, como *contrainteligencia* -lo que a su vez constituye una amenaza a ese bien jurídico protegido- a *"las medidas de protección de las instancias en contra de actos lesivos, así como las acciones orientadas a disuadir o contrarrestar su comisión"* (artículo 32).

No obstante, como *excepción a esa excepción*, de la misma forma debe interpretarse esa legislación general, en el sentido de que toda posible reserva temporal de información pública, se encuentra limitada a su vez por este interés superior. Así como se puede apreciar en el artículo 5, no podrá clasificarse como reservada aquella información que esté relacionada con *violaciones graves a derechos humanos* o *delitos de lesa humanidad*, de conformidad con el derecho nacional o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte[213].

Bajo esas consideraciones y en esa tesitura, la reserva de información mediante el sistema reglado de clasificación con motivo de la seguridad nacional se encuentra perfectamente regulado mediante un sistema *case by case basis*:

- El sujeto obligado, por área responsable de información y tema, debe indexar expedientes clasificados de modo semestral, en formato abierto, precisando si es reserva total o parcial, con plazo definido -fecha de inicio y finalización-, precisando justificación, partes afectadas y si es prórroga (*v.* artículos 102 y 103 LGTAIP);

- Todo documento clasificado parcial o totalmente debe llevar la leyenda con ese carácter, así como fecha de clasificación, fundamento legal y periodo de reserva (*v.* artículo 107); sin perjuicio de que el índice resultante *"no puede ser considerado a su vez como información reservada"* (artículo 103 LGTAIP);

- La reserva de información pública y su ampliación deben señalar invariable y puntualmente, las "*razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento"* (*Ibid.*); y,

- El sujeto obligado debe aplicar la *prueba de daño* (*Ibid.*); de modo que clasificar información reservada es siempre *caso por caso*, por lo que no debe *haber*

[213] Esa fue justo la interpretación en el proceso legislativo: *"[S]e precisa que el derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir y recabar información; y señala que toda la información generada, obtenida, adquirida, o transformada, en posesión de los sujetos obligados, será pública y accesible a cualquier persona y sólo podrá ser clasificada como reservada por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos de esta Ley; salvo aquella información que esté relacionada con violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, en cuyos supuestos en el cuerpo normativo se determinan los medios y mecanismos para su apertura"*. Ver Cámara de Diputados, "Dictamen de la Cámara de Senadores (28 de marzo de 2015)". Disponible en https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/246_DOF_04may15.pdf, *Cámara de Diputados.* (Consultado el 2 de octubre de 2022).

"acuerdos de carácter general ni particular que clasifiquen [d]ocumentos o información como reservada" (artículo 108); y, en *"ningún caso se [pueden] clasificar [d]ocumentos antes de que se genere la información"* (*Ibid.*).

- En términos del artículo 109 de la LGTAIP, dichos requerimientos se encuentran perfectamente definidos en *los lineamientos generales que emita el Sistema Nacional en materia de clasificación de la información reservada y confidencial y, para la elaboración de versiones públicas,* mismos que son de observancia obligatoria para los sujetos obligados desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 15 de abril de 2016.

El Centro de Investigación y Seguridad Nacional, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía, técnica, operativa y de gasto, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley de Seguridad Nacional, es en este supuesto la instancia responsable de *"procesar la información que gener[a]n sus operaciones, determinar su tendencia, valor, significado e interpretación específica y formular las conclusiones que se deriven de las evaluaciones correspondientes, con el propósito de salvaguardar la seguridad del país",* por lo que no está sujeto al esquema de comité de trasparencia que debe tener todo sujeto obligado, por lo que sus funciones son *responsabilidad exclusiva* de su titular, incluyendo la posible facultad de confirmar, modificar o revocar toda decisión que niegue el acceso a la información pública, al actualizarse un supuesto de clasificación[214].

Si bien existen supuestos por los que el Consejo de Seguridad Nacional determina el destino final de información parte del Centro de Investigación y Seguridad Nacional[215], a éste le corresponde que la publicación de información no reservada, generada o custodiada por sí mismo, se apegue al principio de información confidencial gubernamental, además de definir las medidas de protección, destrucción, códigos de seguridad en las comunicaciones y lo necesario para el resguardo de la información que se genera con motivo de los sistemas de coordinación en materia de seguridad nacional[216].

---

[214] Ver artículos 43 y 103 Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
[215] Ver artículo 47 de la Ley de Seguridad Nacional.
[216] Todo servidor público que labora en una instancia de ese consejo o centro, así como cualquier persona que se le conceda acceso a la información relacionada con la seguridad nacional, debe otorgar por escrito la *promesa de confidencialidad* que observará en todo tiempo, aún después de que haya cesado en el

Puesto que la *"clasificación, desclasificación y acceso a la información que generen o custodien las instancias de… investigación debe[n] apegarse"* a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en particular *"a los protocolos de seguridad y resguardo establecidos"* (artículo 43 *in fine*), es importante destacar que al aplicar la *prueba de daño*, el sujeto obligado debe justificar de manera invariable que de acuerdo al artículo 104: a) La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a la seguridad nacional; b) El riesgo de perjuicio que supone la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y, c) La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio. En otras palabras, y apegándonos al contenido del artículo 105, el sujeto obligado debe aplicar de manera restrictiva y limitada la excepción al derecho de acceso a la información pública, por lo que en todo momento debe *"acreditar su procedencia"*, de forma que la *"carga de la prueba para justificar toda negativa de acceso a la información, por actualizarse cualquiera de los supuestos de reserva previstos"*, corresponde justamente al propio sujeto obligado.

En caso de que un solicitante interponga *recurso de revisión* ante el INAI como organismo garante, por clasificar información pública como reservada temporalmente, por ser de seguridad nacional, esa instancia deberá aplicar al resolverlo una *nueva prueba*, ahora denominada de *interés público* cuando *"exista colisión de derechos"* con base en: a) Idoneidad: legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido; b) Necesidad: falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público; y, c) Proporcionalidad: equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.[217]

Para resolver ese recurso, las y los comisionados del INAI podrán tener acceso a la información clasificada para determinar su naturaleza, siempre con apego a la normatividad establecida al mismo sujeto obligado para su resguardo y salvaguarda; esto, en el entendido que

---

cargo en razón del cual se les otorgó el acceso; de igual manera, a toda persona que por algún motivo haya participado o tuviera conocimiento de productos, fuentes, métodos, medidas u operaciones de inteligencia, registros o información derivados de las acciones de seguridad nacional, está obligada a *abstenerse de difundirlo por cualquier medio* y *adoptar las medidas necesarias para evitar que lleguen a tener publicidad.* Ver artículos 53 y 54 de la Ley de Seguridad Nacional.

[217] Ver artículos 142, 143 fracción III y 149 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

la información reservada o confidencial que sea consultada por resultar indispensable para decidir el asunto, deberá ser mantenida con ese carácter y no deberá estar disponible en el expediente respectivo, salvo que sobrevenga desclasificación o se trate de violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, según los derechos constitucional o convencional, supuestos estos que ya se advirtieron con antelación.[218]

Como se puede colegir de los artículos 152, 154 y 157 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la resolución del INAI es vinculatoria, definitiva e inatacable para el sujeto obligado, y puede ser en el sentido de ordenarle que la información que debe proporcionar sea considerada como *obligación de transparencia*; y si se incurrió en probable responsabilidad por incumplir la legislación, deberá hacerlo de conocimiento de la instancia competente para iniciar, en su caso, el procedimiento de responsabilidad administrativa que corresponda, o incluso, presentar denuncia penal por la posible comisión de delito.

Empero, en cualquier supuesto de posible discrepancia o diferendo con el proceder o estimación del Ejecutivo Federal, el Consejero Jurídico del Gobierno Federal podrá interponer -a su vez- recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en concreto cuando la decisión del INAI pueda poner "en peligro" la seguridad nacional.[219] Se trata del llamado *recurso de revisión en materia de seguridad nacional*. En éste se debe señalar la resolución que se impugna, los fundamentos y motivos por los cuales considera que se pone en peligro la seguridad nacional, así como los elementos de prueba necesarios.

Los ministros también tendrán acceso a la información clasificada a fin de determinar su naturaleza, con apego asimismo a la legislación para su resguardo o salvaguarda por el sujeto obligado, manteniéndose como reservada o confidencial sin quedar disponible en el expediente de mérito. Amén de suspender la ejecución de la resolución, el máximo tribunal deberá resolver con plenitud de jurisdicción, y, en ningún caso, deberá proceder el reenvío. Si confirma el sentido de la resolución recurrida, el sujeto obligado deberá dar cumplimiento y entregar la información y en el supuesto que se revoque, el INAI deberá actuar como ordene ese tribunal.[220]

Al emitir la ley general, existió no obstante un conjunto de reservas sobre este *intrincado* sistema *de excepciones* al quedar integrado por: i. La existencia de leyes paralelas a la nueva

[218] Ver artículos 147 y 148 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
[219] Ver artículos 157, 189 y 190 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
[220] Ver artículos, 189, 191, 192 y 193 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

ley general, con relación al tratamiento de la transparencia de información reservada en materia de seguridad nacional, bajo el argumento de especialidad normativa[221]; ii. El establecimiento de un recurso de revisión de carácter singular en la materia ante el máximo tribunal, que da intervención directa al Ejecutivo Federal[222]; y, iii. La contrarreforma que, con tal laxitud, arbitrio y complejidad, se podría ocasionar en los hechos, al cumplimiento efectivo del derecho de acceso a la información pública:[223]

> *¿[C]uál sería una restricción válida en términos de seguridad nacional?... los Principios de Lima establece[n] que las restricciones al derecho de acceso a la información por motivos de seguridad nacional, sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia, que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de proteger seguridad nacional, no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad… Entonces, ¿por qué reconocer las reservas existentes en otros marcos normativos a la Ley General…?*

Finalmente, debe indicarse que sin mayor trascendencia, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 9 de mayo de 2016, básicamente reproduce elementos de la regulación de fondo, material o sustantiva de la consabida ley general, como lo es que la *"clasificación de información reservada se realizará conforme a un análisis caso por caso,*

---

[221] Con relación a esta primer problemática, se estimó: *"Debido a que se trata de un asunto trascendental… [se analizó y estudió] acerca de la prevalencia legislativa que esta ley general tiene, o no, sobre las demás leyes federales; sin embargo… si bien, las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, la regulación puntal de cada materia específica corresponde a las leyes especiales; y es precisamente en estos ordenamientos legales, en donde se deben prever particularidades sobre la publicidad de la información… aún determinando causales de reserva en las leyes especiales diversas a esta ley general o a la ley federal, todos los sujetos obligados habrán de dar cumplimiento con todos los principios y procedimientos establecidos por esta ley general, así como con los recursos y criterios de la misma".* Ver Cámara de Diputados n 134.

