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

(*Entregable 3: Conclusiones y recomendaciones*)

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

3. Síntesis, conclusiones y recomendaciones.....p. 5
3.1. Metodología empleada .....p. 6
3.1.1. Información y Estado de Derecho.....p. 6
3.1.2. Elaboración de la parte estadística .....p. 10
3.1.3. Resultados del análisis estadístico.....p. 11
3.1.3.1. Demandas de amparo .....p. 14
3.1.3.2. Controversias constitucionales .....p. 15
3.1.3.3. Acciones de inconstitucionalidad .....p. 16
3.1.3.4. Recursos de revisión en materia de seguridad nacional .....p. 18
3.1.3.5. Tendencias jurisprudenciales en materia de justicia abierta, autodeterminación informativa y acceso a la información .....p. 19
3.2. Nuevas demandas endógenas......p. 20
3.3. La Cuarta Revolución Industrial .....p. 21
3.4. Cajas Negras .....p. 23
3.5. Justicia Abierta .....p. 26
3.6. Recomendaciones.....p. 28

3. Síntesis, conclusiones y recomendaciones

A lo largo del presente "Observatorio de Justicia Abierta 2022: El INAI en la jurisdicción constitucional", pudimos verificar las dinámicas de interacción entre los diferentes niveles de gobierno y de éstos con la sociedad civil e incluso con el mercado, de cuyas imperfecciones ha emergido un nuevo paradigma de análisis y aplicación de los derechos de acceso a la información y la autodeterminación informativa de la persona, tomando en consideración una metodología de idoneidad, necesidad y proporcionalidad al tutelar estos derechos, atendiendo la evolución de las necesidades endógenas de la ciudadanía. A pesar de que en el contexto de la denominada Cuarta Revolución Industrial se podría pensar que estas interacciones son novedosas, el presente documento ha verificado y hecho evidente que las mismas se pueden encontrar en el origen del Estado moderno y en las necesidades endógenas de un gobierno abierto del cual emergió.

De esta forma, las y los lectores pueden verificar la existencia de patrones comunes que son identificados en el caso *King v. Hampden* y que se replican en la invocación del argumento relativo al término "seguridad nacional" en los procesos de revisión relativos a las cadenas globales de valor de las vacunas empleadas para hacer frente a la COVID-19, así como en el contexto de la redacción de leyes locales en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Sobre este último punto, también encontramos ecos de la resolución de 15 de diciembre de 1983 que el Tribunal Constitucional Alemán emitió respecto a la obligación de los sujetos obligados de respetar y facilitar el derecho a la autodeterminación informativa de la persona; incluso, pudimos verificar la existencia de necesidades endógenas en el marco de la presentación de demandas de amparo indirecto que traen a nuestra memoria las condiciones que configuraron el caso Costeja.

Por supuesto, como quedó asentado en la parte introductoria del presente Observatorio, el verificar el debido ejercicio de los derechos aquí analizados en el contexto del gran volumen de información necesario para adoptar las mejores decisiones dentro de los sectores público y privado, así como de las tecnologías que ya empiezan a aparecer en las fricciones entre la ciudadanía, el INAI y el Estado, representa un gran desafío para nuestra sociedad y para los funcionarios públicos, quienes deberán de adquirir nuevos conocimientos y habilidades en este aspecto (alfabetización digital) para consolidar espacios digitales que permiten una adecuada interacción.

3.1. Metodología empleada

Como quedó asentado en el apartado introductorio del presente Observatorio, se incorporaron variables de carácter histórico, normativo y coyuntural, que han otorgado su actual fisonomía a los derechos informacionales bajo análisis y al propio INAI. Consecuentemente, una vez que se identificaron 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 en el contexto mexicano 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, la/os lectores tienen ante ella/os 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**

3.1.1. Información y Estado de Derecho

Para obtener los principios que nos permitirían analizar los medios arriba listados, el presente Observatorio, tomó como punto de partida el concepto de sistema social dinámico, con la finalidad de desatacar el rol de la información en el dinamismo de nuestras sociedades post-Westfalianas. Con base en lo anterior, el análisis de la evolución y consolidación de nuestros derechos informacionales inicia con el contexto del *shipmoney* que definió al caso *King v Hampden* donde es posible apreciar cómo se van alineando diversas demandas endógenas que culminarían en el surgimiento de nuestros Estados modernos. A partir de este marcador, se

identificaron los siguientes casos, mismos que fueron analizados a la luz de las necesidades de acceso a la información, del concepto de seguridad nacional, y de la autodeterminación informativa de la persona:

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

En el marco de las necesidades de acceso a la información -y complementando el antecedente encontrado en el caso *Hampden*- se presenta el caso *Claude Reyes v. Chile* por medio del cual se busca destacar el rol de los derechos informacionales en la evolución de necesidades sociales como son los DESCA, presentándonos así el elemento sistémico que va a definir los derechos bajo análisis. Posteriormente, se recurrió al análisis del caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer* para verificar la evolución y difusión del concepto de "seguridad nacional" en la Unión Americana donde es posible verificar que los argumentos relativos a dicho concepto tienden a ser invocados en ausencia de las ponderaciones sociales y – en ocasiones- asumiendo que ciertas prerrogativas son ilimitadas, rompiendo así con la división y equilibrio de poderes.

De forma transitoria hacia elementos que actualmente definen a la Cuarta Revolución Industrial, encontramos tres casos que consideramos de gran interés en materia de protección datos de carácter personal. En primer lugar, encontramos un eco histórico a ciertos elementos que nos son familiares en la *sentencia 209/1983, de 15 de diciembre de 1983, del Tribunal Constitucional Federal alemán* donde la información a tratarse en el contexto de un censo semi automatizado, hizo evidente la necesidad del surgimiento del derecho que actualmente conocemos como autodeterminación informativa de la persona. Por supuesto, lo anterior no quiere decir que estas necesidades informacionales no existiesen en el pasado. Por ejemplo, presentamos el caso *Tournier* en donde la industria bancaria y los datos personales de naturaleza patrimonial entran en juego evidenciando los potenciales riesgos operacionales y reputacionales que vamos a encontrar en análisis modernos efectuados por instituciones como el *BIS*, así como

la determinación de la naturaleza de dicha información como se pudo apreciar en el análisis presentado sobre diversos rubros jurisdiccionales. Finalmente, el caso *Costeja* nos presenta una introducción a los problemas que el Instituto ha enfrentado y enfrentará en los entornos de Big Data, que -cabe destacar- formarán parte de la consolidación de nuestro modelo de justicia abierta.

Sobre lo arriba planteado, la primera gran conclusión que se puede obtener del ejercicio desarrollado bajo el presente Observatorio es la gran dependencia -nos atreveríamos a decir existencial- del Estado de Derecho de la información, tratada tanto en el marco de instituciones públicas como privadas, así como de la infraestructura necesaria para tal efecto. Esto ha quedado asentado de forma evidente en el referido caso alemán de 1983, así como en múltiples resoluciones como las derivadas de los amparos: 751/2019, 1700/2019, y de acciones de inconstitucionalidad como la 112/2017, que el Instituto promovió. Ahora, como quedó asentado en el Observatorio, nuestros sistemas sociales dinámicos no trabajan con información ni con recursos perfectos, lo cual deriva en el desarrollo de preferencias que no pueden ser calificadas como neutrales.

Es decir, en toda sociedad democrática, se atestigua el desarrollo de multiplicidad de ideas que reflejan la individualidad de cada ciudadano descrita por Adam Smith y David Hume que debe ser protegida por la Ley bajo el principio de equidad contenido en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, sin que lo anterior se traduzca en la existencia de una línea argumentativa social única. Ante dicho hecho, nuestros sistemas sociales dinámicos evolucionan de un estado a otro continuamente, apegándose al contenido de las reglas de transición demandadas y aprobadas por la mayoría en beneficio de ésta, en un contexto determinado, bajo un modelo de gobierno abierto.

