



# PROYECTO DE REFORMA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL

DOCTOR SERGIO LÓPEZ AYLLÓN  
Director General del Centro de Investigación  
y Docencia Económicas, A.C.

Muy buenas tardes tengan todos ustedes. Quiero, en primer lugar, agradecer el honor que me hacen el Consejo de la Judicatura Federal, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación por permitirme dirigirme a ustedes esta tarde en el marco de este muy importante *Seminario Internacional de Transparencia Judicial 2013*; evento que año con año se ha venido realizando desde 2003 y que, yo creo, ha contribuido a poner en la mesa de discusión estos nuevos derechos y todas las implicaciones que han tenido para la vida institucional de México en el conjunto y, en particular, de los poderes judiciales, porque como veremos, la incidencia es muy amplia.

Realmente es para mí un honor, un privilegio poder tener el uso de la palabra esta tarde para poder conversar con ustedes sobre diversos aspectos relacionados con el nuevo diseño institucional que se deriva de la que potencialmente será la segunda gran reforma en materia de acceso a la información de la década.

Y vamos a ver que realmente esta reforma plantea dilemas muy importantes, muy interesantes en el rápido desarrollo que ha tenido el derecho de acceso a la información y, ahora, el derecho de protección de datos personales, a partir de 2003.

Me voy a permitir entonces dividir la plática en dos grandes secciones. La primera, y abusando de su paciencia, quisiera hacer un muy rápido recorrido de dónde venimos, y cuando digo de dónde venimos incluso me voy a ir lejos en el tiempo, y entender la evolución que ha tenido la conformación de estos derechos en el marco jurídico e institucional de nuestro país, para después profundizar en una segunda parte, en cuáles son las novedades que trae el proyecto de reformas a la Constitución que ahora está siendo dictaminado en el Senado de la República, y ver cómo va a tener una incidencia muy importante en el diseño de lo que va a ser una nueva Ley General en la materia; Ley General, que por cierto, no va a estar exenta de problemas técnicos y conceptuales relevantes que quisiera poner en la mesa para su consideración y discusión, si tuviéramos el tiempo.

Permítanme entonces empezar, como yo digo, lejos y quisiera plantear una primera pregunta. Estas ideas de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales, ¿son modas relativamente pasajeras, son ocurrencias académicas, son simplemente algo políticamente correcto que a los políticos les parece bien y nadie se atreve de frente a decir que no, pero que se acercan más a lo políticamente correcto que a convicciones profundas respecto de la democracia y de la manera en que esta opera?

Aquí, quisiera simplemente para abrir boca, llamar la atención sobre este mapamundi que muestra cuál es el estado de las Leyes de Acceso a la Información alrededor del mundo.

Los países que ven en color verde oscuro, no sé si estén alcanzando a ver, son aquellos países que tienen legislaciones nacionales en materia de acceso a la información; los que están en verde un poco más claro, son países que no tienen exactamente leyes nacionales, pero que están cubiertas por algún tipo de legislación; los que están en amarillo, son países que están discutiendo leyes de acceso a la información; y los que están en blanco, son aquellos en que este tipo de legislación no ha progresado.

Si hubiéramos visto este mapa hace 10 años, los países que estarían en verde serían muchos menos; y si lo hubiéramos visto hace 20 años, a principio de los noventa, básicamente hubieran sido unos pocos países los que tendrían esta condición.

Lo que quiero decir es que hay un movimiento muy claro a partir de los años noventa, y que tiene que ver con las nuevas formas de concebir a las democracias, particularmente después de la caída del Muro de Berlín, en el que la mayor parte de los países del mundo legislan y producen leyes en materia de acceso a la información.

Y me importa destacar esto para que no nos sintamos aislados en este proceso; sino que es un proceso de aprendizaje y de construcción institucional que se comparte con muchos países en el mundo, y que solamente algunos pocos países que tenían una tradición más amplia en esta materia, son los veteranos, y son muy pocos; y solo muy pocos realmente nos inscribimos en un proceso que tiene características globales y que ha ido construyendo una serie de instrumentos tanto normativos, como institucionales, orientados a proteger el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales.

Entonces, la idea subyacente en la presentación es que estamos frente, al menos, a dos derechos fundamentales: El derecho de acceso a la información y la protección de datos personales. Le pondría un paréntesis a la transparencia,



porque la transparencia es más próxima a una política pública que a un derecho en sentido estricto; sin embargo, se deriva del acceso a la información.

Se trata, como les decía, de derechos fundamentales que se han convertido y se han construido como condiciones necesarias para la gobernanza democrática. Esto tiene que ver tanto con las condiciones de concepción democrática de los Estados modernos; pero también tiene que ver con la incidencia que han tenido las tecnologías de la información y que están transformando muchas de las modalidades en que estos derechos funcionan.

Dicho esto que me sirve de introducción, puedo pasar a la primera parte, que lo voy a hacer acto seguido; y es hacer un rápido recorrido de dónde venimos. Y permítanme para este recorrido remontarme hasta la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*, la Declaración Francesa que, como ustedes saben, marca el inicio del constitucionalismo moderno, en particular en la vertiente de los derechos fundamentales o de los derechos humanos.