[222] En atención al particular se expresó: *"La posibilidad prevista… para que el Consejero Jurídico del gobierno federal interponga el recurso de revisión en materia de seguridad nacional, concede al Ejecutivo un instrumento muy poderoso para anular los efectos de la ley en asuntos de transcendencia… La transparencia y el acceso a la información serán tal vez posibles en asuntos de poca envergadura, pero los fundamentales para el destino de la nación, simplemente lo dudamos…. La ambigüedad e indefinición de la norma permitirá que las autoridades sigan, como hasta este momento, escamoteando la transparencia en esta materia"*. Ver *Ibid.*

[223] *Ibid.*

mediante la aplicación de la prueba de daño";[224] o que como información reservada, podrá clasificarse aquella cuya publicación comprometa la seguridad nacional, si bien precisa algunos supuestos y condiciones relevantes de obligado cumplimiento, así como requisitos de procedencia que deben observar los sujetos obligados.

4. Autodeterminación informativa de la persona

La protección de la persona, su identidad y su privacidad no son algo novedoso para el Derecho, a pesar de lo que se pudiese pensar en el marco de nuestro contexto hiperconectado y digitalizado. En la antigua Grecia se temía la filtración hacia el exterior del domicilio del titular de información de carácter personal considerada privada obtenida por los esclavos, por lo que se creó un marco de responsabilidades para hacer frente a este riesgo,[225] o incluso la legislación propuesta para ser implementada en Escocia el 28 de junio de 1746 que respondía al último levantamiento de los *jacobites* al mando de Bonnie Prince Charlie, donde uno podía apreciar el argumento a favor de prohibir elementos que configuraban la propia identidad como son el uso de los tartanes distintivos e incluso el nombre de un clan.[226]

La concepción de la autodeterminación informativa de la persona se encuentra relacionada con la individualidad del ideal liberal que emergió del siglo XVII. Los argumentos esgrimidos en casos como el del *shipmoney*, se centraban en la percepción de que la persona es un elemento constitutivo de un sistema social dinámico donde todo el actuar político, económico, artístico, entre otros traen aparejado una responsabilidad pública.[227] Con ello en mente, podemos empezar afirmando que la vida al interior de nuestros sistemas sociales se constituye no solamente por la condición de los elementos tangibles que definen a la persona humana y que el titular desea proyectar, sino también se deben considerar los extremos más personales de la vida, como se colige del texto de la tesis 1a. CXLIX/2007 en el marco de la vida privada:[228]

---

[224] Ver artículos 97 *in fine* y 105.
[225] I. Arnaoutoglou, "Fear of Slaves in Ancient Greek Legal Texts". En A. Serghidou (ed.) *Fear of Slaves. Fear of Enslavement in the Ancient Mediterranean*. (2007, Besançon: Presses Universitaires de Franche-Comté), 133-144, p. 135.
[226] Ver https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/jacobite-1745/laws-control-scotland/.
[227] S.I. Benn, "Privacy, Freedom, and Respect for Persons". En J.R. Pennock y J.W. Chapman (eds.) *Privacy.* (1971, Nueva York: Atherton Press), p.p. 1-2.
[228] *VIDA PRIVADA E INTIMIDAD. SI BIEN SON DERECHOS DISTINTOS, ÉSTA FORMA PARTE DE AQUÉLLA.* [2007] 1a. CXLIX/2007 SJFG 272 [MX].

La vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar. Así, el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad -como parte de aquélla- lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada.

En este sentido, el Juez Thomas Cooley, en su clasificación general de derechos, identificaba algunos elementos que actualmente constituyen a la autodeterminación informativa de la persona. En primer lugar, describía bajo el apartado de inmunidades personales, que la interpretación del derecho a no ser molestado en su persona no se debía restringir a las tradicionales inmunidades físicas, sino que también debían incluir elementos intangibles; transición que se percibió más de un siglo después en nuestro propio artículo 16 constitucional. Asimismo, bajo el derecho a la reputación, encontramos que el referido jurista presenta los elementos individuales que configuran a la propia identidad.[229] Esta clasificación, en gran medida, obedecía al desarrollo tecnológico que fomentaba, por un lado, la circulación de retratos de particulares en ausencia de su consentimiento, y de la creciente invasión a la privacidad por parte de un nicho de la prensa.[230]

Por supuesto, como se puede apreciar en el vocabulario empleado en uno de los primeros instrumentos diseñados para proteger los datos personales, particularmente en contextos informáticos (Ley número 10 de Protección de Datos Personales frente a la Informática de 1991), el cual se relaciona a sistemas dinámicos informáticos compuestos de inputs, reglas de transición y outputs (por ejemplo, el término tratamiento refleja perfectamente el tránsito de la información a través de dichas arquitecturas), es posible argumentar que cuando hablamos de la protección de datos personales, estamos haciendo referencia a derechos humanos de tercera generación, por lo que es posible acotar tres conceptos de pendiendo de su ámbito territorial de validez:[231]

[229] T.M. Cooley, *The Elements of Torts.* (1895, Chicago: Callaghan and Company), p. 9.
[230] S.D. Warren y L.D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890) 4 *Harvard Law Review* 193-220, p. 195-296.
[231] A.A. Reyes, "Legislación mexicana en materia de protección de datos personales, autorregulación y sellos de confianza." En G.A. Tenorio (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de los particulares.* (2012, Ciudad de México: Editorial Porrúa) 27-50, p. 34-35.

1. Infraestructura y autodeterminación informativa local.
2. Cadenas de tratamiento mundial.
3. Obligaciones y principios universales.

Tal como quedó evidenciado en la década de 1980 a través de preocupaciones y decisiones como la 209/1983 de 15 de diciembre de 1983, emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, es necesario entender estos conceptos en el marco de nuestra realidad tecnológica que está en permanente evolución, atendiendo las necesidades económicas de Big Data, y que depende de extensas cadenas globales de valor en el marco de las cuales podemos y debemos identificar cadenas de tratamiento.

4.1. Sentencia 209/1983, de 15 de diciembre de 1983. El génesis de la autodeterminación informativa de la persona

En el marco de la constitución alemana, los términos "privacidad" o "protección de datos personales" no son empleados de forma explícita; sin embargo, los elementos que configuran a la autodeterminación informativa de la persona se encuentran codificados en normas destinadas a garantizar la individualidad de la ciudadanía, su integridad, así como su autonomía, con la finalidad de preservar una sociedad libre.[232] Como ejemplo de lo anterior, podemos hacer mención al Artículo 5 de la Carta Magna alemana que establece la libertad de opinión, expresión e información, como se presentó en secciones precedentes, en el marco del caso Lüth.

Con relación al caso bajo análisis es importante destacar que su contenido forma parte de lo que se conoce como el derecho general a la personalidad, mismo que fue creado en 1954

[232] J. Eichenhofer y C. Gusy, "Courts, privacy and data protection in Germany: Informational self-determination in the digital environment". En M. Brkan y E. Psychogiopoulou (eds.) *Courts, privacy and data protection in the digital environment* (2017, Cheltenham: Edward Elgar Publishing) 101-119, p. 101.

por la Corte Suprema Federal en Materia Civil y reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental en 1973. Este derecho, fue analizado por ambos tribunales empleando dos derechos pre existentes: 1) el derecho a la personalidad que se encuentra en el Artículo 2 (I) de la constitución alemana, y 2) el derecho a la dignidad humana que se encuentra en el Artículo 1 (I) del mismo documento.[233] Con base en lo aquí asentado, el máximo tribunal constitucional alemán estableció en la Sentencia 253/56 de 16 de enero de 1957 que existe un núcleo privado intocable que deriva del derecho general a la personalidad que iban a interactuar con una esfera pública que podía sufrir interferencias menores generalmente legítima.

De estas esferas de interacción el derecho a la autodeterminación informativa de la persona surge en 1983 en el contexto de la sentencia 209/83 de 15 de diciembre de 1983. Esta decisión deriva, en primer lugar, de la aprobación de la Ley del Censo de 1983, misma que fue aprobada por el *Bundestag* el 4 de marzo de 1982 t publicada el 31 de marzo de 1983. En el marco de la gradual difusión de los derechos a la privacidad y protección de datos que ha quedado evidenciada en líneas precedentes, esta ley provocó una reacción endógena inmediata que derivó en demandas que configuraron eventualmente el derecho bajo análisis.