Lo anterior, ciertamente, representa un discurso justo e ideal; sin embargo, para poder materializar lo anterior es necesario contar con la mayor información posible para poder tener conocimiento del estado inicial del cual se va a evolucionar y verificar si nuestro andamiaje jurídico e institucional es acorde para tal fin. En la práctica, se presentan asimetrías de la información que van a derivar del control de la información en manos de unos pocos con grandes intereses particulares y políticos frente a lo cual es necesario generar, preservar y difundir una cultura que permita a la ciudadanía ejercer sus derechos de acceso a la información y a su autodeterminación informativa, con la finalidad de proteger la voz que las y los ciudadanos tienen en la configuración del país que queremos.

Una de las constantes que se ha podido verificar a lo largo de este trabajo es la búsqueda constante en México y en otras partes del orbe, independientemente de la tradición jurídica a la cual pertenecen, de hacer pasar los intereses de unos pocos como los de la mayoría combinándolos en una visión aparentemente común presentada bajo etiquetas como “seguridad nacional” o “estado de emergencia”, como se pudo verificar en los procesos legislativos relacionados a la publicación de leyes de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Ciertamente, hay elementos que pueden y deben ser clasificados como información reservada bajo los términos de la Ley General de Trasparencia y Acceso a la Información Pública vigente, como son los elementos de carácter sistémico que podrían provocar corridas bancarias al interior del sistema financiero, o que, efectivamente existan razones fundadas para invocar el término “seguridad nacional”, más allá de las ideologías desarrolladas alrededor del orbe, como se verifica en la controversia constitucional 217/2021 que el Instituto promovió y que le fue favorable.

Sin embargo, en nuestro contexto, pudimos percibir una tendencia interesante. Tal como se analizó en el marco estadounidense, a partir del siglo XVIII, podemos colegir que el argumento relativo al miedo sigue vigente, y es empleado por diferentes entidades de la Administración Pública Federal, donde se emplea y aprovecha el miedo a los efectos de una pandemia global para diluir de forma consciente o inconsciente la información relevante relativa a la producción de las vacunas que se distribuyen y aplican a la población. Adicionalmente, es interesante percibir en el contenido de las líneas precedentes que el miedo no se restringe exclusivamente al actuar del sector público, sino también a las cadenas de valor que soportan a muchos de los productos y servicios que se ofertan en nuestra sociedad comercial digital. En el contexto del acceso a la información y la protección de datos de carácter personal, nos encontramos con la incertidumbre relativa a quiénes producen, almacenan, distribuyen las vacunas antes mencionadas; así como - en el contexto de PEGASUS-, quienes tratan los datos personales a lo largo de cadenas infraestructurales de tratamiento con un alto grado de descentralización y desmaterialización.

3.1.2. Elaboración de la parte estadística

Como ya quedó asentado, el principal resultado de la selección de los casos arriba enunciados, fue 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 con la finalidad de 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 Instituto dentro de nuestro paradigma constitucional están cumpliendo con sus objetivos.

En primer lugar, y contrastando con otros esfuerzos similares efectuados alrededor del mundo, decidimos no centrar nuestro análisis sobre una norma rígida que hace frente al problema del *Iron Law* descrito por Romano[1], lo que nos permitió 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 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 buscó 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 permite 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

[1] R. Romano, "Regulating in the dark and a postscript assessment of the iron law of financial regulation." (2014) 43 *Hofstra Law Review* 25-69.

vez que verificaremos si coinciden con constantes históricas identificados en casos como *Hampden* y *Tournier.* Asimismo, es posible 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.

Finalmente, 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:

3.1.3. Resultados del análisis estadístico

El rol de la información en la preservación del Estado de Derecho es evidente en el marco del análisis estadístico presentado en el capítulo precedente. Dicho lo anterior, los resultados presentados pueden ser clasificados en tres grandes categorías, apegándonos a la estructura básica de nuestros sistemas sociales dinámicos:[2]

I. **Condiciones asociadas al input:** Estos nos presentan los elementos sociales que incentivan e incluso fomentan la demanda de información y el ajuste respectivo a las normas de transición para presentar un nuevo estado de las cosas caracterizado por nuevas leyes y un ejercicio más activo de los derechos bajo análisis (como son las demandas endógenas que derivaron en la creación de la Ley General de Archivos y la creación del propio INAI).

II. **Condiciones asociadas a las reglas de transición:** Como se puede colegir de su nombre, éstas presentan al lector los elementos operativos de las leyes vigentes en materia de acceso a la información y protección de datos de carácter personal, como son el tipo de información solicitada, o las asimetrías existentes entre la normatividad

[2] V.L. Lemieux y S.E. Trapnell, *Public access to information for Development.* (2016, Washington: World Bank Group), p.p. 98-100.

general/federal y la local, mismas que son afectadas por las condiciones encontradas en el input.

III. **Condiciones asociadas al resultado y/o transición a un nuevo estado:** Estas condiciones que conducen al nuevo estado del sistema social son el resultado derivado del ejercicio, preservación y/o difusión de los derechos bajo análisis, como puede ser la modificación de una norma o el acceso a la información solicitada para tomar mejores decisiones de relevancia social o disminuir las asimetrías informacionales existentes, como se puede verificar en el apartado de tesis jurisprudenciales del capítulo precedente, o la influencia de la tesis jurisprudencial 2a./J.31/2020 (10a) en materia de la improcedencia del juicio contencioso administrativo.

En el marco jurídico-institucional mexicano, podemos identificar a un catalizador en las transiciones que buscan entender y atender, de forma preponderante, las necesidades endógenas del sistema: la reforma constitucional de 2014 que dota de autonomía al INAI. Con base en el reconocimiento de sus facultades bajo el nuevo paradigma, el Instituto juega un rol vital en la disminución de las asimetrías de información existentes entre el actuar del Estado y las necesidades de la ciudadanía, dado que, en ausencia del mismo, es posible colegir -con base en la muestra de amparos sobreseídos- que el ciudadano promedio no podría ejercer sus derechos de forma eficiente ante la complejidad y profundidad de los tecnicismos, y argumentos jurídicos e incluso filosóficos que acompañan a algunas acciones por parte de particulares y sujetos obligados. En otras palabras, las y los ciudadanos no tendrían acceso a una justicia abierta basada en información de calidad que les permita fundar debidamente sus reclamos y necesidades.

Ahora bien, para llevar a cabo una evaluación objetiva del marco jurídico que configura los derechos bajo análisis en México, así como del rol del INAI en la preservación y difusión de los mismos, es necesario incorporar las circunstancias bajo las cuales fueron adoptados/creados así como del contexto en el cual son desplegados, particularmente a nivel nacional, ya que estudios

a casos concretos son escasos y limitan el análisis comparado que pudiese permitir la difusión de derechos en desarrollo de forma exógena.[3]

Dicho lo anterior, debemos partir de la premisa que los derechos que se analizaron a lo largo del presente Observatorio tienen como objetivo primordial el incrementar la confianza ciudadana en las entidades que conforman la administración pública y en sus pares, sobre todo cuando hablamos de tratamientos informacionales relativos a los elementos que configuran a los Estados post-Westfalianos; optimizar el desarrollo de las actividades administrativas que conducen a un gobierno abierto; y, consecuentemente, disminuir la corrupción y la impunidad a través de paradigmas de justicia abierta.

Consecuentemente, un primer elemento que debemos tener en mente para evaluar el desempeño del andamiaje jurídico e institucional bajo análisis es la identificación de los efectos causales, como es el incremento en la confianza en las autoridades como resultado de la entrada en vigor de una ley y no por elementos asociados a regímenes políticos específicos. Refinando un poco el método propuesto por Mueller[4], en el ejercicio estadístico se pudo verificar la eficacia de las leyes en materia de acceso a la información y protección de datos personales, no solo a través de la influencia del INAI en la preservación, difusión y evolución de los derechos referidos, sino también en el desempeño del Poder Judicial en la guía del actuar del propio Instituto. En otros términos, si se percibe un cambio entre el resultado derivado de la interpretación original y la resolución final, podemos atribuir este cambio al INAI y/o al Poder Judicial, incluyendo aquellas resoluciones donde se sobreseyó la acción dada la modificación de la norma en armonía con la legislación federal.