El artículo 11 de esta declaración garantizaba o protegía, enunciaba la libertad de expresión concebida como uno de los derechos, decía, más preciosos del hombre. Y esta idea de la libertad de expresión se plantea entonces como una de las piedras angulares de la construcción de derechos contemporánea; esta posibilidad que se le reconoce a cualquier persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas, sin limitación.

Sin embargo, si lo ven ustedes –aquí lo estoy traduciendo en términos de las teorías de la comunicación–, esta concepción tradicional de la libertad de expresión fundamentalmente protege al emisor de la información; es decir, le otorga una amplia posibilidad de acción a aquellos que expresan o difunden sus ideas, sus opiniones.

En la evolución de esta libertad y, sobre todo, derivada a partir de finales del siglo XIX de la generación de los nuevos medios de comunicación –particularmente los electrónicos–, y de ciertos abusos que se generan al final de la primera mitad del siglo XX, particularmente en los regímenes comunistas, el nazismo, el fascismo, en que no había un coto, cuando llegamos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, encontramos desde entonces –y aquí llamo su atención a que entonces no estamos frente a algo tan nuevo como podría parecer y ahora les voy a argumentar por qué– hay una modificación en la concepción de la libertad de expresión.

Entonces, si bien se mantiene esta idea de una libertad que protege al emisor de la información, también se incluyen la de no ser molestado a casos de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones. Estos son los dos verbos que me importa destacar: investigar y recibir informaciones y opiniones.

¿Por qué me importa destacarlo? Porque en ese momento, la libertad de expresión ya no va a proteger solo al emisor de la información, sino también al receptor, al que se le otorga esta potestad de investigar y de recibir informaciones y opiniones sin limitación.

Esta idea es la que se va plasmando en diferentes instrumentos de protección de derechos humanos: el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades, en el artículo 10; y muy particularmente y relevantes para nosotros, siempre lo han sido, pero quizás en particular después de la reforma del artículo 1° del año 2011, todavía lo hacen más, el artículo 13 de la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*; y el artículo 19 del Pacto Internacional de los *Derechos Civiles y Políticos*.

Los destaco porque estos dos artículos, el 13 y el 19, contenían ya claramente desde su origen, desde su concepción, esta idea del acceso a la información como un derecho central en la construcción democrática.

¿Y por qué es esto? Porque analíticamente entonces la libertad de expresión, en su construcción moderna, implica tres libertades distintas pero interrelacionadas: la libertad de buscar o investigar, la libertad de recibir, y la libertad de difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio.

Son, en particular, estas dos primeras libertades las que van a ir conformando lo que hoy conocemos como el derecho de acceso a la información.

Esto se había ya reconocido doctrinalmente desde por lo menos los años ochenta, pero fue recientemente en un caso que se resolvió en septiembre de 2006, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Claude Reyes y otros, contra Chile* –un caso en materia de inversión extranjera muy interesante, pero no tendría ahora tiempo para desarrollarlo–, en que la Corte, ya de manera explícita y amplia, reconoce que el artículo 13 de la Convención –cito– “...protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado...”, obviamente con las salvedades que establece la propia Convención.

En esta misma sentencia, la Corte Interamericana reconoce que existe una obligación positiva del Estado de entregar la información; es decir, no solamente hay una vertiente de protección pasiva, sino una obligación positiva, una acción del Estado para entregar la información.

Y finalmente, tercer principio central: que la información debe ser entregada sin necesidad de demostrar un interés directo.

En esta sentencia, la Corte Interamericana esboza ya claramente el contenido del derecho a acceso a la información desde los instrumentos convencionales;



y en 2010, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, que contiene el estándar interamericano en la materia y sirve de modelo para evaluar el contenido de las leyes nacionales y subnacionales existentes.

Simplemente, como una nota interesante, les comento que además de la ley, la OEA desarrolló lo que llaman una guía de implementación, porque la experiencia muestra que el derecho en abstracto se puede plantear con relativa sencillez, pero que hacerlo operativo y la generación de todas las estructuras administrativas procedimentales, institucionales, para darle eficacia, es algo muy complejo. Entonces, la OEA se dio a la tarea de elaborar una serie de recomendaciones de carácter práctico sobre cómo darle contenido a este derecho.

Con esto concluyo la breve revisión del origen y de cómo está plasmado el derecho en instrumentos internacionales, y paso ahora rápidamente a que revisemos cómo ha evolucionado nuestro derecho constitucional.

Recordaré, por decir, que el artículo 6º de la *Constitución Mexicana de 1917* tenía una concepción, diría yo, tradicional, obviamente inscrita en la lógica de la época y que por cierto, se parece mucho a la que traía la Constitución de 1857, que constituye la simiente de la libertad de expresión, en su vertiente tradicional.

Este artículo se mantiene básicamente sin cambios hasta el año de 1977, en que en el contexto de la primera reforma política –aquella que marca el inicio de la transición democrática en México–, se le añaden 10 palabras, que dicen: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Esta frase fue objeto de una muy larga discusión durante casi tres décadas; y fue objeto de una muy larga discusión, porque se quiso leer como una potestad para que el Estado controlara o estableciera una regulación relativa a los medios de comunicación, que sin duda es una de las vertientes que tiene el derecho de acceso a la información, pero en la cual no voy a entrar.

Lo que muy pocos quisieron ver desde entonces, es que esta frase contenía la otra vertiente, que es el acceso a la información gubernamental.