El elemento exógeno que provocó la demanda que derivaría en la autodeterminación informativa de la persona consistía en el establecimiento de un censo de población y de profesiones bastante exhaustivo que comprendía, en términos de su Artículo 2, el tratamiento de la siguiente información:[234]

1. *Nombre y apellidos, dirección, número de teléfono, sexo, día de nacimiento, estado familiar, pertenencia legal o no pertenencia a una asociación religiosa, nacionalidad.*
2. *Utilización de la vivienda como vivienda única, como vivienda principal o como vivienda secundaria en el sentido del artículo 12, párrafo 2, de la Ley-Marco del Régimen de Empadronamiento.*
3. *Fuente de los medios principales de subsistencia.*
4. *Participación en la vida profesional, calidad de ama de casa, escolar o estudiante.*
5. *Profesión aprendida y duración del ciclo práctico de formación profesional, examen más alto de los aprobados en escuelas de enseñanza general, en escuelas de formación*

[233] *Ibid.*
[234] Sentencia de 15 de diciembre de 1983 [1983] 209/1983 (DEU). Ver https://asobanca.org.ec/wp-content/uploads/2021/06/Sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-JURISPRUDENCIA-CONSTITUCIONAL-EXTRANJERA-IV.pdf.

profesional o en escuelas técnicas superiores, así como orientación profesional principal de las últimas pruebas aprobadas.

6. *En el caso de personas ocupadas en algún trabajo, así como para escolares y estudiantes, nombre y dirección del centro de enseñanza o de trabajo, medio de transporte principalmente utilizado y tiempo invertido en el viaje a ese centro de trabajo o de enseñanza.*
7. *Para personas ocupadas, ramo de actividad de la empresa, situación en la profesión, actividad que ejerce, jornada de trabajo, actividad accesoria de índole agrícola o no agrícola.*
8. *En el ámbito del establecimiento, cualidad de ocupante del mismo o bien pertenencia al personal o círculo de familiares del personal.*

Como se puede colegir de la lectura de este artículo, mismo que se complementa de forma escandalosa con los artículos 3 (estadística sobre edificios) y 4 (censo de centros de trabajo), para configurar un *catasto*[235] moderno, el Estado estaba interfiriendo activamente con los elementos morales y patrimoniales de forma equiparable a las prácticas desarrolladas en el marco del *shipmoney*.

Consecuentemente, el 5 de marzo de 1983, la Dra. Wild y la señorita Stadler-Euler presentaron un recurso de amparo constitucional invocando la violación de los derechos fundamentales previstos en los Artículos 1 (I), 4 (I), 5 (I), 13 y 19 (IV) de la Ley Fundamental, así como una infracción al propio Estado de Derecho. El punto de partida de partida del argumento se centraba en la obligación por parte del Estado de disociar la información tratada en todo censo, tal como había confirmado el propio Tribunal Constitucional Federal en sentencia de 16 de julio de 1969. Lo anterior, proporciona al titular el control de su información y limita los riesgos a los cuales pudiera estar expuesto el titular derivados de tratamientos ajenos a los fines del censo bajo los términos originalmente informados.

Como se puede apreciar en el contenido del Artículo 2 de la Ley del Censo de 1983, los datos no se disocian, al contrario, hacen a cada sujeto perfectamente identificable, e incluso, en los casos en que se disociaban, la cantidad de datos y su refinamiento permitían desarrollar y ejecutar prácticas, que en nuestro contexto denominaríamos de Big Data, que harían prácticamente a cualquier titular identificable frente al Estado y otros terceros. En gran medida,

[235] El 22 de mayo de 1447, Giovanni di Bicci propuso la creación del *catasto* consistente en un censo intrusivo que debía presentar cada jefe de familia florentia respecto a toda su información financiera y patrimonial. Ver. M. Hollingsworth, *The Medici*. (2017, Londres: Zeus), p. 83.

es posible argumentar que las demandantes en este caso ya anticipaban los temores planteados por autores como Caty O'Neil[236] con relación a lo que denominan Armas de Destrucción Matemática.

Otro punto importante para destacar es que en este caso ya atestiguamos el surgimiento de cajas negras algorítmicas y normativas, lo anterior a través del argumento que establecía que la Ley, por su silencio sobre determinadas cuestiones relativas a su implementación podía menoscabar los derechos fundamentales y que:[237]

> *Es un imperativo de Derecho constitucional que el ciudadano sea informado del tratamiento y, en particular, de toda transmisión de sus datos individuales, pues de otro modo no quedaría suficientemente salvaguardado el secreto estadístico por la figura del artículo 203 del Código Penal, que se configura simplemente como perseguible a instancia de parte.*

Asimismo, en el contexto del surgimiento de los principios de tratamiento presentados por primera vez por la OCDE en 1980 - en particular de los principios de proporcionalidad y calidad – se argumentó que el contenido del primer párrafo del Artículo 9 de la ley en comento era inconstitucional ya que establecía que:

> *Los datos del censo previstos en el artículo 2, apartados 1 y 2 podrán ser cotejados con los padrones y utilizados para corregir éstos, si bien los conocimientos conseguidos merced a esos datos no podrán ser utilizados para medidas individuales contra las personas obligadas a suministrar esa información.*

Este párrafo permite al personal administrativo ejecutar una doble función que, por un lado, le permite actuar como agente del Estado y, por el otro, ejercer las propias funciones del titular, vulnerando así el pilar de la individualidad que soporta al Estado de Derecho, particularmente cuando se considera que también se buscaba tratar datos personales sensibles como era la asociación religiosa.

---

[236] C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy.* (2016, Nueva York: Broadway Books), p. 20.
[237] Sentencia de 15 de diciembre de 1983 [1983] 209/1983 (DEU).

Por su parte, cabe destacar, que en el marco del procedimiento, la ley tuvo sus defensores como fueron el Gobierno Federal y los gobiernos municipales de Baden-Württemberg, Baviera, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado y Schleswig-Holstein, quienes argumentaron que la Ley del Censo era compatible con la Ley Fundamental y, consecuentemente, injustificado el recurso de inconstitucionalidad ya que, en primer lugar, sí se había establecido de forma clara la finalidad estadística de dicho ejercicio el cual no vulnera el derecho general a la personalidad ya que, la individualidad defendida en el recurso tiene un estrecho vínculo con el sistema social dinámico al cual pertenece y, por lo tanto, no podía existir un elemento de autodeterminación "omnicomprensiva del individuo sobre la descripción de su persona." En pocas palabras, el Estado tiene las facultades para tener acceso a los datos que configuran la propia identidad de una persona.

De forma análoga al argumento subjetivo de la seguridad nacional apreciado en el caso *Hampden,* se buscó argumentar con base en los Artículos 20 (I.9) y 28 (I.10) de la constitución alemana, que el Estado está obligado a velar por la existencia armónica de la ciudadanía, y que, por lo tanto, en su ponderación, se ajusta al ya referido principio de proporcionalidad. Asimismo, jugando con la otra vertiente del derecho en formación, se esgrimió que el censo en cuestión no atentaba contra la configuración del círculo íntimo descrito en la Sentencia 253/56 de 16 de enero de 1957.

Finalmente, y, paradójicamente, acentuando el argumento de la constitución de la caja negra informacional, los defensores de la Ley argumentaban que "no se deduce de la Ley Fundamental ningún principio absoluto en el sentido de que los datos obtenidos de modo fidedigno para un fin administrativo determinado queden de una vez para siempre vinculados a ese objetivo de utilización y por esa sola razón ya no puedan ponerse al servicio de otras finalidades de empleo." Lo anterior, se argumentaba, daba un margen de maniobra a las entidades administrativas para reaccionar rápidamente a nuevos escenarios, a menudo imprevisibles, algo que, como hemos viste, define a un sistema social dinámico.

Ante estos argumentos, se llegó a la conclusión de que no todos los preceptos de la Ley invocadas eran inconstitucionales. Por ejemplo, se decidió que:

> *Aun cuando se impone a los demandantes por el Artículo 5º, párrafo I de la VZG de 1983 una obligación directa de suministrar información sobre determinados puntos objetivos especificados en las Artículos 2º a 4º de la VZG de 1983, no resulta vulneración alguna de los*

derechos fundamentales de los interesados a que se refieren los artículos 4º, 5º, y 13 de la Ley Fundamental.

Se destacó también que el suministro de datos veraces relativos a la pertenencia a una asociación religiosa o a la inviolabilidad del domicilio, no vulneraban los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Sin embargo, la relevancia para la constitución del derecho a la autodeterminación informativa de la persona lo encontramos en el desarrollo tecnológico, en particular, los riesgos derivados del tratamiento automatizado como se aprecia en la legislación mexicana y europea. Así se presentó que la autodeterminación del individuo, particularmente en el nuevo contexto de automatización, debe conceder al titular la libertad de decidir sobre cómo va a constituir y proyectar su propia individualidad, siendo reconocido, así como un derecho fundamental compatible con el Artículo 2(I) de la Ley Fundamental.

Consecuentemente, se entre los elementos que configuraron la decisión podemos destacar que:

1. El censo materia de la Ley de 1983 cumplía con los requerimientos jurídico-constitucionales necesarios para ser materializado.
2. El objeto del tratamiento no era incompatible con la dignidad humana y se apegaba al principio de proporcionalidad planteado por la OCDE.
3. Los nuevos métodos de tratamiento eran a la vez necesarios y adecuados en el marco del contexto de la década de 1980.
4. Con la finalidad de garantizar el derecho a la autodeterminación informativa se deben tomar precauciones complementarias para limitar los riesgos que pudiesen derivar del nuevo entorno informacional.
5. El titular tiene el derecho a no ser computado con otra familia u otro conjunto de datos si así lo manifiesta, por lo que el contenido del Artículo 9 (1) no satisfacía las exigencias constitucionales.
6. Las características que hagan identificable a la persona deberán ser destruidas una vez que el fin primario informado haya concluido, sin que lo anterior impida la transferencia entre unidades administrativas.