Por supuesto, lo anterior no debe ser calificado como un resultado de alto impacto inmediato, aunque se puede argumentar que el rol del Instituto ha ido evolucionando y sus argumentos se han ido refinando junto con los de la propia ciudadanía como se pudo apreciar en la naturaleza de las solicitudes relativas a las cadenas de valor que soportan a algunas de las vacunas para COVID-19 que se encuentran en el mercado.

[3] R. Calland y K. Bentley, “The impact and effectiveness of transparency and accountability initiatives: Freedom of information”. (2013) 31 *Development Policy Review* 69-87.
[4] C.E. Mueller, “Evaluating freedom of information laws: Objectives, approaches, and practical considerations.” (2019) 42 *International Journal of Public Administration* 1020-1030.

3.1.3.1. Demandas de amparo

El presente estudio abre argumentando que la capacidad de atraer información, constituir derechos sobre la información y distribuir la información es uno de los pilares de nuestro Estado de Derecho moderno. Tomando como referencia la experiencia de John Hampden, es natural que el análisis estadístico inicie con los juicios de amparo, toda vez que es el recurso que va a permitir al Estado y sus poderes tener un contacto directo con las necesidades endógenas que se desarrollan al interior de nuestro sistema social dinámico.

Dicho lo anterior, pudimos apreciar un conjunto de fundamentaciones sobre nuestras reglas de transición tanto en sentido positivo (como en el caso de los procesos de investigación y verificación instruidos por el INAI) como negativo (en el marco de las solicitudes que consideraban inconstitucionales preceptos de la LFPDPPP que han requerido la interacción de los tres poderes en conjunto con el Instituto para facilitar la transición hacia el régimen de autonomía del INAI, el cual, como se aprecia en este rubro y en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, no ha estado libre de fricciones, mismas que han tenido que ser atendidas por el Poder Judicial, quien, de paso, también ha validado el actuar del Ejecutivo y del Legislativo frente a los argumentos planteados por el Instituto.

En el marco de estos recursos, se aprecia que el INAI ha consolidado frente a la ciudadanía y los otros poderes su posición como órgano constitucional autónomo, a través de la consolidación del criterio jurisprudencial 2a./J. 31/2020 (10a.), pero necesita refinar sus prácticas relativas a la implementación de la norma en entornos cambiantes, ya que en el contexto de amparos directos e indirectos, se aprecian elementos que han preocupado a la ciudadanía (temas fiscales y de seguridad pública) que pueden ser rastreados a la propia negociación de la Magna Carta de 1212 y, por supuesto al contenido de los casos *Hampden, Tournier* y *Costeja,* las cuales deben ser ajustadas a nuevos entornos por el INAI, así como por los propios tribunales; una necesidad que quedó evidente en el amparo 21/2021.

En el marco de las revisiones que emanan del artículo 84 de la Ley de Amparo, y sin desviarse del patrón identificado en los amparos indirectos, encontramos que la mayoría de los asuntos se resolvieron en contra de lo planteado por el INAI, por razones como son la falta de emplazamiento, por aplicación de multas donde existían excepciones contractuales en el marco de tratamientos de datos de carácter personal, la instrucción a revelar información lo cual derivaría en daños irreparables, así como por confirmar la naturaleza reservada de información,

entre otros. Ahora, considerando la relevancia sistémica de los temas tratados en las controversias planteadas, es natural inferir que debe existir un sistema de selectividad donde ciertos asuntos puedan ser atraídos por una instancia superior. En el caso de México, la SCJN es la última o única instancia de los conflictos jurisdiccionales a través de la cual se ha definido el parámetro de acción del Instituto en el periodo de transición entre el régimen del IFAI y del INAI que se desprende de la reforma constitucional de 2014, manteniéndose así los pilares informacionales de nuestro sistema social dinámico.

Asimismo, identificamos que la ciudadanía -en ocasiones- piensa que el Instituto es una "llave mágica" que da acceso a información de toda índole, cosa que no es así. Todo ejercicio de derecho debe estar debidamente fundado y no sujeto a intereses particulares dentro del sector público como privado. También es posible apreciar que, para que la ley sea efectiva debe ser entendida y no poseer un exceso de tecnicismos que promueven la creación del nuevo "sacerdocio" del Derecho de la Información, como se aprecia en distinciones esgrimidas muy elementales como se verificó en el expediente 180/2021. El ciudadano debe ser capaz de entender de forma clara cómo la información es generada y tratada por el sector público y privado, y saber cómo ejercer sus derechos. Sobre este punto el INAI también debe jugar un rol importante en la evolución de nuestros sistemas sociales dinámicos y el fortalecimiento de una ciudadanía participativa.

3.1.3.2. Controversias constitucionales

Respecto a la interacción entre poderes donde puede existir una invasión de competencias encontramos una constante muy interesante relativa al rol del Instituto en el sistema constitucional mexicano, en el marco de las controversias constitucionales planteadas por el INAI. Como se verifica en el periodo de autonomía de la institución que nos ocupa, encontramos siete (7) demandas de controversia constitucional, de las cuales 5 hacen referencia al actuar del Tribunal Federal de Justicia Administrativa con base en las facultades que tenía previo a la entrada en vigor de la multi citada reforma constitucional de 2014, lo cual daba cierto margen de acción a practicantes para intentar evadir los efectos de resoluciones emitidas por el Instituto.

Con base en lo anterior, uno puede colegir que la creación, operación e incluso la evolución de organismos autónomos como el INAI obedece a una creciente tendencia mundial que responde a demandas endógenas convergentes que han surgido alrededor del mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas bajo las cuales dichos organismos son concebidos. Por supuesto lo anterior, no quiere decir que no existan otros modelos, como es el caso sudafricano donde, bajo su *Promotion of Access to Information Act 2000* ha instruido la inserción de un oficial de información al interior de cada sujeto obligado en ausencia de un ente autónomo como nuestro Instituto,[5] bajo el cual el tribunal administrativo referido pudiese operar como se plantea en las controversias analizadas.

Por supuesto, como uno podría esperar, el Instituto también ha sido parte pasiva en acciones de controversias constitucionales, particularmente en el contexto de interacciones que involucran diversos andamiajes constitucionales informacionales. Con relación al primer conjunto, podemos verificar la interacción y las fricciones de Hohfeld[6] en acción a nivel institucional que efectivamente van a demarcar de forma clara el marco de acción de dos organismos constitucionales autónomos: el INEGI y el INAI. Como se puede apreciar en el apartado correspondiente, la razón de ser de ambas instituciones se centra alrededor de la información y, es posible argumentar, que ambas entidades forman parte del ecosistema del Derecho de la Información; sin embargo, el primero, se centra en la generación de información estadística y geográfica, mientras que las labores del segundo -como hemos visto- se estructuran alrededor del acceso a la información y la protección de datos personales. De lo anterior se puede colegir de los argumentos de la SCJN, que ambos regímenes deben ser considerados complementarios y no antagónicos, y que ambos, desde sus respectivas funciones, facilitan el desarrollo de un sistema social dinámico transparente, necesario para consolidar un sistema de justicia abierta.

3.1.3.3. Acciones de inconstitucionalidad

En el caso mexicano, la existencia de organismos constitucionales autónomos como el INAI favorece la atención a las demandas de una población cuya heterogeneidad ha sido un desafío

[5] 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.
[6] Hohfeld, n 16.

administrativo, situación que queda perfectamente reflejada en las acciones de inconstitucionalidad que buscan homologar las normativas locales con el parámetro establecido en las reglas de transición federales. Lo anterior, no quiere decir que el INAI favorece la existencia de una sola línea argumentativa social; al contrario, el Instituto favorece, en el núcleo de nuestra democracia la configuración de una amplia gama de identidades cuya voz pueda ser escuchada con la mejor calidad posible.