De tal manera que la maduración de este proceso de lectura y de comprensión del derecho de acceso a la información pasa casi por 30 años de un debate muy interesante.

En este debate, juegan un papel muy interesante diversas interpretaciones que fue haciendo la Suprema Corte del contenido de este derecho.

Aquí, simplemente anoto que hay muy interesantes precedentes de tribunales colegiados, por cierto poco conocidos, que ya lo habían venido reconociendo.

Por ejemplo, aquí una decisión de un Colegiado de 1982 decía:

“El artículo sexto constitucional vino a garantizar explícitamente el derecho a la información que está implícito en todo sistema democrático, puesto que el voto de los ciudadanos tiene derecho a ser un voto informado y no un voto a ciegas”.

Aquí destaco, simplemente, cómo la actividad de los tribunales colegiados había venido ya insinuando una vertiente importante de la razón de ser democrática del derecho de acceso a la información.

Sin embargo, la interpretación prevaleciente era otra y esta se plasma muy bien en una decisión de la Suprema Corte de 1985, que se origina en un amparo que presentó el célebre y reconocido maestro Ignacio Burgoa, en una solicitud de acceso que hace a la Secretaría de Hacienda, que recorre todo el camino y llega hasta la Suprema Corte de Justicia, que en 1985, en esencia dice:

“Esa frase del Artículo sexto constitucional, lo que quería era garantizar el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación, pero esa reforma –dijo la Corte en aquél momento– no pretendía establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento que lo estime oportuno, solicite y obtenga de órganos del Estado determinada información”.

Anotaría que esta concepción es la que prevalece, porque era la concepción política prevaleciente y que se identifica en la doctrina, como la “doctrina del secreto administrativo”.

Esta doctrina tiene dos componentes, por cierto doctrina que se puede remontar en la filosofía política hasta hace muchos siglos, básicamente a la creación del Estado contemporáneo, que sostiene que es quien detenta el poder, quien debe tener el control de la información, quien puede determinar su uso y le otorga una amplia capacidad discrecional para utilizar la información, y que básicamente podría traducirse en la idea que tenían muchos funcionarios del viejo Estado Mexicano, en que la información se concebía como un patrimonio del propio funcionario y que explica muchas prácticas, como la de que era llevarse sus archivos al final de sus periodos de encargo a sus casas, puesto que era su información. Esto, digamos –y aquí no juzgo a la Corte– era la concepción prevaleciente en aquella época.

Pero como todo cambia diez años después, once años después, en 1996 y ya para entonces, teníamos la nueva configuración de la Corte, y ya el país había empezado a transformarse como consecuencia de esta transición a la democracia que hicimos, en que con motivo del caso Aguas Blancas –ustedes recuerdan una masacre de campesinos en un vado del estado de Guerrero–,



el presidente Zedillo le pide a la Corte que ejerza su facultad de investigación, y en el informe que presentan los dos ministros que hacen esta investigación, reconocen esta idea de que el que detenta el poder no puede utilizar la información discrecionalmente, que no puede engañar a la comunidad, porque le veda la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general y que quien hace esto, incurre en una violación grave a las garantías individuales.

En otras palabras, la Corte estaba reconociendo que sí había una garantía de acceso a la información.

Y esto que se plasma de manera que apenas se insinúa de forma clara, pero no se reconoce de manera tan evidente, la propia Suprema Corte en varias decisiones posteriores a 1996, ya dice con todas sus letras que el Artículo 6º consagra el derecho de todo ciudadano a la información; que ese derecho es una garantía individual. Esto ya lo dice con toda claridad la Corte en varias decisiones.

Sin embargo, por tratarse de asuntos jurisdiccionales, y esto es normal, la Corte no puede establecer las condiciones de ejercicio de este derecho; sí lo reconoce, pero no podía ir más lejos.

Es justo en este contexto, y yo diría uno más amplio que ya les planteé al principio, y que este movimiento en muchos países del mundo por empezar a generar leyes de acceso a la información, que en el año 2000, luego ya del cambio en el partido y del gobierno de Fox, primer gobierno de un partido de antigua oposición en el gobierno que, y esto no es sorpresa, se plantea la necesidad de que en este país se legisle en materia de acceso a la información.

Y aquí viene un quiebre importante, porque por primera vez se dice “la frase final del Artículo sexto, –el estar o el decir al derecho a la información–, contiene ya implícitamente la garantía de acceso a la información gubernamental”. Se separa del problema de los medios de comunicación y, entonces, se puede empezar a debatir seriamente en el Congreso este derecho.

Hay de hecho, tres iniciativas importantes que confluyen en esta idea: una, que presenta el diputado Barbosa del Grupo Parlamentario del PRD; la iniciativa que expone el propio titular del Ejecutivo; y una tercera iniciativa elaborada por un grupo de académicos y periodistas que se conoce como el Grupo Oaxaca. Y junto con ella, también hay que decirlo, algunos estados de la República, particularmente Jalisco, que empiezan a legislar en materia de acceso a la información.

Estas tres iniciativas coinciden en lo fundamental; tenían variaciones en diversos temas, pero básicamente las tres parten de algunas ideas comunes. En primer lugar, y aquí aprovecho para hacer un paréntesis, típicamente el derecho de

acceso a la información se ejerce frente al gobierno, a la autoridad ejecutiva y en otras latitudes se conoce como derecho de acceso a documentos administrativos.