En esta decisión, podemos ver cómo los titulares gradualmente obtuvieron el derecho a configurar su propia identidad frente a sus pares y frente al Estado; sin embargo, como se puede

apreciar en los primeros puntos de la decisión, algunos autores consideran que este derecho es ilusorio como se puede apreciar en la decisión de 27 de febrero de 2008, donde el Tribunal Constitucional Federal determinó que el derecho a la autodeterminación informativa no podía ser invocado frente a intrusiones intangibles como en el caso de hackeo, restringiéndose, en la mayoría de las ocasiones a la protección de los elementos que configuran la esfera más íntima del titular y no tanto el elemento que desea presentar ante terceros.[238]

Ante lo aquí presentado, podemos decir que el concepto de autodeterminación informativa de la persona se centra en la libertad para construir la propia identidad en ausencia de restricciones irrazonables.[239] De esta forma, podemos ver que esta definición establece el vínculo estrecho existente entre privacidad e identidad, la cual se centra en la configuración de la identidad individual, como un elemento dinámico que se mantiene evolucionando con el paso del tiempo. Asimismo, en una democracia constitucional el resultado de las interacciones endógenas entre privacidad e identidad invita al Estado, la sociedad civil y al mercado a desarrollar estándares y guías para determinar que es razonable.[240]

4.2. *Tournier v National Provincial and Union Bank of England* y el surgimiento de principios de tratamiento

En la práctica de los derechos descrito por el Juez Cooley, la industria bancaria ha hecho frente a riesgos y oportunidades relacionadas con el tratamiento de información de sus clientes. Como podemos apreciar en el Artículo 5 de las Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito (Circular Única de Bancos), los bancos son mecanismos de administración de riesgos que dependen de sobremanera del tratamiento de información personal relativa a sus clientes para tomar decisiones. Dicho lo anterior, es posible afirmar que industria financiera fue de las primeras en adoptar sistemas expertos y, actualmente, sistemas de *Machine Learning* para continuar con su labor en entornos de Big Data.

[238] Eichenhofer y Gusy, n 232, p. 104.
[239] M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law.* (2015, Cheltenham: Edward Elgar), p. 80.
[240] Ibid. p. 81.

Con estas prácticas en mente, no es de extrañar que uno de los primeros casos que involucraba el tratamiento de datos personales en posesión de particulares emergiera de la industria referida. Este caso es *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*[241], el cual constituyó la obligación del secreto bancario y que ha servido como base para la protección de datos de carácter financiero y/o patrimonial, como se aprecia en el Artículo 8 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, así como en los amparos en revisión que tienen que ver con la interpretación del secreto fiduciario. El análisis del caso en cuestión inicia con la relación contractual entre el usuario y el banco, en donde, a pesar de que no existía una obligación de confidencialidad expresa, se asumía, de forma consuetudinaria, que el banquero no debía divulgar la información de carácter personal -en particular información de naturaleza financiera y/o patrimonial- sin el consentimiento tácito o expreso del titular. Esta práctica era ampliamente reconocida por la industria como se podía apreciar en publicaciones como la *Bankers' Magazine* que aplaudía que esta práctica no codificada se alineaba con el sentido común.[242]

La necesidad de la codificación del derecho a la protección de los datos personales del titular se hizo evidente a través de la controversia que surgió de las interacciones contractuales entre el Sr. Tournier con el *National Provintial Bank*. Dicho lo anterior, el problema empieza cuando Tournier hizo un sobregiro de aproximadamente 91 libras con cargo a su cuenta por lo que el banco lo presionó para llegar a un acuerdo a través del cual el deudor pagaría al *Provintial* 11 libras a la semana, acuerdo que fue cumplido sólo durante las tres primeras semanas. El 8 de junio de 1922, Tournier fue contratado por una compañía denominada *Kenyon & Co*. como vendedor por un periodo de tres meses. Después de ese encargo, el deudor recibió un pago por 451 libras por parte de una empresa llamada *Woldingham Traders, Ld.,* que, casualmente, tenía su cuenta en la misma sucursal de *Moorgate Street* que el deudor, pero este último no empleó la nueva liquidez para cumplir con el acuerdo antes indicado.

Preocupado por la falta de pago, un Sr. Fennell que actuaba como administrador de la sucursal de *Moorgate Street* inició sus investigaciones para determinar el origen de los fondos y en el marco de las mismas reveló sus hallazgos y preocupaciones a *Kenyon & Co*. quienes, a la luz de la información provista, decidieron no emplear al Sr. Tournier después del periodo inicial de prueba de tres meses.

---

[241] [1924] 1 KB 461 (UK).
[242] R. Cranston; et al., *Principles of Banking Law.* (2017, Oxford: Oxford University Press), p. 254.

A pesar de que el destino del Sr. Tournier es desconocido dado que la Corte de Apelaciones ordenó un nuevo juicio, el caso ofrece un vistazo a las bases que derivarían en la codificación de la confidencialidad en la industria bancaria y en las excepciones que se pueden ejercitar a la misma que pueden ser identificadas en otras industrias y en legislaciones vigentes. De esta forma podemos tomar como punto de partida las palabras del Juez Avory quien presentó, entre otras, las siguientes preguntas al jurado:

1. ¿Las palabras empleadas por el Sr. Fernell en sus investigaciones fueron calculadas para exponer al Sr. Tournier al ridículo o incluso a la aversión frente a una persona razonable?
2. ¿El Sr. Tournier sufrió algún daño por la revelación de la información y por las palabras empleadas por el Sr. Fernell?
3. ¿Actuó el Sr. Fernell con malicia?

La respuesta del jurado a estas preguntas fueron todas negativas, incluyendo la segunda ya que se argumentó que era muy probable que *Kenyon & Co*. no contratarían a Tournier a pesar de la revelación de la información por parte del banco.

Ahora, frente a lo anterior, la parte más importante del caso proviene de las palabras de *Lord Justice* Bankes y de *Lord Justice* Scrutton. En el caso del primero, encontramos el planteamiento respecto a que, efectivamente, no existía una obligación de confidencialidad expresa por parte del banco; sin embargo, dicha revelación podía ser materializada siempre y cuando se demostrara que la misma se hizo en una ocasión oportuna, para lo cual, LJ Bankes se pregunta ¿cuál es esa ocasión oportuna o cómo la podemos identificar? para lo cual presenta cuatro escenarios en los cuales se puede ignorar la obligación de confidencialidad: 1) cuando la información se revela por solicitud de autoridad competente, 2) cuando hay una obligación de carácter público para la revelación, 3) cuando los intereses del banco así lo requieren, y 4) cuando dicha revelación se lleva a cabo mediante el consentimiento tácito o expreso del cliente. Es interesante apreciar como en estos puntos podemos identificar algunos elementos comunes relativos a la redacción de las excepciones al consentimiento y al ejercicio de derechos ARCO como el de cancelación y, por supuesto, las relacionadas a las Sociedades de Información Crediticia.

Por parte de LJ Scrutton quien destaca la relevancia de esta decisión al no existir antecedentes en la industria bancaria o en otra como la legal o médica, por lo que el establecimiento de principios “guía” era de gran relevancia. Dicho esto, el segundo *Lord Justice* se centró también en el argumento de lo que se consideraba una ocasión oportuna para lo cual

se preguntó ¿a qué tipo de información se aplicaba la obligación de confidencialidad? La respuesta, ciertamente iba más allá de la simple información de la cuenta. Por un lado, se deberían considerar todas las transacciones que pasan por la cuenta o que se transfieren a valores, además de que la obligación debería extenderse más allá de la terminación del contrato que originó el tratamiento, asentando así una de las primeras menciones al deber de cancelación en el marco del tratamiento. Asimismo, esta opinión hace referencia a que la obligación debe extenderse a todo dato que haya sido obtenido a través de transferencias por parte de terceros, reconociendo, asimismo, la existencia de cadenas de tratamiento que pueden ser extendidas a encargados y – en este caso- hacia terceros.

De lo anterior, podemos colegir que el presente caso nos presenta una de las primeras guías para el tratamiento de datos personales por parte de particulares, así como una vista a algunos de los principios que más adelante serán incorporados en legislaciones alrededor del mundo que van más allá de la industria bancaria, como son el principio de consentimiento y finalidad, así como a algunas de las excepciones que son tan comunes para nosotros.

4.3. Difusión global de los principios en materia de tratamiento

En los distintos instrumentos internacionales de primera y segunda generación podemos encontrar referencias a la autodeterminación informativa de la persona. Por ejemplo, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, en términos prácticamente idénticos a los establecidos por el Juez Cooley.[243] En el mismo sentido, podemos mencionar el Artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales de 1950, el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Artículo 11 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y correspondencia, así como el señalamiento de que nadie puede ser objeto de ataques a su honra o reputación.[244]

[243] Cooley, n 229, p.9.
[244] Reyes, n 231, p. 37.