Para que esto funcione, y para que nuestro sistema social dinámico continúe atendiendo las necesidades sociales frente a entornos cambiantes, las reglas de transición deben ser claras e interpretadas bajo su espíritu original. Lo anterior no representa una tarea sencilla. Como bien han evidenciado Mathew D. McCubbins[7], la intención del legislador puede no estar alineada con la de los otros poderes y sus agentes respectivos, como se puede apreciar en el contenido de las legislaciones locales en materia de archivos, protección de datos personales en posesión de sujetos obligados y de acceso a la información pública, por lo que la existencia del INAI permite contar con un agente que guíe el desarrollo de estas normas en apego al contenido de los artículos 1, 6, 16 y 73 constitucionales. Por supuesto, si el organismo está mal diseñado o hay externalidades políticas, lo anterior, puede derivar en mayores costos y frustraciones para gran parte de la población que ve atendida sólo una serie de intereses como se apreció en el multi citado caso *Hampden.*[8]

Ahora, también es importante destacar que a la par del Instituto o de forma individual, los órganos garantes locales han desempeñado una función activa bajo el presente rubro (acciones de inconstitucionalidad). De la muestra presentada bajo este rubro, es posible identificar tres categorías de acciones: 1) relativos a la gobernanza del organismo garante, 2) centrados en asimetrías normativas con la legislación general, y 3) asociados a la necesidad de un modelo de transparencia democrática. Lo anterior, en gran medida derivado de la transición operacional de modelos de agencia tradicionales a aquellos más especializados alrededor de los cuales nuestra Carta Magna estructura el sistema de órganos garantes, por lo que es posible inferir, que con el paso del tiempo deberíamos ver desaparecer estas acciones o -si existen- verificar que se resuelven en sentido positivo a favor de la parte actora.

[7] M.D. McCubbins, “The legislative design of regulatory structure”. (1985) 29 *International Journal of Public Administration* 721-748.
[8] D. Treisman, *The architecture of government. Rethinking political decentralization.* (2012, Cambridge University Press: Cambridge), p. 270.

3.1.3.4. Recursos de revisión en materia de seguridad nacional

Bajo nuestro Estado de Derecho moderno, la ciudadanía es un agente importante en la toma de decisiones y, consecuentemente, en la evolución de los Estados post-Westfalianos. Ahora, como se verificó en el caso *Hampden*, en ausencia de información personas que cuentan con algún plus valorativo pueden estar tentadas a imponer su voluntad como en el contexto que derivó en las negociaciones de Runnymeade de las cuales emergió la Magna Carta de 1212, o a diluir sus intereses bajo el velo de argumentos como el esgrimido alrededor del término "seguridad nacional".

En el presente Observatorio pudimos identificar un creciente interés -que incluso se aprecia en la evolución del planteamiento de las solicitudes- relativo a la constitución de cadenas globales de valor que involucran la participación de ambos sectores (público y privado) y que, desde la perspectiva de unas partes, su estructura puede y debe ser considerada reservada. Como se refirió en el apartado correspondiente a los amparos, el INAI no es una "llave mágica" que abre todas las puertas informacionales dentro de la República Mexicana; sin embargo es una institución, que verifica que la ciudadanía pueda acceder a información que se vincula a su propio desarrollo individual -como se verifica en los temas recurrentes de las vacunas COVID y el software espía- y, por ende, a su desarrollo social creando derechos sobre información y compartiéndola para así evidenciar nuevas necesidades endógenas que nos lleven a un nuevo Estado.

Lo anterior, hace evidente la necesidad de fomentar la especialización dentro del Instituto en materias que complementen la experiencia y conocimiento que define al INAI en materia de protección de datos personales y acceso a la información. Por ejemplo, en la totalidad de los recursos interpuestos en materia de la flota aérea disponible para el titular del Ejecutivo, podemos apreciar que faltó considerar las excepciones contempladas en la materia de aviación civil, así como el operar de las cadenas de tratamiento de información relativa a la infraestructura y operación de los sistemas desplegados por instituciones como el Estado Mayor Presidencial. En este sentido, este rubro presenta una guía útil al INAI para empezar a considerar y a hacer ejercicios sobre las cadenas de valor tecnológicas que gradualmente están siendo introducidas en los diferentes niveles de la administración pública a través de diversas soluciones inteligentes con la finalidad de poder esgrimir argumentos sólidos para confirmar o desechar la invocación

del concepto “seguridad nacional” en los recursos de revisión que ciertamente se presentarán en los años venideros respecto al tratamiento de información en el marco de dichas infraestructuras.

3.1.3.5. Tendencias jurisprudenciales en materia de justicia abierta, autodeterminación informativa y acceso a la información

En el caso de las tendencias jurisprudenciales fue posible identificar tres elementos de gran relevancia para la configuración del Estado de Derecho y, por supuesto, de nuestro modelo de justicia abierta. Encontramos, en primer lugar, el énfasis en la determinación de la naturaleza de los créditos fiscales, particularmente en el contexto de condonaciones; es decir, volvemos a los elementos sobre los cuales el mercado y la sociedad civil que, emergen de la Ilustración Escocesa, demandan conocer las condiciones de un Pareto que, en la mayoría de las ocasiones no alcanza su óptimo en perjuicio de la mayoría, como se aprecia en el caso *Hampden.* Asimismo, nos encontramos con dos tesis que en su interacción establecen los límites del actuar del Instituto a partir de la reforma constitucional de 2014, dejando muy en claro su posición en nuestro sistema social dinámica, particularmente en el contexto de la autodeterminación informativa de la persona. Por un lado, tenemos la tesis que define la transición al régimen actual del INAI (ver apartado de amparos directos) a través de la determinación de la improcedencia del juicio contencioso administrativo contra resoluciones emitidas por el Instituto en materia de protección de datos personales, mientras que, por otro lado, podemos verificar que las decisiones empiezan a centrarse en temas concretos, primero acceso a la información y, segundo -de forma dominante- autodeterminación informativa de la persona, en específico, los procesos de verificación e imposición de sanciones a través de los cuales el Instituto custodia el referido derecho. Dicho lo anterior, también es posible ver cómo en el universo de la protección de datos personales, las tesis son favorables o neutrales con respecto a las prerrogativas del Instituto en materia de sanciones; tendencia que se consolida a favor del INAI en el contexto de las tesis jurisprudenciales.

3.2. Nuevas demandas endógenas

Otro de los elementos que quedan evidenciados en el marco del presente Observatorio es la identificación de las demandas endógenas que definen a nuestro contexto. Uno podría argumentar, desde un primer punto de vista: 1) que la mayoría de las solicitudes, acciones, demandas y/o resoluciones versan sobre puntos comunes a lo largo del paso del tiempo, o 2) que, dada la heterogeneidad de la población, tendríamos infinitos intereses que no nos permitiesen identificar patrones comunes que contribuyan a generar nuevas reglas de transición que nos pudiesen conducir a un nuevo Estado. Sin embargo, como el lector ha podido apreciar en este documento, es posible identificar una multiplicidad bien definida de preocupaciones e intereses ciudadanos que obedecen a las condiciones de un contexto determinado y que buscan ajustar a nuestras leyes y a nuestras instituciones al espíritu de los tiempos.

Entre las tendencias identificadas, podemos mencionar tres principales. En primer lugar, podemos hacer mención a la entrada en vigor de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. En el marco de las interacciones que preceden al surgimiento de Internet y de la nueva primavera de la Inteligencia Artificial existía un cuerpo descentralizado de normas en México que velaban por la autodeterminación informativa de la persona en instrumentos como el Código Penal Federal, la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley Federal del Derecho de Autor. A pesar de ello, la cultura del referido derecho concebido el 15 de diciembre de 1983, no se había difundido ampliamente, hasta su inserción en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional en junio de 2009, obedeciendo a las necesidades de un contexto que depende de forma creciente de infraestructuras informacionales controladas por múltiples partes que en muchas ocasiones son desconocidas para el ciudadano promedio.