Los tres proyectos estaban viendo ciertamente a esta vertiente, pero fueron más lejos e incluyeron típicamente no solo al Poder Ejecutivo, sino al resto de los poderes del Estado mexicano.

El resultado final de este proceso es la expedición, en 2002, de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, que básicamente regula el procedimiento de acceso a la información, e introduce ya —esta es una necesidad obvia— la protección de datos personales.

Hago notar que esta ley se expide sin reforma constitucional, porque la interpretación que se venía haciendo era suficiente para decir que la Constitución ya reconocía el derecho de acceso a la información.

Ahora, como se hizo sin reforma constitucional, evidentemente hay una Ley Federal, y a esta Ley Federal siguen leyes en todas las entidades federativas. Pero como ya estábamos en un entorno distinto, estas leyes no fueron una copia, una calca de la Ley Federal, sino establecieron sus propios criterios y parámetros para el ejercicio del derecho.

¿Cuál fue el resultado de este primer proceso? Que encontramos diferencias muy importantes en los criterios y estándares para ejercer el mismo derecho. Y estas variaciones tenían que ver, desde la amplitud de sujetos obligados, los procedimientos, los requisitos para su ejercicio, el diseño institucional, etcétera.

El problema no estaba tanto en la diversidad, que siempre es bienvenida, sino en el que había diferentes criterios y estándares para el ejercicio del mismo derecho, de tal manera que había diferencias jurídicamente inaceptables en los diferentes estados de la República; según en qué estado estuviera, yo tenía más o menos amplitud en el ejercicio del mismo derecho.

Esta es la razón fundamental que lleva a la necesidad de plantear una primera Reforma Constitucional. En esencia, esta Reforma Constitucional buscaba homogeneizar los estándares mínimos de ejercicio del derecho en todo el país. Esa fue la vocación implícita de esta reforma.

Pero cuando vemos el alcance de lo que va a ser el segundo párrafo del artículo 6º, vemos que el constituyente permanente fue mucho más lejos. ¿Por qué? Porque esta reforma plantea tres principios y un conjunto de bases para el ejercicio del derecho:

Primero —y me parece el más relevante, lo enuncio, después voy a volver—, el principio de publicidad de la información gubernamental. Me parece que esta es la piedra angular de todo el sistema, y es reconocer, desde la Constitución,





que toda la información gubernamental que posea cualquier autoridad tiene un carácter público; obviamente, admite ciertas excepciones que van a estar previstas por la propia Constitución, que la remite a las leyes.

En segundo lugar –y congruente con el derecho de acceso, o como consecuencia de este–, reconoce que también es necesario proteger a la vida privada y los datos personales.

Y, finalmente, establece un tercer principio que es el acceso gratuito a la información y a la rectificación de datos personales sin necesidad de tener interés alguno o justificar su utilización; y esto como ven, está perfectamente alineado con el estándar interamericano.

¿Y por qué no se requiere tener interés alguno o justificar la actualización?

Es una consecuencia lógica del principio de publicidad de la información. Una manera de entender esto es pensar que las dependencias gubernamentales –en la información que generan, producen, resguardan– son grandes bibliotecas, y que por lo tanto, el acceso a esa información que tiene el carácter de pública, o del público, no requiere de justificar interés alguno.

La reforma al 6º, en su texto actual, establecía otros elementos: mecanismos de acceso y procedimientos de revisión de expeditos sustanciados ante órganos especializados con imparcialidad; la necesidad de tener archivos administrativos actualizados; la obligación de ser pública la información respecto de los recursos públicos; y finalmente y peculiar, establecer sanciones por inobservancia de la ley; digo que es peculiar porque cualquier violación a cualquier derecho implica una sanción. Aquí, sin embargo, el constituyente permanente consideró necesario hacerlo explícito.

¿Cuáles fueron las consecuencias de esta reforma?

Bien. En efecto, básicamente todas las entidades federativas, 20 lo hicieron dentro del plazo de un año que planteó el constituyente permanente, y 11 lo hicieron después: modificaron el contenido de sus leyes de Acceso a la Información y de Datos Personales. La única Legislatura que no cumplió con esta obligación de adecuar, fue la Legislatura Federal.

El Congreso Federal no reformó la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*. El objetivo obvio, era mejorar el acceso a la información en todo el país.

Y junto con esta reforma, también en 2009, se adiciona un segundo párrafo del artículo 16 constitucional, el cual establece ya el derecho de protección de datos personales como un derecho autónomo y como un derecho propio que tiene toda persona.

¿Cuál fue el resultado cuando se ha tratado de medir? Es decir, ¿esta reforma consigue o no su objetivo?

Esta araña que ven aquí, no es el electrocardiograma de una persona enferma del corazón, no. Es el resultado de una medición que hicimos en el CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C), la Métrica de Transparencia 2010; es una medición muy compleja que mide cuatro componentes: El normativo, portales, usuario simulado y capacidades institucionales. Pero lo único que me importa destacar es que cada estado se comporta de manera diferente y no hay un diseño homogéneo, ni en términos de legislación ni en términos de práctica; es decir, sigue habiendo una fuerte heterogeneidad en las prácticas del ejercicio del derecho a la información.