La garantía del *habeas data* tiene sus orígenes aproximadamente en el año 1968, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos realizada en Teherán; sin embargo, la importancia que ésta reviste está dada porque es a partir de allí que quedó establecido el riesgo que implican los avances tecnológicos que pudieran afectar a derechos fundamentales. En nuestro contexto, los sujetos como titulares de datos de carácter personal a diario brindan determinada información acerca de sí mismos o de sus datos como son el domicilio, profesión, número de tarjeta bancaria, activos, nivel de estudios, afiliaciones políticas, creencias religiosas, entre otras. Toda esta información es susceptible de ser tratada en archivos o bancos de datos con la potencialidad de ser empleada con fines discriminatorios como se ve en *Tournier* o que pongan en riesgo la vida o la integridad de la persona.[245]

La mayoría de las legislaciones en materia de protección de datos personales, se han estructurado, en menor o mayor medida, en las Directrices Sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales publicadas por la OCDE en 1980 que incorporaban los ocho principios presentados en el reporte *Records, Computers and the Rights of Citizens: Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems* publicado por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos.[246] Estos principios son: 1) restricción a la colección, 2) calidad de los datos, 3) finalidad, 4) restricción de uso, 5) seguridad, 6) transparencia, 7) participación individual, y 8) responsabilidad. Como se puede colegir, dichos principios han permeado en nuestra legislación a través del artículo 6 de nuestra Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

En el marco de instrumentos particulares que no se quedaran en estándares "suaves", podemos destacar los esfuerzos desarrollados por la Comunidad Europea (actualmente la Unión Europea) en los 90's para estandarizar las interacciones entre los elementos constitutivos de las cadenas de tratamiento. Un esfuerzo de esta naturaleza era necesario dado que las legislaciones nacionales y sectoriales, y no daba certeza a los titulares, responsables y encargados respecto a las reglas aplicables al tratamiento de datos que se efectuaba a través de Europa continental.[247] Ante dicha situación, en 1995, la Comunidad Europea adoptó la Directiva 95/46/EC del Parlamento y del Consejo Europeos de 24 de octubre de 1995 (comúnmente conocida como la Directiva de Protección de Datos) con la finalidad de estandarizar la protección de los derechos

[245] M.I. Basterra, *Protección de Datos Personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 comentados.* (2008, Buenos Aires: Editora AR), p. 26.
[246] Ver https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf.
[247] P. Voigt y A. von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A practical guide.* (2017, Cham: Springer), p. 1-2.

de los titulares con relación a los tratamientos y así facilitar el flujo de datos entre los miembros de la actual Unión Europea. A pesar de las intenciones que gestaron su desarrollo, esta directiva no cumplió con las expectativas ya que se distinguió por ser restrictiva y conflictiva en materia de prohibición del flujo de datos transfronterizos a países que no contaran con una legislación que otorgue el mismo nivel de protección en el contexto de tratamientos a nivel regional.[248]

Lo anterior no resulta sorprendente ya que nuestros sistemas sociales dinámicos dependen en gran medida de cadenas globales de valor en donde dos ideas sobre la protección de datos luchan por la posición hegemónica. Por un lado, una la define como un subconjunto de medios para preservar la privacidad del individuo, por lo que no es extraño encontrar el uso del término "privacidad" como sinónimo de la protección de datos de carácter personal. Por otro lado, tenemos la concepción de la protección de datos personales como un derecho fundamental que no se limita al concepto de "privacidad" sino que también incluye el desarrollo y proyección de la propia identidad.[249]

Ante la creciente necesidad de interoperabilidad a lo largo de las cadenas globales de tratamiento, la OCDE organizó reuniones en 1998 y 2002 de donde surgieron, en primer lugar, la Declaración Ministerial sobre la protección de la privacidad de las redes globales, donde se asentó la necesidad de crear un parámetro global y flexible que facilitase la interoperabilidad entre diversos modelos de protección a la privacidad, y de la segunda surgieron las actualizaciones a las directrices de 1980. Asimismo, este último instrumento fue empleado en 2004 por la APEC para generar sus lineamientos sobre privacidad.[250] Lo anterior, destaca el elemento endógeno en la generación de las normas que actualmente encontramos en vigor alrededor del mundo. Por ejemplo, derivado de los ejercicios de auto estructuración y auto regulación desarrollados por empresas distribuidas a lo largo de las cadenas de valor que sostienen a nuestras economías, que empezaron a desarrollar sus políticas y avisos de privacidad, la OCDE diseñó el Generador de Políticas de Privacidad y se empezaron a robustecer los andamiajes jurídicos e institucionales relativos al comercio electrónico.[251]

Al surgir estos derechos y las prácticas relativas a la protección y ejercicio de los mismos de forma endógena, el problema con derechos como el de privacidad es que estos son de naturaleza iridiscente, es decir que dicho concepto va a tener diferentes significados de acuerdo

[248] *Ibid.*
[249] M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law.* (2015, Cheltenham: Edward Elgar), p. 186.
[250] Reyes, n 231, p. 38-39.
[251] *Ibid.*

al contexto, lo cual complica su diseño normativo y, por supuesto, su aplicación. Por ejemplo, en la Unión Europea el Artículo 8 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos define al referido derecho en términos de la protección al hogar, a la vida familiar y a la correspondencia, mientras que la Corte Europea de Derechos Humanos suele dar una interpretación más amplia para impedir su elusión como se aprecia en la guía emitida sobre el referido Artículo 8 por parte de la Corte Europea.[252]

Asimismo, tenemos diferentes diseños que podemos clasificar en centralizados y descentralizados. En el caso del primer conjunto, podemos hacer mención de la GDPR, la cual fue publicada en 2016 para reemplazar a la Directiva europea de 1995, y sin necesidad de que hubiera la creación de normativa interna, es decir, GDPR, es aplicable a todos los países de la Unión Europea, evitando así la fragmentación normativa e interpretativa nacional e incluso sectorial. Asimismo, considerando los antecedentes presentados por controversias como la planteada bajo el caso Costeja que se presenta en la siguiente sección, Europa presenta una ley que busca ajustarse al espíritu de los tiempos tal como se desprende del texto de su artículo 2 que establece, en su primer párrafo:

> *El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.*

Así como de la inserción del derecho de oposición a tratamientos automatizados. Asimismo, el diseño de GDPR permite tener un ancla normativa para la normatividad en desarrollo que incluye al *Artificial Intelligence Act*, el *Digital Markets Act*, y el *Digital Services Act*.

Por otro lado, tenemos sistemas que operan bajo un paradigma descentralizado como se puede apreciar en el caso de los Estados Unidos, en donde – a pesar de que actualmente se discute la posibilidad de crear una legislación federal en la materia- el tratamiento de datos de carácter personal se encuentra normado bajo un esquema sectorial donde cada industria genera sus propios estándares para regular el tratamiento como se puede verificar en el contenido de instrumentos como el *Health Insurance Portability and Accountability Act* que regula el tratamiento desarrollado por los proveedores de servicios de salud; el *Privacy Act* aplicable a las

[252] Ver https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.

agencias del gobierno federal, *Video Privacy Protection Act* que, como su nombre lo indica, regula los datos personales incorporados en obras multimedia; el *Fair Credit Reporting Act* enfocado en los reportes crediticios; el *Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA)* aplicable a los servicios educativos; entre otros.

4.4. Sentencia C-131/12 de 13 de mayo de 2014. “Caso Costeja”

Mario Costeja, un ciudadano español realizó una solicitud al periódico de nombre "La Vanguardia" y a "*Google Spain*" con la finalidad de ejercer su derecho ARCO de cancelación debido a que al buscar su nombre en el explorador *Google Search*, los resultados estaban vinculados a información que afectaban la forma en que quería construir y proyectar su propia identidad, y que tenía relación con su pasado. Estos resultados se vinculaban particularmente a dos páginas web del periódico "La Vanguardia", mismas cuya publicación fue efectuada los días 19 de enero y 9 de marzo de 1998, dentro de las cuales, se destacaban dos anuncios de subasta de inmuebles cuyo origen derivaba de un embargo por deudas a la Seguridad Social. Dentro del primer anuncio, integrado por 20 módulos y escrito en catalán, anunciaba la subasta de inmuebles que realizaba la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Barcelona junto con la fecha y lugar de subasta. El texto era el siguiente:

> *Les dues meitats indivises dun habitatge al carrer Montseny, 8, propietat de MARIO COSTEJA GONZÁLEZ i ALICIA VARGAS COTS, respectivament. Superficie: 90 m2. Cárregues: 8,5 milións de ptes. Tipas de sbhasta: 2 milions de ptes. cadascuna de les meitats.*

El segundo anuncio tenía por contenido la venta por gestión directa de inmuebles por parte de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, el cual, también redactado en catalán, establecía lo siguiente:

> *Las dues meitats indivises dun habitatge al carrer Montseny, 8, de Cervelló, propietat de MARIO COSTEJA GONZALEZ i ALICIA VARGAS COTS, respectivament. Superficie: 90 m2.*

Cárregues: 8,5. milions de ptes. No es consideraran ofertes inferiors a 650.000 ptes. per cada una deles meitats.

Mario Costeja consideró que la información relativa a su pasado era perjudicial para el desarrollo de su persona en el presente y se dirigió al periódico para que esta información fuera eliminada a través del ejercicio de su derecho de cancelación apegado al principio de calidad, como se interpreta de los Artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE, toda vez que, de acuerdo al Sr. Costeja, el tema del embargo ya había sido solucionado.

El 24 de noviembre de 2009, el periódico "La Vanguardia" en su área de Ediciones, negó al interesado la solicitud de cancelación de los datos por no estar vinculados con el mismo periódico, además de que la publicación había sido realizada por medio de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) siendo ejecutora la Tesorería General de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Barcelona. Estos anuncios habían sido publicados de acuerdo con el artículo 645 de la Ley 1/2000, de 7 de enero del Enjuiciamiento Civil, el cual establece que cada subasta tendrá publicidad por medio de edictos que serán fijados en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y también en lugares públicos de costumbre. Del artículo 117.1 Del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social estableció que la subasta será publicada en el tablón de anuncios de la Dirección Provincial, cuando a juicio del Director Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social lo crea conveniente para el fin perseguido y resulte proporcionado con el valor que tengan los bienes, podrá ser publicado el anuncio de la subasta en los medios de comunicación de mayor difusión o en las publicaciones especializadas.[253]

Ante esta negativa, y considerando la estructura de la red de redes y sus múltiples intermediarios, el 8 de febrero del 2010, Mario Costeja realizó una solicitud a *Google Spain* para que se eliminara de su motor de búsqueda los vínculos al periódico “La Vanguardia”. Ante dicha solicitud, *Google Spain* consideró que con quien realmente debía dirigirse el Sr. Costeja, era con Google Inc., toda vez que era la empresa central y quien brindaba el servicio de buscador. Ante la situación de nula defensa y no atención a su derecho de oposición y cancelación, Mario Costeja solicitó, el 5 de marzo de 2010, la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos,

[253] N. Quintas, “La publicidad como origen de la derrota a Google en el derecho al olvido”. (2014) 13 *Anagramas* 95-106, p.p. 97-98.

junto con quien se tramitó la demanda y una apertura de procedimiento sancionador contra: *Google Spain*, S.L (empresa filial), *Google Inc*. (Empresa matriz) y La Vanguardia Ediciones S.L.[254]

En el marco de la demanda, se solicitó dentro de la demanda:

1. "Que se exigiese a La Vanguardia eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos."
2. "Que se exigiese a *Google Spain* o a *Google Inc*. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia."