En tales consideraciones, fue evidente para el legislador mexicano que se necesitaba concebir un “poder neutro” con experiencia y conocimientos relativos a estos nuevos entornos que velara por la debida aplicación de la Ley y que coordinara -como se aprecia en gran parte de las muestras de acciones de inconstitucionalidad- la armonización del espíritu normativo que mejor atiende a las necesidades de la mayoría expuesta a un contexto de tratamientos multi jurisdiccionales.

En segundo lugar, podemos destacar la necesidad de configurar, bajo reglas claras, las bases para invocar el término “seguridad nacional”. El derecho humano a la información, para ser efectivo en el ámbito republicano, democrático y representativo, de modo que el pueblo como

único soberano pueda en verdad conocer, vigilar y controlar a los poderes constituidos durante el tiempo de su mandato y sin restricción injustificada alguna, debe ir invariablemente acompañado no sólo con la garantía tangible de acceso a la información pública, sino también con un sistema de excepciones perfectamente limitado o restringido para la publicación diferida o aplazada de ciertos contenidos en favor del gobernado.

Ambos extremos deben estar configurados de tal manera que hagan posible cumplir tanto con el principio de transparencia, como con salvaguardar -al mismo tiempo- el correcto funcionamiento del Estado mexicano. No obstante, ese funcionamiento óptimo únicamente puede tener lugar a través de excepciones delimitadas, perfectamente demostradas; es decir, única y excepcionalmente cuando se trata de informaciones particulares que verdaderamente puedan poner en riesgo a la seguridad nacional.

Finalmente, en tercer lugar, haciendo eco del caso Costeja, podemos empezar a distinguir la necesidad de configuración de nuevos derechos que den certeza al ciudadano respecto a la información que solicitan y al control que ejercen sobre su propia identidad. Después de todo, al hablar de la existencia de sistemas dinámicos, tenemos que incluir el dinamismo del entorno frente al cual evolucionan. En el caso de las cadenas de valor que estuvieron en medio de algunos de los recursos presentados y como se presentará en el apartado de recomendaciones, los titulares de los derechos que nos ocupan enfrentan escenarios frente a los cuales el derecho no termina de extrapolar los principios y normas aplicables, o que su existencia no estuvo contemplada en la redacción de la norma original.

3.3. La Cuarta Revolución Industrial

La historia de los desarrollos tecnológicos está repleta de argumentos que afirman que cierta tecnología es o será disruptiva y que va a dejar en el olvido al marco jurídico-institucional aplicable[9]. En el contexto de la denominada Cuarta Revolución Industrial, instituciones como la

[9] Millard, C. “Blockchain and Law: Incompatible Codes?” (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 843-846. P. 843.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual[10] y la Oficina Europea de Patentes[11], han evidenciado que países como China y los Estados Unidos han identificado el potencial y desarrollan activamente tecnologías como Inteligencia Artificial (IA), Registros Distribuidos, 5G, entre otras, que han cambiado la forma en que los usuarios interactúan: sus dispositivos móviles, tabletas y laptops[12]. Además, la difusión de estas tecnologías está diluyendo gradualmente las líneas entre los entornos físicos, digitales e incluso biológicos, como podemos verificar en el caso de los *xenobots*[13], configurando así lo que Kevin Kelly describe como el *technium*[14]. En este entorno de creciente complejidad, nuestra *persona digital*[15] deja no solo miles sino millones de rastros de su existencia y de sus interacciones. Cuando usamos nuestro celular, cuando le damos "like" a un post en alguna red social, cuando hacemos compras en línea, o simplemente por las copias generadas almacenadas en diferentes dispositivos y jurisdicciones por la propia naturaleza de la red de redes, nuestra información es tratada a través de diversas infraestructuras que, en la mayoría de las ocasiones, son desconocidas por el usuario.

Ante esta gran cantidad de datos y potencial disruptivo, no es sorprendente que se empiece a discutir el cómo introducir gradualmente estas tecnologías en la configuración y ejecución del contrato social[16]; consecuentemente, empezamos a escuchar a través de diversos medios como entidades de la administración pública alrededor del mundo empiezan a planear

---

[10] Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "WIPO IP Facts and Figures 2018*".* (2019) Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_943_2018.pdf, *OMPI* (Consultado el día 28 de enero de 2019.)

[11] European Patent Office, "Patents and the Fourth Industrial Revolution. The Inventions behind Digital Transformation." (2017), Disponible en http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/17FDB5538E87B4B9C12581EF0045762F/$FILE/fourth_industrial_revolution_2017__en.pdf, *EPO* (Consultado el 11 de diciembre de 2017).

[12] F. Leibert, "New Computing in Digital Marketplaces Unleashed." En C. Linnhoff-Popien, R. Schneider and M. Zaddach (eds), *Digital Marketplaces Unleashed.* (2018, Berlin: Springer-Verlag) 13-16, p. 14.

[13] Kriegman, S., D. Blackiston, M. Levin & J. Bongard. "A scalable Pipeline for Designing Reconfigurable Organisms." (2020) 117 *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 1853-1859.

[14] Kevin Kelly argumenta, bajo este término, que las invenciones e innovaciones tecnológicas que incorporamos en de forma creciente en nuestras vidas se han vuelto tan complejas que estamos atestiguando el surgimiento de vasto sistema socio-tecnológico que se difunde sobre las interdependencias entre usuarios e infraestructuras. Ver K. Kelly, *What Technology Wants*. (2010, New York: Viking Press).

[15] Roger Clarke define a la persona digital como un modelo público de la personalidad individual basado en información y mantenido a través de interacciones, cuya finalidad es actuar como una representación del titular. Ver R. Clarke, "The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance." (1994) 10 *The Information Society* 77-92, p. 77.

[16] U. Kohl, "The Rise of Online Intermediaries in the Governance of the Internet and Beyond." (2012) 26 *International Review of Law, Computers & Technology* 185-210, at 187-188.

sus estrategias, a dar seguimiento a huellas digitales, a identificar tendencias, e incluso a decidir quién, cuándo y dónde monitorear[17].

En ese sentido, dichos aspectos cobran especial relevancia acerca del profundo cambio que produce la introducción de estas tecnologías en la interacción del Estado y sociedad. Así, la aplicación de la IA en el área del Derecho, como es el justicia o gobierno abiertos, y los múltiples compromisos pactados en él, implican una nueva redirección en diversas áreas: Contratación Electrónica, Derecho a la Información, Apertura y uso de Datos, entre otros. Lo anterior, involucra un reto primordial para las Administraciones Públicas de todos los Estados, la cual está siendo soslayada rápidamente por la Administración Pública Electrónica. Por esta razón, los estudiosos del Derecho y los funcionarios públicos requerirán de conocimientos especializados en el tema, para no ser sesgados por la Cuarta Revolución Industrial.

3.4. Cajas negras

Bajo esa lógica, y atendiendo a la trascendencia de la tecnología en el desarrollo de la ciencia jurídica, como resultaron ser los datos expuestos en el presente capitulo estadístico, pone en evidencia la debatida relación entre la implementación de la inteligencia artificial y sus algoritmos. Por tal motivo, y en el contexto de la administración y ejecución del contrato social, se ha argumentado que las cajas negras algorítmicas[18] son una herramienta poderosa para incrementar la eficiencia y la efectividad del gobierno a través de una mezcla de automatización y nuevos canales de distribución de servicios públicos. Ciertamente, lo anterior se vuelve una necesidad por el surgimiento de Big Data, un entorno constituido por la digitalización donde tenemos una gran cantidad de información que no pueden ser tratada por procesos analógicos.