De hecho, las lecciones de la métrica son dos: Primero, que con todos sus problemas y deficiencias, en todo el país, en la federación, en los estados, en los municipios, en los órganos con autonomía constitucional, en los Poderes Legislativo y Judicial, existían las estructuras, estaban las normas, existían procedimientos para dar cumplimiento a esta garantía, a este derecho fundamental: Esta era la buena noticia.

El problema, sin embargo, residía en que había grandes asimetrías, en que la calidad de información era muy desigual, en que no existía una visión proactiva de la transparencia; en esta idea de una obligación activa del Estado de generar y producir información y que se necesitaba promover más el ejercicio de acceso al derecho. Para decírselo en dos palabras, la mayor parte de solicitantes de acceso, se concentran en el Distrito Federal y en el Estado de México, y hay entidades federativas que aunque tienen toda la infraestructura institucional, tienen un número muy reducido de solicitantes de acceso; es decir, de personas que ejerzan el derecho.

Y finalmente, que había que profundizar en esta idea de que si la transparencia abona a la rendición de cuentas, es una condición necesaria, pero no suficiente.

Junto con esta evolución normativa institucional, yo llamaría su atención también sobre una actividad jurisdiccional muy importante; es decir, hay litigios constitucionales, hay amparos relevantes que están llegando a los colegiados o a la Suprema Corte y que han ido estableciendo una serie muy importante de precedentes en la materia.

No puedo referirme a todos ellos, pero simplemente destaco cuatro: Una resolución de 2007, que sienta los principios básicos del acceso a la información, concebido como un derecho humano fundamental; acceso simple, rápido y gratuito o de bajo costo, publicidad (principio de publicidad) salvo causal en ley de reserva confidencial debidamente sustentada.



También se reconoce el doble carácter del acceso a la información como un derecho a parte entera, pero también como un instrumento para el ejercicio de otros derechos. Se reconoce que, en caso de conflicto entre el acceso a la información y privacidad o datos personales, se debe de resolver mediante ponderación. Y finalmente en una muy reciente decisión del Pleno del Primer Circuito en Materia Administrativa, que son litigios de PEMEX, del Sindicato de PEMEX, que se batían para que no se diera información respecto a los recursos públicos que le entrega PEMEX al sindicato, por una mayoría de 17 votos, se reconoce que la publicidad de la información respecto de recursos públicos que se entrega a sindicatos, tiene el carácter de información pública.

Simplemente estoy diciendo que hay una muy importante actividad jurisdiccional que va conformando los contornos del Derecho.

Para sorpresa de todos, una vez electo el presidente Enrique Peña Nieto, lanza como sus primeras iniciativas –por cierto, de estas tres que lanza solamente una va muy avanzada– que es presentar una nueva Reforma en materia de Transparencia.

Esta iniciativa la presenta el grupo parlamentario del PRI y del Verde Ecologista en septiembre del 2012 a nombre obviamente del Presidente, que todavía no tenía facultad de iniciativa, era Presidente Electo; el Senado la aprueba con modificaciones en marzo de 2013; la Cámara de Diputados la aprueba con nuevas modificaciones en agosto de este año, la devuelve al Senado y el Senado está en proceso de dictaminación respecto de las modificaciones hechas por la Cámara de Diputados.

Hoy mismo circula ya el proyecto de dictamen del Senado, que va a asumir la mayor parte de las modificaciones hechas por la Cámara de Diputados, pero va añadir cambios adicionales. Ahora les comento algunos de ellos.

¿Por qué se justifica esta reforma o en qué lógica se inscribe?

En la exposición de motivos, el presidente argumenta dos razones fundamentales: primero dice: “Fortalecer el ejercicio y los derechos”, no dice mucho más, lo pone como un elemento central, no argumenta en qué sentido. Y segunda idea, dotar de plena autonomía constitucional al IFAI, como el máximo órgano garante del derecho.

Esta idea tampoco es nueva, es una idea que incluso se manejó al momento de discutir la Ley Federal de 2002.

Y uno se plantea si ¿realmente esto era una arquitectura institucional necesaria? Vamos a ver que, como tiene ventajas, también plantea algunos dilemas relevantes, y los plantea porque desde el punto de vista constitucional,

el garante único de los derechos fundamentales no puede ser sino la Suprema Corte de Justicia, en su calidad de Tribunal Constitucional; es la construcción del Estado de Derecho constitucional, es el órgano límite.

Aquí estamos generando un nuevo órgano con autonomía constitucional pero que por definición no puede ser órgano límite respecto a la interpretación del alcance del derecho.

De tal manera, y es un argumento que he esgrimido muchas veces, es decir, realmente el órgano garante de los derechos se llama Suprema Corte de Justicia. Aquí estamos en un aliento distinto y vamos a tener que entender cuál es el alcance de este órgano y sin duda va presentar problemas relevantes.

Rápidamente, ¿qué hace esta reforma? En primer lugar, amplía los sujetos obligados; y aquí hay una discusión interesante:

La fórmula que utilizó la Constitución en 2007, es decir, a cualquier autoridad, órgano, organismo o entidad y en aquella exposición de motivos se decía que estas cuatro palabras comprendían el universo de entidades gubernamentales que son sujetos obligados.