Ante dicha solicitud, mediante resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD desestimó la reclamación en la primera medida que hacía referencia a La Vanguardia, ya que la publicación se había llevado a cabo legalmente soportada por una orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y "tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores." Sin embargo, la segunda parte de la solicitud derivó en un argumento presentado por la AEPD que declaró que en el marco de la gestión de motores de búsqueda se podía hablar de que los mismos formaban parte integral de las cadenas de tratamiento de datos personales que definen a los nuevos entornos digitales, ante lo cual *Google Spain* y *Google Inc.* solicitaron la intervención de la Audiencia Nacional.

En este punto, podemos apreciar una serie de cuestionamientos similares a los que enfrentó LJ Scrutton en el contexto del caso *Tournier.* Consecuentemente, la Audiencia Nacional presentó la siguiente serie de preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre las que destacan:

a) Debe interpretarse la actividad de *Google Search* como la descrita en el concepto de "tratamiento de datos", contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46?
b) ¿Es *Google Search* responsable del tratamiento de los datos personales que contienen los sitios que indexa, de acuerdo al art 2.d de la referida Directiva?

[254] *Ibid.,* p. 99.

c) ¿Puede la AEPD exigirle a *Google Search* la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin solicitarlo previamente a la página web de origen, tutelando los derechos que se contienen en los artículos 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46?
d) ¿Dejaría de existir una obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos que se pretenden eliminar se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?
e) ¿Se debe interpretar que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46 incluyen la posibilidad de que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a él o ella, publicada en páginas web de terceros, para que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que le puede perjudicar o desea que sea olvidada, aunque se trate de información publicada lícitamente por terceros?

Ante lo antes expuesto, *Google Spain* y *Google* Inc., argumentaron que la gestión de motores de búsqueda no entra en la definición de lo que entendemos como tratamiento de datos personales dado que el proceso de búsqueda está constituido por dos fases en donde no se conocen los datos ni se tiene control sobre ellos: la primera, siguiendo el espíritu de descripciones relativas al *metatagging* encontradas en casos como *Brookfield Communications, Inc. v West Coast Entertainment Corporation*[255]*,* consiste en la recolección de palabras clave en función de los dispositivos que navegaban por la red, lo cual permite a los dispositivos extraer algunas de estas palabras para incluirlas en una lista con la referencia al sitio web. En la segunda fase se explica cómo se adquieren los *metatags* bajo un criterio de búsqueda por parte del usuario con las de la lista. Ante lo expuesto, se ofrecía al usuario una lista de resultados con las referencias a los sitios web en función de su mayor o menor coincidencia.[256]

A pesar de la coincidencia por parte de los Gobiernos español, italiano austriaco y polaco y la Comisión Europea, nos encontramos ante un argumento interesante planteado por la representación helénica, la cual argumentó – ciertamente inspirada por las inmunidades contenidas en el *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 estadounidense- que:

[255] [1999] 174 F.3d 1036 (US).
[256] Quintas n 253, p. 99.

que los motores de búsqueda sirven de simples intermediarios, las empresas que los gestionan no pueden considerarse «responsables», salvo en los casos en los que almacenan datos en una «memoria intermedia» o una «memoria oculta» por un período de tiempo que supere lo técnicamente necesario.

Por supuesto, en este punto, uno debe destacar que el término tratamiento no se refiere al simple "uso" que es frecuente encontrar en conversaciones al interior de diferentes industrias a pesar del desarrollo de definiciones más amplias en legislaciones como GDPR y nuestra LFPDPPP. El término "tratamiento" en este caso y en toda materia relativa a la protección de datos personales involucra a toda la cadena de acciones que van desde el momento en que el responsable recibe los datos personales hasta que los cancela, incluyendo el almacenamiento y, por supuesto el tratamiento automatizado. Frente a este hecho, también hay que responder si *Google Spain* y/o *Google* Inc. podían ser considerados como responsables en el marco del tratamiento de los datos del Sr. Costeja.

Para dar respuesta a este punto, en el contexto del caso, era necesario invocar el Artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46, el cual definía al responsable como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales". Ya vimos que ciertamente hay un tratamiento de datos personales, pero *¿Google* debía ser considerado responsable? A respuesta fue positiva dado que a pesar de que se esgrime el argumento de la automatización uno puede inferir que hay una toma de decisión asociada al despliegue del sistema para llevar a cabo el tratamiento de cierto tipo de información, por lo que al esgrimir este argumento *Google* no atenúa su responsabilidad, sino que la acentúa. Además, para confirmar este punto, si hacemos referencia a la prueba de interacción encontrada en *Zippo Manufacturing v. Zippo Dot Com.*[257]*,* fue posible argumentar que incluso existía la intencionalidad de tratar datos personales de sujetos de locaciones específicas como se puede apreciar en los anuncios publicados en catalán. Sobre el espíritu de este caso, emerge otro tema de gran interés que se desprende del caso bajo análisis: el de la soberanía digital.

Cuando hacemos referencia al término "soberanía" en el contexto post-Westfaliano, solemos invocar, en forma conjunta o individual, sus elementos constitutivos: territorio, población y gobierno. En este caso, podemos hacer referencia a los tres, a través del ejercicio del *Zippo*

[257] [1997] 952 F. Supp. 1119 (US).

test. En primer lugar, uno podría argumentar, en el contexto territorial, que la Directiva europea no le era aplicable a *Google Inc.* dado que está constituida en la Unión Americana; sin embargo, la existencia del domino "google.es" demuestra la intención de interactuar activamente con la ciudadanía española. Segundo, la ciudadanía se encuentra protegida por la Directiva europea y, al estar hablando de una interacción activa, en donde *Google* desea promover interacciones en dicho foro como se puede verificar a través del hecho de que "Google Inc. designó a *Google Spain* como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD; el objeto de tales ficheros era almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc." Por supuesto, lo anterior, deriva en la aplicación de la Directiva europea ya que:

> *el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro.*

Finalmente, en el marco de este análisis, -y considerando el estado de la tecnología que representa por sí mismo una nueva externalidad que debió enfrentar el sistema social dinámico en cuestión- podemos apreciar el surgimiento de un derecho que emerge de los derechos ARCO originales: el derecho al olvido. Como se puede inferir de su nombre, el ejercicio de este derecho no se restringe a la preexistencia de una relación contractual con el responsable del tratamiento, sino que considera el desarrollo y difusión de nuevos medios. En el contexto particular de proveedores de servicios de intermediación en Internet, no debemos restringir el análisis superficial de los principios de proporcionalidad y calidad, sino que tenemos que considerar que dada las características del nuevo entorno los datos personales pueden estar siendo tratados durante un periodo superior al necesario en perjuicio de los intereses del titular. En el caso Costeja, se determinó, además, identificándose con el caso *Tournier*, que:

En relación con una situación como la del litigio principal, que se refiere a la presentación, en la lista de resultados que el internauta obtiene al efectuar una búsqueda a partir del nombre del interesado con ayuda de Google Search, de vínculos a dos páginas de archivos en línea de un periódico que contienen anuncios que mencionan el nombre de esta persona y relativos a una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social, es preciso considerar que, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada de esta persona y de que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, el interesado justifica que tiene derecho a que esta información ya no se vincule a su nombre mediante esa lista. Por tanto, en la medida en que en el caso de autos no parece existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información en el marco de tal búsqueda, lo que no obstante incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el interesado puede, en virtud de los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, exigir que se eliminen estos vínculos de la lista de resultados.

La preocupación y los riesgos asociados con el caso Costeja también se encuentran muy bien reflejados en la exposición de motivos de la LFPDPPP de 6 de setiembre de 2001, donde se argumentó la necesidad de una ley de esta naturaleza en los siguientes términos:[258]

Hasta hace pocos años, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. el tiempo permitía, con su transcurso, que desaparecieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el espacio, con la distancia que imponía, hasta hace poco casi insuperable, hacía difícil que tuviésemos conocimiento exacto de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran sucedido en lugares distantes. el tiempo y el espacio operaban, así, como una salvaguarda natural de la privacidad de la persona.

De lo anterior emergió el primer documento que incorporó los principios y las experiencias internacionales y lo presentó a la sociedad mexicana el 5 de julio de 2010 un nuevo conjunto de

[258] Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Exposición de motivos (6 de septiembre de 2001)” (2001). Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=ni0ZTJvgiDQ2W7Em2qvUpvlkcaiqRseqnrSxbEpcJNsXt0eT37871b1p3trHFBU8nHCwOec54m+ff3FfAnKCDg==, *SCJN* (Consultado el 11 de octubre de 2022).

reglas de transición para la interacción entre particulares y, posteriormente, entre éstos últimos y el Estado. Otro elemento que podemos destacar en el caso Costeja es la necesidad de una entidad especializada con el conocimiento y la experiencia para poder analizar nuevos contextos y extrapolar en los mismos los principios aplicables al tratamiento de datos personales, ya que, como se pudo verificar en el referido caso, los elementos que constituían la controversia eran de tal complejidad que se tuvo que consultar a los miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde uno puede apreciar una numerosa oferta de criterios.

También es importante mencionar que el criterio de la soberanía digital ha sido ejercido de forma más exitosa por *Google* a partir de esta experiencia, como se pudo verificar en el caso *Google Inc. v. Equustek Sols. Inc*.[259], donde Google Inc., argumentó, sobre la base de la soberanía digital, que el tribunal constitucional canadiense, no podía instruir ni asentar precedente alguno en contra de una institución que está fuera de su jurisdicción.