El uso de algoritmos ha sido analizado en el contexto de diversas ciencias sociales, incluyendo la sociología, comunicación y medios, y el derecho. En el contexto de nuestro estudio, la adopción de Big Data por parte de la administración pública -ver, por ejemplo, el contexto del

[17] Brayne, S. *Predict and Surveil. Data, Discretion, and the Future of Policing.* (2020, Oxford: Oxford University Press), p. 2

[18] A. Deeks, "The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence." (2019) 119 *Columbia Law Review* 1829-1850, p. 1829; F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and information.* (2015, Massachusetts. Harvard University Press).

censo que derivó en la creación de la autodeterminación informativa de la persona- es parte integral de un cambio hacia el tratamiento masivo de datos a través de tecnologías como Machine Learning (ML). Desde la simple vigilancia hasta la recomendación de la resolución a emitirse, los algoritmos ofrecen nuevas posibilidades para modelar, tratar y explotar grandes bases de datos en formas novedosas e incluso inesperadas, por lo que permean en nuestro sistema de impartición de justicia[19]. Sin embargo, las conclusiones que emergen de estos tratamientos son determinadas por fórmulas complejas desarrolladas por legiones de ingenieros y protegidas por redes contractuales que no son transparentes para las partes involucradas, incluyendo al Estado mismo[20], lo cual puede derivar –y nos atrevemos a decir que va a derivar- en impunidad algorítmica.

De acuerdo a Frank Pasquale[21] hay tres estrategias para configurar una "caja negra": 1) estrategia de secrecía "real," 2) estrategia de secrecía "legal," 3) y estrategias de ofuscamiento. La secrecía real establece barreras físicas y tecnológicas entre la información a proteger y el acceso no autorizado por parte de personas no facultadas para ello. Como ejemplo de estas medidas contamos con la infraestructura física y tecnológica que empleamos para proteger información a la luz de los requerimientos establecidos por instrumentos normativos como la LFPDPPP. La secrecía "legal" se protege en torno a secretos industriales y diversos esquemas de confidencialidad, como los que encontramos en nuestra nueva Ley Federal para la Protección de la Propiedad Industrial. Finalmente, las estrategias de ofuscamiento involucran el intento deliberado de diluir la información en información no relevante, descentralizar los términos contractuales relevantes o el uso excesivo de tecnicismos como podemos ver en los en el marco de los recursos de revisión atendidos por el Instituto[22].

A pesar de ello, alrededor del mundo, un número creciente de entidades soberanas busca incorporar nuevas técnicas y tecnologías para mejorar el tratamiento de información con la finalidad de mejorar la prestación de servicios públicos. Estas reformas se han materializado a través de la transformación de su oferta de servicios digitales como el "e-government" y la creación de infraestructuras de datos integradas.[23]

---

[19] Brayne, n 15.
[20] Pasquale n 16.
[21] *Ibid,* p. 6.
[22] G.N. La Diega and I. Walden, "Contracting for the 'Internet of Things': Looking into the Nest" (2016) 7 *European Journal of Law and Technology* 1-21, p. 2; Pasquale, n 16, p. 6.
[23] M. Veale y I. Brass. "Public Management Meets Public Sector Machine Learning" En K. Yeung & M. Lodge (Eds.), *Algorithmic Regulation,* (2019, Oxford: Oxford University Press) 121-149, p. 121.

Por supuesto, uno puede entender que el Estado siempre ha dependido de información para gobernar, como lo podemos apreciar en el caso de los servicios ofertados por los talentosos Talleyrand y Fouché en el marco del Imperio Napoleónico. Lo que es novedoso y relevante es que el Estado depende de forma creciente en proveedores privados para tratar la información, paradójicamente, en ejercicio de su Soberanía Digital. Esta privatización en las cadenas de tratamiento nos invita a preguntarnos ¿quiénes queremos que generen los sesgos por medio de los cuales se generarán las nuevas reglas de transición?

En virtud de lo anterior, las cajas negras algorítmicas que nos ocupan están estructuradas alrededor de modelos que, por su propia naturaleza, son simplificaciones[24]. Consecuentemente, podemos colegir que ningún modelo puede incluir todos los escenarios que la complejidad del mundo real tiene para ofrecer y por ello, información importante será descartada, reflejando así los juicios y prioridades de sus desarrolladores[25]. Adicionalmente, la conclusión de que una caja negra funciona o no, también es una opinión que se sustenta en nuestra percepción formal y/o informal de éxito con base en los objetivos establecidos por las partes involucradas[26]. Es decir, que la interpretación respecto a la neutralidad teórica de estas aplicaciones va a derivar en interpretaciones subjetivas que en muchas ocasiones derivarán en impunidad.

Ante el problema de esta impunidad algorítmica, podemos colegir que tenemos una gran labor delante de nosotros relativa al desarrollo e introducción de nuevas tecnologías en nuestros sistemas de acceso a la información, así como en su regulación. En el contexto de la impunidad algorítmica tendremos que preguntarnos: ¿cuál debe ser el proceso de selección de la tecnología?, ¿quiénes están detrás del desarrollo y ejecución de ciertas aplicaciones?, ¿qué constituye una resolución judicial satisfactoria?, ¿cómo se debe estructurar la información a tratarse en diversas partes de las arquitecturas informáticas involucradas?, ¿quién debe –y bajo qué condiciones- emplear la información generada por estas aplicaciones? Las respuestas a estas preguntas nos permitirán establecer las bases sobre las cuales generaremos la regulación correspondiente.

En el marco de las bases antes referidas, también se puede argumentar que no siempre es deseable acceder a los inputs que forman parte del proceso intelectual que nos conduce a cierta decisión administrativa. Esta aseveración puede sonar contradictoria o incluso implausible;

---

[24] C. O'Neil, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy.* (2017, New York: Broadway Books), p. 20.
[25] *Ibid.*
[26] *Ibid.*

sin embargo, en la práctica, un sujeto obligado puede sostener una gran cantidad de conversaciones, recibir sugerencias, plantear diferentes ideas, plantear dudas, etc. ¿Es importante y/o deseable que una idea que fue irrelevante, y que nunca formó parte del output, sea transparentada? Si buscadores como Google emplean ML, ¿los sujetos obligados tendrían que transparentar la caja negra de Google si acceden al buscador durante el desarrollo de un proceso específico? Y ¿cuántos procedimientos cambiarían su rumbo bajo esa premisa?

Finalmente, algo que podemos colegir del contenido de la presente contribución, es que el uso de cajas negras algorítmicas no sigue un patrón uniforme. Tenemos algoritmos que son elegidos acorde a 1) el elemento de tratamiento, es decir si se va a emplear para buscar información, asociar patrones, crear nueva información, o incluso para eliminarla, 3) el tipo de información a ser tratada y 2) el nivel de participación humana en el proceso de tratamiento de información. Como podemos ver, para disminuir la brecha de impunidad algorítmica, tendremos que trabajar en la selección de tecnologías y en el entendimiento de estas ya que el futuro de la impunidad no se centrará del todo en malas interpretaciones o en actos de corrupción, sino en la ausencia de explicabilidad de los procesos como se verificó en el famoso caso *State v Loomis*[27], que nos conducirán a las decisiones judiciales y administrativas del futuro no muy lejano a nuestro pesar.

3.5. Justicia abierta

Dada la inmediatez y las aparentes virtudes neutrales de los algoritmos relacionados a dichas tecnologías, no es de extrañar que la sociedad civil e incluso el mercado –en ejercicio de su poder infraestructural- busquen impulsar la implementación de propuestas definidas bajo la etiqueta de “Justicia Abierta.” Sin embargo, la adopción de estos esquemas de gobernanza en el poder judicial dependerá en gran medida de la adecuación del marco normativo y de la participación de instituciones como el INAI. Bajo esta línea, 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

[27] [2016] 881 N.W.2d 749 (US).

y publicidad como se destaca en las Tesis Aisladas XVII.1o.P.A.40 P (10a.) y 1a. CDXI/2014 (10a.), a través de las siguientes medidas[28]:

1. Proveer la infraestructura necesaria para que el público y los medios de comunicación puedan seguir un asunto en particular.
2. El derecho de los presentes a reportar lo acontecido en el procedimiento sin incurrir en responsabilidades.
3. Si hay documentos involucrados, estos, respetando las obligaciones de secrecía impuestas por regulaciones específicas, deberán estar disponibles para el público.
4. Siguiendo el derecho a informar, el público debe tener acceso a la identidad de las partes involucradas en el asunto a resolver.
5. Se debe garantizar el derecho de las partes involucradas de estar presentes durante el desarrollo del procedimiento y de replicar a sus contrapartes y terceros interesados.