En esta ocasión, el constituyente, sin quitar estas cuatro palabras, las enumera y entonces dice: “Los poderes, los órganos autónomos, los fideicomisos, los fondos públicos...”, pero añade dos sujetos problemáticos: Sindicatos y cualquier persona física o moral que ejerza o reciba recursos públicos.

Para la materia sindical, creo que se tiene que entender que se refiere a los recursos públicos que se transfieren a los sindicatos, porque si no, estaríamos encontrando un problema con la autonomía, cuando los sindicatos son personas morales no gubernamentales.

Y plantea un segundo problema, que tiene que ver con qué pasa si una persona física recibe una beca de CONACYT o recibe un subsidio de un programa social del gobierno; si por recibir recursos públicos, ¿se convierte técnicamente en un sujeto obligado del acceso a la información? Creo que no, sin embargo ahí va haber un tema interesante que tendrá que desentrañar la ley.

Segundo elemento, también me parece redundante, pero muy interesante, explicita la facultad de las autoridades de documentar el ejercicio de las facultades, las competencias y las funciones.

Un tercer elemento de esta reforma es que se aleja del concepto de indicadores de gestión para ir a un lenguaje más preciso, en el que crea la obligación para las autoridades, de publicar indicadores de rendición de cuentas, básicamente orientados a cuál es el objetivo de la autoridad y cuáles son los resultados. Los dos elementos se convierten entonces en relevantes.



Otorga autonomía constitucional a todos los órganos garantes a los que considera como órganos especializados e imparciales, tanto a nivel federal como estatal, y finalmente otorga a estos órganos la capacidad para interponer acciones de inconstitucionalidad.

Dirán ustedes: ¿y qué pasa con las controversias? Las controversias ya están legitimadas por una reforma previa, que fue la reforma en materia de telecomunicaciones, que introdujo una nueva fracción “L” al artículo 105, en el que permite controversias entre órganos autónomos, y entre éstos y los otros poderes.

De tal manera que en la configuración, al menos el órgano garante federal va a poder controvertir y va a poder también interponer acciones de inconstitucionalidad; pero viceversa, también aquí habría que decirlo.

¿Qué más hace la reforma?

Crea este nuevo órgano garante federal, el nuevo IFAI, con competencia sobre todos los poderes y todos los órganos autónomos federales, con excepción de la Suprema Corte de Justicia, en materia jurisdiccional.

Además permite que este órgano federal conozca el recurso de revisión proveniente de particulares contra decisiones de los órganos garantes federales; o bien, que pueda conocer de asuntos relevantes de interés y trascendencia, dice la reforma, presentados por los propios órganos garantes estatales o atraídos por el propio IFAI. De hecho lo está convirtiendo en un órgano de carácter nacional a través de esta vía.

Establece que las resoluciones son vinculatorias, definitivas e inatacables, pero hay que entender que estas características es respecto de las autoridades, porque los particulares que ejercen su derecho siempre tienen la posibilidad de interponer el mecanismo de amparo.

Para las autoridades, las decisiones de este IFAI serán definitivas e inatacables, no así para los particulares que preservan su garantía de interponer el juicio de amparo para proteger sus derechos.

Con una excepción: establece una sola excepción que podría interponer el Consejo Jurídico del Ejecutivo Federal para asuntos que tengan que ver con la seguridad nacional y, de hecho, una de las reformas que probablemente introduzca el Senado, es también permitir que el Banco de México interponga un recurso ante la Suprema Corte, en materia de competencia del propio Banco de México.

Establece también, la coordinación de este IFAI con la Auditoría Superior, con el INEGI, con el Archivo General de la Nación y los otros órganos estatales y finalmente, obviamente sujeta a los comisionados a juicio político.

La misma reforma establece en el artículo 73, fracción XXIX, fracción que no me acuerdo, la “L” o la “R”, que faculta el congreso para elaborar una ley general que desarrolle los principios, bases y procedimientos en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales.

Aquí el lenguaje del 73 realmente, técnicamente dice principios y bases, pero cuando uno va al 6° también, habla de procedimientos; entonces son los tres elementos.

Y el mismo 73 se reforma, en otra fracción, para facultar al Congreso y establecer la facultad para que legisle una *Ley General en materia de Organización y Administración de Archivos*.

Lo subrayo porque la construcción completa de estos derechos tiene tres piezas, que son: archivos, datos personales, y acceso a la información y transparencia.

Probablemente pueda haber una sola ley general en todas las materias o haya dos, una de acceso a la información y datos personales, y otra en archivos.

Ahora bien, primer elemento a desentrañar es: ¿qué quiere decir esto de una ley general “en materia de”? Creo que aquí nos ayuda a entender que ha habido una evolución en el concepto de ley general. Tradicionalmente una ley general es una ley que distribuye competencias entre los distintos niveles de gobierno.

Hay una gran variedad de leyes generales, pero el principio es: distribuye competencias. Y aquí pues no habría ciencia oculta: sería competencia federal respecto de aquellas solicitudes de acceso a la información o datos personales que se hacen ante órganos federales, y serían de competencia local aquellas que se hacen ante autoridades de las entidades federativas.

Pero la propia Corte ha reconocido que las leyes generales también establecen las bases de regulación de una materia y buscan sentar una plataforma mínima desde que las entidades puedan darse sus propias disposiciones.