4.5. La protección de datos personales en México

El derecho a la protección de datos de carácter personal en México emerge, en gran medida, del andamiaje jurídico e institucional que soporta al derecho de acceso a la información pública. De esta forma, los pilares de este derecho los encontramos en el mismo multi referido artículo 6º constitucional, así como del artículo 16 del mismo instrumento, los cuales garantizan el derecho a la autodeterminación informativa de la persona como un derecho humano.[260] Dicho lo anterior, es posible argumentar que del primer artículo emerge, el 11 de julio de 2002, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), la cual contenía un conjunto de términos que permitía a los titulares el acceso a los documentos en posesión de entidades federales. En el artículo 20 de esta Ley abrogada en 2016 es posible apreciar cómo se introducen formalmente los principios de la OCDE como el de información, consentimiento,

[259] [2017] No. 5:17-cv-04207-NC (US).
[260] E. Villanueva y H. Nucci, "Introducción". En E. Villanueva y H. Nucci (eds.) *Comentarios a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*. (2012, Ciudad de México: Novum), 9-16, p. 9.

calidad, proporcionalidad, responsabilidad, finalidad, así como el procedimiento descrito en el Capítulo III del Título Segundo para solicitar el acceso a los datos por parte del titular.[261]

Antes de la entrada en vigor de la LFPDPPP, encontramos, replicando el caso de la Unión Americana, un conjunto de normas que también contemplaban y que todavía contemplan en muchos casos términos vinculados a los principios, derechos y obligaciones relacionados con la protección de datos personales, entre ellos podemos destacar los artículos 16, 17 y 18 de la Ley Federal de Protección al Consumidor; el artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor, y el artículo 117 (actualmente 142) de la Ley de Instituciones de Crédito.[262]

Ante las necesidades globales y las demandas endógenas derivadas del desarrollo de las tecnologías que actualmente han configurado a la Cuarta Revolución Industrial, como se pudo apreciar en el caso Costeja y en la sentencia 209/1983 de 15 de diciembre de 1983, emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, los legisladores mexicanos, en la exposición de motivos de 6 de septiembre de 2001 enfatizaron que:[263]

> *Los medios tradicionales de protección de la vida privada han sido absolutamente desbordados por las nuevas modalidades de injerencia que en contra de ella proporciona el actual adelanto científico y tecnológico. El empleo de nuevas tecnologías permite acumular una cantidad enorme de información que es ordenada y clasificada automáticamente y que puede ser almacenada en espacios muy reducidos. la información puede ser recogida en cualquier parte del mundo y, mediante conexiones telefónicas, quedar clasificada en el acto. en esta forma sería posible compilar una información abundante sobre cada individuo y reunir un conjunto de datos que aisladamente nada dicen y que por ello no se ocultan, pero que al ser presentados en forma sistematizada pueden constituir una seria amenaza contra la intimidad de la persona.*

[261] A.A. Reyes, "Legislación mexicana en materia de protección de datos personales, autorregulación y sellos de confianza." En G.A. Tenorio (coord.) *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de los particulares.* (2012, Ciudad de México: Editorial Porrúa) 27-50, p. 27-28.
[262] Reyes, nx, p. 31.
[263] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Exposición de motivos (6 de septiembre de 2001)" (2001). Disponible en https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=ni0ZTJvgiDQ2W7Em2qvUpvlkcaiqRseqnrSxbEpcJNsXt0eT37871b1p3trHFBU8nHCwOec54m+ff3FfAnKCDg==, *SCJN* (Consultado el 11 de octubre de 2022).

Ante este nuevo estado, se decide establecer un nuevo parámetro de transición legal e institucional, y elevar a nivel constitucional la protección de datos personales, por lo que el 30 de abril de 2009 se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-O al artículo 73 de la CPEUM, para quedar en los términos siguientes:

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XXIX-N. ...

XXIX-O. Para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.

XXX. ..."

Asimismo, el 1 de junio del mismo año se materializa una segunda reforma constitucional en la materia a través de la cual se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 constitucional donde la protección de los derechos de carácter personal, así como los derechos ARCO de acceso, rectificación, cancelación y oposición, se consolidan como derechos fundamentales de la siguiente manera:

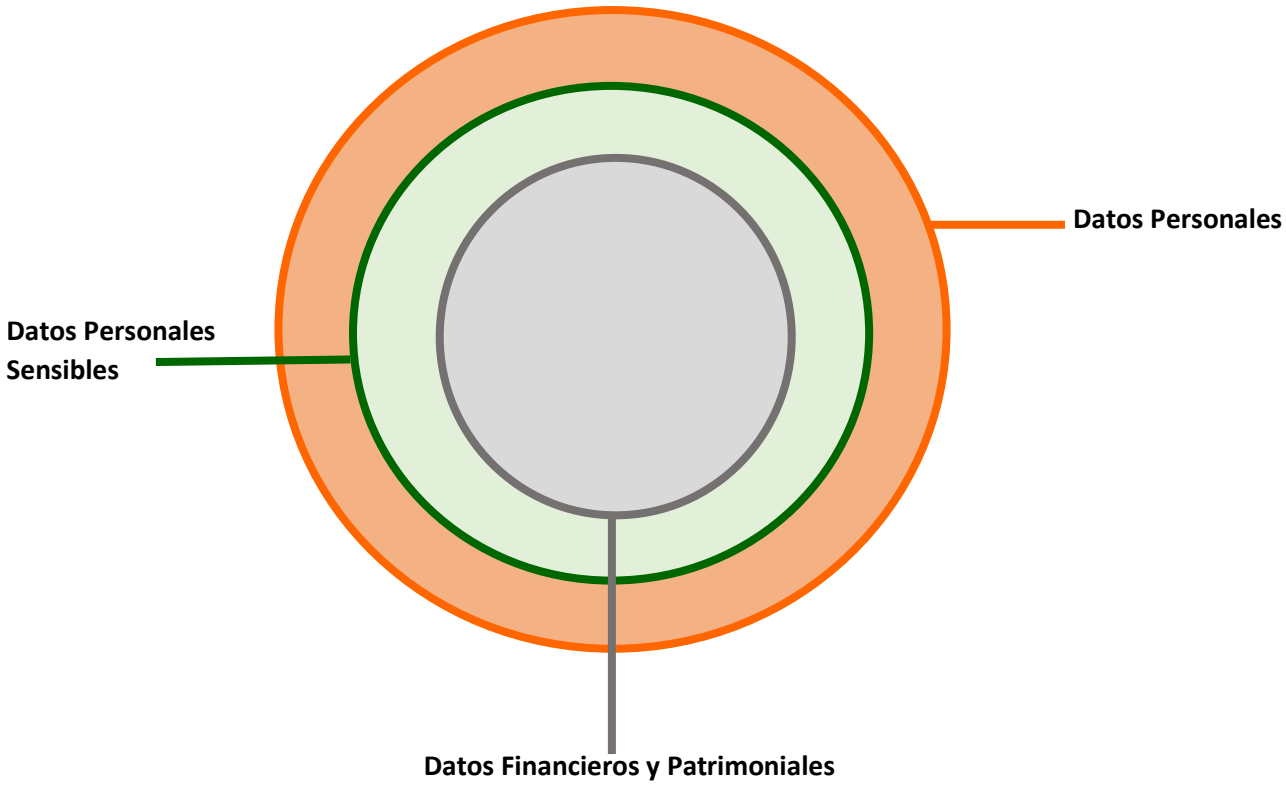
Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

De dichos preceptos emergerá, a través de su publicación el 5 de julio de 2010 en el Diario Oficial de la Federación, la LFPDPPP, misma que entraría en vigor el día 6 de julio de 2010, después de otorgar un margen al sector privado en sus transitorios para generar sus avisos de privacidad e implementar las medidas compensatorias relativas a la obtención del consentimiento para regularizar los tratamientos bajo la nueva norma.

El objetivo primordial de la LFPDPPP es regular el tratamiento de datos personales que se encuentre en posesión de particulares en su calidad de responsables, encargados y terceros

que se encuentran a lo largo de las cadenas de tratamiento que respaldan las relaciones contractuales entre titulares y responsables haciendo eco al caso *Tournier*. Consecuentemente, la LFPDPPP permite, en primer lugar, definir qué es un dato de carácter personal, a la vez que presenta una base para la categorización y operación de modelos de gobernanza institucional al interior de las diferentes industrias que operan en el territorio nacional.

De esta forma el Artículo 3 define a los "datos personales" como "cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable", lo cual presentó un mayor margen de interpretación a favor de los titulares; por ejemplo, en algunas industrias, se definía este término a partir de datos concretos, o se argumentaba -particularmente frente al ejercicio del derecho de Acceso- que el titular no podía ejercer derechos sobre la información derivada que prestadores de servicios generaban en el marco de los mismos. Asimismo, como ya se mencionó, la ley en comento presenta, no solo a los titulares, sino también a los responsables y encargados una clasificación elemental a partir de la cual se pueden (y en muchas ocasiones deben) generarse instrumentos de auto regulación y los avisos de privacidad. Esta clasificación se puede entender, de forma sencilla a través de la siguiente figura:



En la figura uno puede identificar el universo de datos personales tal como se desprende de la interpretación de la fracción V del Artículo 3, que hace referencia a cualquier elemento informacional que identifica o hace identificable a una persona a lo largo del tratamiento de los datos, no restringiéndose al nombre, domicilio, correo electrónico, entre otros, pudiéndose incluir de forma enunciativa, mas no limitativa, tendencias de consumo, retratos, localización geográfica, e ideología. En el siguiente nivel, obedeciendo el orden presente en el referido Artículo 3, la fracción VI nos presenta la primera gran sub categoría consistente en los denominados "datos personales sensibles", los cuales, al afectar "a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste" necesitan la implementación de medidas estrictas -frecuentemente detalladas en ISOs y Normas Oficiales Mexicanas-. Finalmente, de la interpretación del Artículo 8 en materia de consentimiento, podemos encontrar una segunda sub categoría al interior de los datos personales sensibles consistente en los datos financieros y patrimoniales. Ubicamos a estos datos en esta posición siguiendo el contenido del caso *Tournier* en el cual pudimos verificar que el mal tratamiento de su información financiera y patrimonial derivó en una discriminación.