La necesidad de adoptar innovaciones y difundirlas a través de estos paradigmas es de vital importancia en países como México, considerando que estudios como el Índice Global de Impunidad 2018[29] destacan que la desconfianza en el poder judicial se ha incrementado en contraste con la tendencia ligeramente alcista mostrada en el *Global Corruption Barometer 2017*[30]. Sin embargo, como se apreció en el marco de múltiples juicios de amparo y de los recursos de revisión que involucraban el empleo del argumento relativo a la "seguridad nacional", la implementación en ausencia de un moderador como el Instituto, podría derivar en la referida impunidad algorítmica.

Por otro lado y, como quedó reflejado en el presente estudio, el INAI puede jugar un rol en el incremento de la confianza ciudadana frente a las instituciones, toda vez que el Instituto ha procurado fomentar y difundir el principio de equidad y de acceso a la información contenido en los artículos 1o y 6o constitucionales, lo cual puede derivar en un incremento en el planteamiento de solicitudes de acceso que se considerarán debidamente velados, así como de ejercicios de derechos ARCO frente a sujetos obligados que puedan satisfacer las necesidades informacionales de los titulares de forma más rápida y eficiente con base en los criterios y antecedentes que se han presentado a lo largo de este Observatorio.

---

[28] J. Jaconelli, *Open Justice. A Critique of the Pubic Trial*. (2002, Oxford: Oxford University Press).

[29] J.A. LeClercq y G. Rodríguez (eds), *Índice de Impunidad Global México 2018* (2018) consultado en https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf.

[30] C. Pring, *Global Corruption Barometer 2017* (2017) consultado en https://www.transparency.org/research/gcb/gcb_2015_16/0.

Por supuesto, la Justicia abierta se ha expandido más allá de la transparencia y ahora promueve la participación de la sociedad civil a través de las tecnologías antes descritas y de las redes sociales, frente a lo cual el Instituto debe ser capaz de interpretar adecuadamente los principios y normas que regulan al Derecho de la Información en México y proyectarlas al nuevo entorno digital, bajo el amparo de un lenguaje sencillo y comprensible apto para un público no familiarizado con este derecho. No obstante, este escenario resulta ser un desafío, cuya premisa se basa en la accesibilidad de todos los ciudadanos en su conjunto.

3.6. Recomendaciones

Como el propio ser humano y los sistemas dinámicos (incluyendo los sociales) que emergen de sus interacciones para atender las necesidades de las fricciones que emergen de los mismos como lo plantea de forma acertada Wesly Hohfeld[31], ningún paradigma normativo e institucional es perfecto. Por ello, es importante hacer énfasis que la propia sociedad es un sistema dinámico que evoluciona frente a su entorno, fluyendo de un entorno a otro a través de reglas de transición dinámicas representadas por la Ley y las instituciones que emanan de la misma. En el marco de nuestros Estados post-Westfalianos, dichas transiciones requieren de información para poder tomar decisiones informadas que beneficien a la mayoría en el ámbito individual y colectivo.

Finalmente, también los resultados y análisis aquí presentados pueden ser de utilidad para legisladores, reguladores y supervisores vinculados a los diferentes niveles de la administración pública con la finalidad de legitimar los recursos empleados para conseguir los objetivos que se desprenden de nuestra Carta Magna, monitorear y controlar la consecución de dichos objetivos, e iniciar un proceso de aprendizaje y desarrollo de las normas e instituciones encargadas de garantizar el derecho de acceso a la información y de la protección de datos personales.[32]

Por ello, y con la finalidad de ser propositivos, consideramos que hay áreas de oportunidad en los siguientes rubros:

[31] W. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.” (1914) 16 *Yale Law Journal* 16-59, at 30.

[32] C.E. Mueller, “Evaluating freedom of information laws: Objectives, approaches, and practical considerations”. (2019) 42 *International Journal of Public Administration* 1020-1030, p. 1021.

1. **Acceso universal al Derecho de la Información.** Los derechos de acceso a la información y protección de datos personales han incrementado su relevancia los últimos diez años; sin embargo, se suele argumentar que su ejercicio depende en gran manera de un dominio de los tecnicismos jurídicos y tecnológicos que están fuera del alcance del ciudadano promedio. Para enfrentar lo anterior, se recomienda que el Instituto lidere actividades de educación donde participen el Estado, la sociedad civil y el mercado con la finalidad de generar diccionarios de términos indispensables para ejercitar los derechos, e incluso involucrarse y fomentar el desarrollo de normas que busquen regular el tratamiento automatizado de información, como se puede verificar en el artículo 3(1) y Anexo I del borrador de la legislación europea sobre Inteligencia Artificial que busca presentar una definición sencilla relativa a qué es y cómo funcionan estos sistemas.
   Asimismo, dando seguimiento al análisis estadístico, en el marco de las acciones de inconstitucionalidad, pudimos verificar que, en muchas ocasiones, existían asimetrías entre las legislaciones locales y federales en materia de protección de datos personales en jurisdicciones donde hay gran concentración de poblaciones indígenas, por lo que los esfuerzos aquí referidos deben contemplar a dichas poblaciones, considerando que su propia identidad cultural depende de sobremanera del ejercicio de la autodeterminación informativa de la persona.

   Por otra parte, un ejemplo caso digno de mención, y que permitiría la inclusión de este sector, es el brindado por el caso canadiense, que en el cumplimiento de su deber de consultar a los pueblos indígenas sobre proyectos que pudieran tener un posible impacto negativo sobre sus derechos, ha efectuado una serie de mecanismos para tal fin, como es la implementación del Sistema de Información sobre Derechos de los Aborígenes y los Tratados (ATRIS) basado en una web que localiza a las comunidades indígenas y muestra información relacionada con sus derechos aborígenes o tratados potenciales o establecidos Así, desde 2008 las relaciones corona-indígenas y asuntos del norte de Canadá (CIRNAC), ha realizado un trabajo muy intenso de capacitación, pautas y otras herramientas, para consolidar este deber.[33]

[33] Government of Canada, ""Aboriginal and Treaty Rights Information System". Disponible en: https: https://sidait-atris.aadnc-aandc.gc.ca/atris_online/home-accueil.aspx. (Consultado el 2 de diciembre de 2022).

2. **Verificar la necesidad de fomentar el desarrollo de nuevos derechos.** Otro tema común que aparece en las decisiones analizadas en el presente Observatorio es la existencia de un conjunto de tecnologías que se han definido por su grado de ofuscamiento. Ante tal hecho, se ha argumentado que las mismas entran en conflicto con los principios de tratamiento encontrados en las legislaciones aplicadas a los particulares y sujetos obligados dado que en muchas ocasiones ni los propios responsables y encargados pueden comprender, y menos explicar, como un sistema particular llega a un resultado determinado. Sin embargo, a pesar de la popularidad de dicho argumento, es posible afirmar que su uso puede ser definido como un abuso del lenguaje, dado que al declarar que las acciones de una tecnología no pueden ser comprendidas, le atribuimos valores al sistema y no a los humanos que la diseñaron, construyeron y desplegaron. El principio de "Explicabilidad" aquí propuesto destaca lo anterior ya que la "inexplicabilidad" de un sistema informático no deriva de su complejidad tecnológica sino de una dinámica de poder relativa a la elección por parte de responsables, encargados y terceros de una herramienta para ser desplegada en un contexto específico.