También hay leyes generales, un ejemplo de ellas sería la Ley General de Contabilidad Gubernamental, que están estableciendo estándares, pero que no inhiben la competencia ni de la Federación ni de las entidades federativas, sino que establecen un marco de estándares y procedimientos básicos a partir de las cuales tendrá que haber actividad legislativa tanto federal como de las entidades federativas.

Esta ley general tendrá que ser una ley que sienta estándares y criterios. Aquí traía, si a alguno le interesa, una de las tesis que anuncian la evolución del concepto de ley general en esta diferencia que hacía.



Ahora bien, ¿qué va a desarrollar entonces esta ley general? Si uno atiende al lenguaje de la Constitución, tendría que desarrollar tres elementos: los principios, las bases y los procedimientos.

Ahora vamos a ver, o por lo menos, yo les voy a proponer algunos elementos que a mi juicio tendrían que desarrollarse para cada uno de estos elementos. Primero, ¿cuáles son los principios? Y aquí creo que el lenguaje constitucional no se refiere a principios en sentido estricto, sino que mezcla algunas otras cuestiones, pero si uno atiende a la exposición de motivos de la Reforma de 2007 y al sentido de esta reforma, los principios se van a encontrar fundamentalmente en las tres primeras fracciones del segundo párrafo del artículo 6º y algunos otros que se encuentran en otras partes del texto constitucional.

¿Cuáles son? Los enuncio: El principio de publicidad de la información gubernamental y el propio artículo 6º habla del principio de máxima publicidad. Algunos han dicho, creo que con razón, que si hay un principio de publicidad no puede haber máxima publicidad, y probablemente tengan algo de razón.

Aquí me parece, hay que leerlo como un mandato muy puntual del Constituyente, que busca establecer que, en caso de duda, hay que favorecer la publicidad de la información, por lo tanto, su acceso y que obliga a leer las excepciones o los criterios de reserva de información de manera restrictiva; es decir, solo cuando hay argumentos y cuando hay la reserva de ley correspondiente, y cuando se interpretan las excepciones hay que interpretarlos de manera restringida.

Hay que elaborar este principio o esta obligación de documentar el ejercicio y las funciones de las competencias y las facultades hasta donde alcanza. Establece la Constitución, tres reservas muy particulares, cuando se puede declarar la inexistencia de la información, y esto técnicamente créanme que va a ser muy complejo, porque la Constitución dice que tiene que ser la ley la que tiene que establecer la procedencia de declaraciones de inexistencia; y para cualquiera que haya trabajado en una entidad gubernamental sabe que los problemas de inexistencia son graves.

Establece reserva de ley para determinar criterios de reserva de información y dice, respecto de ellos, que solamente pueden ser por razones de interés público y de Seguridad Nacional, y finalmente también hay reserva de ley para determinar las acciones de protección de la vida privada y datos personales.

Otro principio es el principio de gratuidad de acceso a la información y datos personales, sin necesidad de acreditar interés o justificar uso.

Hay que desarrollar cuáles son los criterios de actuación del Órgano Garante Federal, ahora les explico por qué y, finalmente, hay varios principios en materia de datos personales gubernamentales que no están en la Constitución, pero que sí están en instrumentos internacionales.

Respecto del Órgano Garante Federal —el nuevo IFAI—, la Constitución establece nueve principios: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

Aquí la pregunta constitucional relevante es: si la Constitución los establece para el Órgano Garante Federal; si son también aplicables para los órganos de las entidades federativas, ¿por qué la reforma al 116 y al 122, para el caso del D.F., no los explicita?

En materia de datos personales, tendremos los principios, hay más, pero estos son digamos los básicos, de consentimiento, información previa, licitud, calidad, confidencialidad y seguridad. Es el conjunto de principios que esta Ley General tendría que desarrollar. Sería largo detenerme en cada uno de ellos, cada uno tiene sus dificultades, pero este sería el universo.

Tendríamos después las bases, y aquí sí hay un problema de interpretación porque: ¿qué quiere decir una base en un derecho? Pero ciñéndome a la interpretación directa del texto, me parece que estas bases se refieren a los mecanismos de acceso a la información; a los procedimientos de revisión expeditos, a ciertas peculiaridades del diseño de los órganos garantes especializados y autónomos; a los archivos administrativos actualizados; a las maneras en que se va a concretar la obligación de publicar por medios electrónicos el ejercicio de recursos públicos y los indicadores de rendición de cuentas, esto que les decía yo, los objetivos y los resultados, y finalmente al desarrollo de las sanciones por inobservancia.

Habría otras bases de coordinación, aquellas que tienen que ver con cómo se va a coordinar la acción de este nuevo órgano autónomo con la Auditoría Superior de la Federación, con el INEGI, con el Archivo General de la Nación y con los órganos garantes estatales; un segundo elemento, que tendría que ver con el desarrollo mismo del contenido de los datos personales gubernamentales, y aquí hago una acotación importante: En la Reforma de 2009, la Constitución establece una línea entre datos personales gubernamentales y datos personales en posesión de particulares.

Este segundo universo ya está regulado por una ley federal. El primer universo, los datos personales gubernamentales, no están regulados o solamente de manera incipiente en la legislación federal y en la legislación estatal.