Frente a estas categorías, ha sido necesario estandarizar la configuración de medidas para obtener el consentimiento informado, particularmente a partir de los principios establecidos en el Artículo 6[264], que ahora damos por sentado, sobre todo en entornos digitales (verifique el lector en el caso de las *cookies* y *web beacons*),[265] transitar del abuso de lenguaje relativo al término "uso de datos" hacia el concepto de "tratamiento", y la definición de los responsables y encargados ubicados en México y en el extranjero; incluso uno podría argumentar que esto nos ha familiarizado con los términos de otras leyes como GDPR, facilitando así también la interoperabilidad tecnológica requerida por el mundo en que vivimos.

Otro de los elementos destacables que se introdujeron a favor de los titulares, fue la definición operacional de los denominados derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición), los cuales, en términos de la tesis I.10o.A.5 CS (10a.) de 6 de septiembre de 2019, son considerados:[266]

---

[264] *Los responsables en el tratamiento de datos personales, deberán observar los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad, previstos en la Ley.*

[265] Uno de los instrumentos más importantes derivados de la LFPDPPP para este fin son los Lineamientos del Aviso de Privacidad publicados el 17 de enero de 2013.

[266] PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTITUYE UN DERECHO VINCULADO CON LA SALVAGUARDA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES AL SER HUMANO [2019] I.10o.A.5 CS (10a.) (MX). Consultable en el sitio web: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020563

como un medio para garantizar el derecho de los individuos a decidir qué aspectos de su vida deben o no ser conocidos o reservados por el resto de la sociedad, y la posibilidad de exigir su cumplimiento a las autoridades y particulares que conocen, usan o difunden dicha información. Así, dichas prerrogativas constituyen el derecho a la protección de los datos personales, como un medio de salvaguarda de otros derechos fundamentales previstos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que México es Parte, conforme a los cuales, el Estado tiene la obligación de garantizar y proteger el derecho de todo individuo a no ser interferido o molestado por terceros o por una autoridad, en ningún aspecto de su persona –vida privada–, entre los que se encuentra el relativo a la forma en que se ve a sí mismo y cómo se proyecta a los demás –honor–, así como de aquellos que corresponden a los extremos más personales de la vida y del entorno familiar –intimidad–, o que permiten el desarrollo integral de su personalidad como ser humano –dignidad humana–.

Por supuesto, a pesar de que al interior del sector privado se llevan a cabo las prácticas de auto estructuración y auto regulación que son verificables en forma de Códigos de Ética, Políticas de Protección de Datos, Avisos de Privacidad, entre otros, los particulares no son los únicos que tratan datos de carácter personal. Como se puede apreciar en el *catasto* florentino y el censo que derivó en la sentencia 209/1983 de 15 de diciembre de 1983, el Estado – como todo sistema dinámico- necesita de información para hacer frente a diferentes entornos y así cumplir con el contrato social. Sin embargo, la propia existencia de la LFPDPPP creaba una serie de asimetrías entre las condiciones de los tratamientos que se llevaban a cabo en el sector privado y aquellos materializados en el sector público. Es más, dado que las infraestructuras empleadas en muchas ocasiones por la administración pública en sus diferentes niveles son desarrolladas por el sector privado, existían principios y prácticas incompatibles al interior de las propias infraestructuras de tratamiento y, por supuesto entre la LFPDPPP y la LFTAIPG de 2002, que ponían en riesgo el ejercicio óptimo de la autodeterminación informativa de los titulares que interactúan con el Estado.

Ante esta situación, se publica el 7 de febrero de 2014, en el Diario Oficial de la Federación, la reforma constitucional que, entre otras, adiciona al artículo 73, dándole al Congreso la facultad para:

XXIX-S. Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno.

En ejercicio de esta facultad, el 26 de enero de 2017, se publicó la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, los cuales son definidos en el quinto párrafo del Artículo 1 de dicha ley como cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, en el ámbito federal, estatal y municipal.

Lo primero que se aprecia en esta ley es que el contenido es muy similar al de la LFPDPPP, como se puede verificar, por ejemplo, en la redacción de la definición de lo que se considera un dato personal, así como en la inserción, en su Artículo 16, de los principios de tratamiento descritos en el mismo numeral de la legislación aplicable a los particulares. Sin embargo, podemos identificar algunas diferencias sustanciales que destacan la naturaleza de esta legislación general. En primer lugar, la redacción del Artículo 6 que hace eco del propio Artículo 6 constitucional al establecer que el Estado garantizará la privacidad de los individuos, y presenta una serie de limitaciones a dicha garantía por “razones de seguridad nacional, en términos de la ley en la materia, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.” Lo anterior, a pesar de su preocupante margen de interpretación como se ha establecido en secciones precedentes, es compatible con las excepciones a la obtención del consentimiento y al derecho ARCO de cancelación contempladas en la LFPDPPP, así como con los Capítulos II y III del Título Sexto de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en materia de información reservada y confidencial.

En segundo lugar, es interesante apreciar la inserción un derecho que no se contemplaba expresamente en la legislación de 2010 relativa al tratamiento de datos personales en posesión de los particulares y que deriva de la experiencia con la primera generación de estos instrumentos. Respecto a la experiencia práctica, en una conversación sostenida con colegas en el foro de la *British and Irish Law Education and Technology Association* (BILETA) se hizo evidente que, en los primeros años de diversas legislaciones en materia de protección de datos personales en vigor en diferentes naciones, las partes responsables recurrían a prácticas para

diluir o hacer excesivamente difícil el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte del titular (por ejemplo, se entregaba la metadata de la información solicitada).

Frente a lo anterior, en instrumentos como GDPR (Artículo 20) introdujeron el derecho de portabilidad el cual consiste en que “el interesado tendrá derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica” de esta forma se protege al titular de conductas que pueden vulnerar sus derechos a la vez que facilita la interoperabilidad entre infraestructuras desarrolladas y operadas por diversos responsables y encargados. Con ello en mente el Artículo 57 de la LGPDPPSO replica la redacción asentada en los siguientes términos:

> *Artículo 57. Cuando se traten datos personales por vía electrónica en un formato estructurado y comúnmente utilizado, el titular tendrá derecho a obtener del responsable una copia de los datos objeto de tratamiento en un formato electrónico estructurado y comúnmente utilizado que le permita seguir utilizándolos.*
>
> *Cuando el titular haya facilitado los datos personales y el tratamiento se base en el consentimiento o en un contrato, tendrá derecho a transmitir dichos datos personales y cualquier otra información que haya facilitado y que se conserve en un sistema de tratamiento automatizado a otro sistema en un formato electrónico comúnmente utilizado.*

Como se puede apreciar, esta redacción atiende en gran medida los requerimientos de interoperabilidad no solo normativa sino operacional entre arquitecturas dentro y fuera de la administración pública.

Finalmente, uno puede encontrar ecos históricos en el Capítulo II de la LGPDPPP que se pueden identificar directamente en los elementos reconocidos como válidos en el marco de la controversia que derivó en la sentencia 209/1983 de 15 de diciembre de 1983 emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán. En particular el rol del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales se asemeja a las normas de transmisión que soportarían al censo de 1983, estructuradas particularmente alrededor del Artículo 5º de la Ley Federal de Protección de Datos de 27 de enero de 1977, que establecía:

1. *Queda prohibido a las personas ocupadas en la elaboración de datos, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1º o por encargo de las personas u oficinas que en dicho precepto se mencionan, comunicar sin autorización datos protegidos de índole personal para fin alguno que no sea la realización legal en cada caso del objetivo establecido, así como elaborarlos, hacerlos asequibles a terceros o utilizarlos de cualquier otro modo.*
2. *Estas personas deberán contraer formalmente la obligación indicada en el párrafo 1 al comenzar sus actividades, y sus obligaciones subsistirán incluso después de haber finalizado dichas actividades.*

Como se puede colegir, la LGPDPPSO, presenta una serie de innovaciones que facilitan la interoperabilidad de infraestructuras, la estandarización de mecanismos para ejercer los derechos que configuran a la autodeterminación informativa de la persona con base en principios comunes, y promueve la economía administrativa en el tratamiento de datos personales en la administración pública. Por supuesto, lo anterior no significa que no existan riesgos. Por ejemplo, en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial, los temores relativos a la constitución de panópticos digitales entre el sector privado y público, basado en la desconfianza existente en nuestras leyes e instituciones, ha fomentado el desarrollo y difusión de tecnologías descentralizadas que buscan acentuar el sentimiento de control sobre los datos que configuran la identidad de una persona, como se puede apreciar en los argumentos esgrimidos por los entusiastas de los "criptoactivos." Asimismo, también uno debe considerar que el discurso de la adopción de las mejores prácticas y tecnologías para materializar el contenido de la ley, pueden derivar en lo que puede ser denominado "impunidad algorítmica"[267] por medio de la cual, se puedan diluir responsabilidades argumentando que la información que debiese ser entregada o estar disponible se encuentra protegida por secretos industriales o que, la propia naturaleza de la tecnología imponga obstáculos al ejercicio de los derechos aquí descritos, bajo el argumento de la soberanía digital como se pudo verificar en casos como *US v Microsoft*.[268]

[267] Ver. I. Cedillo, "Algorithmic Black Boxes and the Future of Impunity" (2022). Documento en edición para publicación.
[268] Ver [2018] 138 S. Ct. 1186 (US).