   Con esto en mente, y considerando las ponderaciones de riesgos contenidas en la legislación europea sobre IA, podemos definir que el principio de Explicabilidad se desprende de los principios de información y consentimiento a través de los cuales el titular puede consentir u oponerse a un tratamiento automatizado, una vez se le ha informado de dicha característica operacional. Sin embargo, el principio aquí planteado va más allá, ya que no basta con informar que se va a emplear una IA u otra tecnología para llevar a cabo el tratamiento, sino que también se debe poner a consideración al titular, de forma simple, sin tecnicismos, de forma concreta y en un marco de tiempo razonable el tipo de tecnología empleada, así como los elementos operacionales a emplearse, refinando así nuestro arsenal normativo para procurar la autodeterminación informativa de la persona en lo que Frank Pasquale define como una sociedad de cajas negras.

3. **Seguridad Nacional.** En materia de seguridad nacional, es importante conseguir un balance entre las necesidades informacionales endógenas y la protección de la seguridad nacional. Para este efecto, uno puede hacer referencia a los Principios Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información, los cuales fueron redactados por 22 organizaciones de la sociedad civil, un grupo de expertos académicos quienes incorporaron las lecciones obtenidas de las mejores prácticas a nivel internacional. De dichos principios, uno puede destacar que todas las personas tienen derecho a buscar, recibir, usar y difundir información que esté en poder de autoridades públicas u otros órganos que actúen en su representación, o cuyo acceso haya sido reconocido legalmente a las autoridades públicas.[34] Sólo las autoridades públicas cuyas responsabilidades específicas incluyan la protección de la seguridad nacional podrán hacerla valer como fundamento para clasificar información, siempre que demuestre la legitimidad de cualquier restricción que se aplique. En términos generales "el derecho a la información debería interpretarse y aplicarse en sentido amplio, mientras que la interpretación de las restricciones debería ser acotada."[35]

Por otra parte, el concepto de "seguridad nacional" aquí explicado, representa un tema complejo, que el Instituto y la ciudadanía dadera de vigilar con recelo, ya que su uso puede generar un panorama de discrecionalidad por parte del Ejecutivo Federal, dado que este posee el recurso de revisión ante la SCJN, cuando considere que las resoluciones emitidas por el INAI ponen en peligro la seguridad nacional y estas no lo sean. Por lo tanto, deberá de existir un dialogo contante entre estos dos entes, para resguardar en todo momento el derecho a saber de la sociedad.

---

[34] Open Society Justice Initiative, "The Tshwane Principles on National Security and the Right to Information. An Overview in 15 Points". Disponible en https://www.justiceinitiative.org/publications/tshwane-principles-national-security-and-right-information-overview-15-points#:~:text=June%202013-,The%20Tshwane%20Principles%20on%20National%20Security%20and%20the%20Right%20to,and%20national%20law%20and%20practices., *Open Society Justice Inititive* (Consultado el 22 de septiembre de 2022).

[35] Open Society Justice Initiative, "Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información. Los Principios de Tshwane. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Taller_Alto_Nivel_Paraguay_2018_documentos_referencia_Principios_Tshwane.pdf, *Organización de Estados Americanos* (Consultado el 22 de septiembre de 2022).

4. **Creación Normativa.** El INAI debe adoptar de forma más activa su rol como órgano constitucional autónomo "guía" en materia de transparencia en el ejercicio de la función pública, así como fomentar el desarrollo armónico de esquemas de gobernanza. Para tal efecto, se recomienda que el INAI, en adición a los reportes y recomendaciones que genera, promueva ejercicios de reforma y creación normativa que reflejen las necesidades endógenas en materia de derechos informacionales de forma similar a los esfuerzos que ponen en práctica instituciones como la *Law Commission* en el Reino Unido, la cual convoca frecuentemente al mercado y a la sociedad civil para generar estándares e incluso propuestas legislativas que en muchas ocasiones terminan siendo aceptadas e incorporadas como nuevas reglas de transición por parte del Estado; todos productos deseables en el marco de una transición a un modelo de justicia abierta en la Cuarta Revolución Industrial.

5. **Educación.** Bajo el mismo espíritu del punto precedente, se debe implementar un programa de educación de la población respecto a los fundamentos que dan forma a los derechos informacionales aquí presentados con la finalidad de que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos de forma libre e informada, libre de tecnicismos y con las mejores herramientas que puede proveer el gobierno abierto, el cual, a su vez debe constituirse sobre los pilares del Derecho de la Información. Esto ayudaría de sobremanera a disminuir el número de recursos interpuestos contra el actuar de las autoridades (incluyendo el INAI) que son desechados o sobreseídos por presentarse de forma extemporánea o en le etapa procesal errónea.

6. **Fortalecimiento de la ciudadanía:** Es menester señalar que, cuanto más conozca y comprenda la ciudadanía el trabajo que hace su gobierno, y cuanto más puedan participar activamente en él, más fortalecido estará democracia. Por ello, la importancia que el INAI, sensibilice en la sociedad sobre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, con una divulgación proactiva, que permita el fortalecimiento de una ciudadanía, critica e informada, para que esta pueda ser parte fundamental de soluciones y no únicamente figure como espectador de los diversos problemas que atañen al país.

A la luz de estas recomendaciones, hemos verificado un punto de gran relevancia para el ejercicio, cuidado y difusión de estos derechos: la existencia de órganos constitucionales autónomos, entre los cuales podemos destacar al INAI. Ciertamente el INAI, así como organismos similares encontrados alrededor del mundo no son perfectos derivado del dinamismo del contexto en el cual se desenvuelven, pero proveen de un pilar para el sano desarrollo de las interacciones entre el Estado y los ciudadanos, así como entre estos en ausencia de un plus valorativo.

Asimismo, la legislación en la materia, en términos generales cumple con las tendencias globales e incluye los elementos de auto estructuración y autorregulación que han emergido del sector privado, representando así un ejercicio de gobernanza en donde el Estado, el mercado y la sociedad civil juegan roles importantes. Ahora, en el marco de dicha interacción, es necesario contar con un organismo que cuente con personal experimentado en las materias aquí planteadas y que pueda guiar no solo a la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos sino que pueda actuar como guía para que la administración pública pueda materializar la mayor cantidad de objetivos en beneficio de la mayoría sin vulnerar consciente o inconscientemente los derechos informacionales de la sociedad en un contexto donde se ha dicho en innumerables ocasiones que la información es el nuevo petróleo.

En el marco del ejercicio de algunos de estos derechos, se han escuchado voces que han argumentado que el ejercicio de estos derechos y el acompañamiento que hace el INAI a los mismos obedece a intereses particulares. No es objeto del presente trabajo entrar en dicha discusión; sin embargo, es importante destacar que más allá de los argumentos relativos al desarrollo económico e infraestructural de nuestra Nación, también el ejercicio óptimo de los derechos informacionales analizados permite incrementar la credibilidad política, así como en las preferencias normativas asociadas a las demandas endógenas sociales, y en el proceso de elaboración y ejecución de política pública.[36]

Finalmente, de acuerdo con los datos aquí analizados, el INAI como órgano constitucional autónomo, ejerce un papel fundamental en el Estado Democrático de Derecho, dado que establece los lazos de información y vigilancia entre la sociedad y el Estado. Por ello, la importancia de su consolidación institucional, ya que una adecuada operatividad es eje central para evitar opacidad y abuso de poder, como sucedieron en Estados totalitarios o monárquicos.

[36] D. Berliner. “Institutionalizing Transparency: The Global Spread of Freedom of Information in Law and Practice”. (2012), disponible en https://digital.lib.washington.edu/researchworks/handle/1773/21770, *The University of Washington* (consultado el 22 de noviembre de 2022).

Además, de ser una institución de control primordial para el fortalecimiento de una ciudadanía critica e informada, que tanto requiere nuestro país.