Esta distinción, sin embargo, es muy problemática. Les voy a dar un solo ejemplo: Los datos personales en materia médica, los expedientes clínicos. Ustedes saben que hay expedientes clínicos en hospitales que pertenecen al Sistema Nacional de Salud, pero también hay expedientes clínicos en los hospitales privados. Sin embargo, al establecer la dicotomía, unos están sujetos a una regulación y otros a una regulación distinta.





Esto es por poner un solo ejemplo de muchos otros que podríamos proponer y aquí vamos a tener un problema de articulación muy importante, porque además, para datos personales gubernamentales la autoridad va a ser el IFAI, pero probablemente va a tener que establecerse una autoridad distinta para los datos personales en posesión de particulares.

Finalmente una pregunta: ¿Este órgano federal, el nuevo IFAI, va a tener o no va a tener facultades regulatorias en materia de acceso a la información, transparencia y datos personales?

La pregunta es muy relevante, porque hasta el día de hoy son los propios comités de acceso los que han ido elaborando la normatividad aplicable a los diferentes órganos federales y el IFAI ha venido ejerciendo de *facto* una facultad de regulación administrativa, pero que tiene efectos básicamente *ad intra* de la administración.

¿Va a poder el nuevo órgano establecer lineamientos en materia de reserva de información, de confidencialidad o de acceso respecto a los otros órganos del Estado mexicano?

Me parece que aquí hay un dilema muy interesante, porque respecto de otros dos órganos constitucionales autónomos recientes, la COFECO y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, la Constitución sí les da facultades reglamentarias explícitas, no lo hace en materia de datos personales ni lo hace en materia de acceso a la información.

¿Cuál va a ser, entonces, el entramado normativo y cómo se va a respetar este complejo juego entre diversos órganos que tienen autonomía constitucional propia? Y establecimos un órgano de carácter transversal con estas características.

Finalmente, en materia de procedimientos, y aquí me parece que cuando la ley general habla de procedimientos, debe entenderse que lo que va establecer son los estándares de los procedimientos, no los procedimientos mismos porque esta, en mi opinión, sigue siendo una facultad de los legisladores federal y estatal.

¿Qué procedimientos? Impugnación de los particulares contra resoluciones de los órganos estatales; procedimientos de acceso a la información; procedimientos para el ejercicio de los derechos arco (los derechos en materia de datos personales, acceso, rectificación, cancelación y oposición); recurso de revisión ante el órgano garante, estatal o federal, el cual por mandato constitucional tiene que ser expedito; los procedimientos para clasificar y reservar información; el procedimiento de inexistencia de información y finalmente las medidas de apremio.

El problema de estos procedimientos es que cuando yo diseño el procedimiento de acceso a la información –lo voy a poner rápidamente– el día de hoy la

solicitud se hace mayormente ante el sujeto obligado y, en caso de negativa, de inexistencia, se resuelve ante un Comité de Información que está establecido para cada órgano y que en el caso del Ejecutivo Federal es el IFAI.

Si ustedes lo piensan con cuidado, en realidad se trata de un típico procedimiento administrativo, porque es una resolución de carácter administrativa y al menos el IFAI actuaría como si fuera, no digo que sea, dije “como si fuera” un contencioso administrativo.

Pero ahora que todo va a caber en el mismo órgano, ¿cuál va a ser este diseño?, ¿va a ser un diseño en que ante la negativa que otorgue, por ejemplo, la Cámara de Diputados o el Senado, se va a ir directo en recurso ante el IFAI o va a subsistir una etapa intermedia, que es un órgano especializado de cada uno de los poderes?

Este es un problema central en el diseño de los procedimientos, que tiene que ver con el diseño y el balance es entre un procedimiento expedito, entre la especialización y entre la posibilidad que cabe de inundar al IFAI con una cantidad enorme de recursos que procedan de todo el sistema. Este va a ser uno de los temas muy complejos a resolver.

Pero además de estos procedimientos comunes a todo el sistema, la ley general sí va a tener que desarrollar al menos tres procedimientos sustantivos que son propios.

En primer lugar, ¿cómo va a proceder la impugnación que van a hacer los particulares de las resoluciones de los órganos estatales?

En segundo lugar, ¿cuál va a ser el procedimiento para que un órgano estatal le lleve al IFAI un asunto o bien para que el IFAI atraiga un asunto que le parezca de interés y trascendencia?

Va a tener que desarrollar el procedimiento para sustanciar el recurso de revisión ante la Suprema Corte, en materia de seguridad nacional, y finalmente va a tener que desarrollar el procedimiento aplicable por la Suprema Corte de Justicia, para conocer de los recursos de revisión en materia jurisdiccional.

Al menos, me parece, estos cuatro procedimientos sí van a tener que estar desarrollados en la ley general.

Verán ustedes que se trata de una ley general peculiar, en la que vamos a entrar a tener que resolver problemas complejos de constitucionalidad y de alcance de las obligaciones y de los diseños de una ley general con estas características, en por lo menos los aspectos que les he mencionado.

Ya me excedí del tiempo que quería utilizar para esta conferencia y me parece, si a ustedes les parece adecuado, que me detenga en este punto por si hubiere alguna pregunta o algún comentario que quisieran compartir.

Les agradezco muchísimo su atención.