

PRESENTACIÓN

I

La primera frase del título de este libro, “Hacia una democracia de contenidos”, es sugerente pero, sobre todo, optimista. Si nos dejamos contagiar por su sentido diremos que, finalmente, estamos cambiando de página en la edificación de la institucionalidad democrática del país: ya armamos la tubería, ahora podemos dotarla de sustancia. La reforma constitucional en materia de transparencia, parece decirnos el título del volumen, es una campanada que nos invita a caminar en esa dirección. El dato de hecho que ofrece sustento a la convocatoria no es de poca monta: apenas un año después de que los nubarrones postelectorales anunciaban tiempos aciagos, para sorpresa de propios y extraños, el poder reformador de la Constitución, con el consenso de todas las fuerzas políticas nacionales y el padrinazgo expreso de un grupo de gobernadores plural e incluyente, impulsaron y aprobaron una reforma sustantiva para la consolidación democrática. Se trata de un buen motivo para celebrar y redoblar esfuerzos en el fortalecimiento del andamiaje institucional de nuestra democracia constitucional. Este libro, coordinado por un académico comprometido con esa causa, Miguel Carbonell, es un anuncio de lo logrado y una invitación para no cejar en el empeño.

Las notas distintivas de la ruta que condujo a la aprobación de la reforma también son prometedoras: la reforma fue imaginada desde la autoridad federal en la materia —el IFAI—; impulsada desde centros plurales de poder en las entidades federativas; trazada con el acompañamiento técnico de expertos y académicos en la materia; retomada y pactada en el Congreso de la Unión, así como rati-

ficada con celeridad y consenso en los congresos de los estados. Hans Kelsen diría, si no me equivoco, que se trató de un compromiso democrático en el que la pluralidad política, lejos de la esterilidad, produjo una decisión relevante y grávida de consecuencias. Esa es la primera razón para celebrar la reforma que motiva la edición de este libro: la misma es el producto de una operación amplia e incluyente que ostenta todas las notas de un acuerdo democrático y que, como indica el título de este volumen, inyecta contenido a nuestro entramado institucional. Y lo hace de la mejor manera: robusteciendo el apartado constitucional de los derechos fundamentales y de sus garantías.

II

El texto de Miguel Carbonell es un trabajo ideal para entender el alcance jurídico de esta reforma constitucional que el propio autor no duda en llamar “estructural”. Con la mirada del jurista experto, Carbonell analiza cada uno de los apartados del nuevo párrafo constitucional y ofrece un mapa para orientarse en el contenido de la reforma e imaginar su potencial transformador. Se trata de una especie de introducción rigurosa y aguda —pero, por su forma y lenguaje, también amable— al nuevo texto del artículo 60. de la Constitución. Se trata de un ensayo claro y panorámico que seguramente resultará útil para todos los interesados en el tema sin importar cuál sea su formación profesional.

Carbonell no duda en señalar los rasgos más notables de esta operación política con expresión jurídica: su carácter federalista y el hecho de que, con esta modificación, se incorporó un nuevo derecho fundamental al sistema jurídico mexicano. Para este autor, que lleva años trabajando el tema de los derechos fundamentales en México —de hecho, ese es el título de su libro más importante— la Constitución ofrece un catálogo de mínimos que son “susceptibles de ensancharse tanto como sea posible por parte de las autoridades competentes”. Bien entendida, esta interpretación sir-

ve para valorar la modificación constitucional en toda su magnitud: se trata de una operación detonadora y no concluyente del proceso de ampliación sustantiva de los derechos y de sus garantías. En este sentido, cada uno de los aspectos contenidos en la reforma constituye una oportunidad para —como bien reza el título del volumen— dotar de contenido a los expedientes de la transparencia, del derecho de acceso a la información, del derecho a la intimidad, etcétera, que, a su vez, servirán para apuntalar a nuestra democracia. Después de todo, los primeros son precondiciones de la segunda. Por ello no es irrelevante que la Constitución recoja esos derechos y menos aún que también los dote de garantías —autoridades especializadas, autónomas, independientes e imparciales, procedimientos para la protección, etcétera— que buscan dotar de eficacia a las nuevas normas. Y ello no sólo ante los poderes públicos sino también, como argumenta Carbonell, por tratarse de derechos fundamentales, en ciertos casos, ante organizaciones y poderes privados.

III

No existe una sola ruta para instalar temas relevantes en la agenda legislativa —en este caso, constitucional— de un país. Como nos recuerda Jorge Bustillos Roqueñí, en México, el tema de la transparencia y el del derecho de acceso a la información —que, como sabemos, son dos cosas distintas, aunque íntimamente relacionadas— se fue instalando de manera desigual y desequilibrada en los diferentes niveles normativos del sistema jurídico nacional. El dato no sólo es interesante para los abogados: a partir de la aprobación de la legislación federal en la materia —Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental—, en 2002, se desencadenó un proceso de creación normativa en las entidades federativas que tuvo importantes consecuencias políticas. En unos pocos años la ola de la transparencia abarcó todo el territorio nacional pero lo hizo a “manchas de leopardo”: en algunas entidades se crearon verdaderas instituciones para garanti-

zar el derecho de acceso a la información y, en otras, se aprobaron normas meramente cosméticas. De esta manera, con el tiempo, el derecho quedó garantizado de manera desigual en el territorio mexicano. De ahí la necesidad de esta reforma en la Constitución nacional y de ahí también su fuerza transformadora.

De hecho, como nos recuerda Bustillos, el principio inspirador de la reforma es el de “máxima publicidad” que ahora será la norma en el país. El trabajo de este autor es una buena llave para entender lo que ello implica: gracias a la reforma, en México, por mandato expreso de la Constitución, toda la información que se encuentra en poder de las autoridades será, por regla general, pública. Esto implica que, para “reservar” una determinada información, el Estado mexicano, deberá acreditar fundadamente que existe una razón de interés público que lo justifique. Y dicha reserva siempre será temporal; por lo que, en realidad, también la información “reservada” será pública; sólo que el acceso a la misma estará, por decirlo de alguna manera, diferido. La “información confidencial”, relacionada con los datos personales de los individuos, en cambio, nos advierte Bustillos, queda regulada con la lógica contraria: será información protegida por razones de interés privado. La máxima que rige la ecuación en ambos casos es una máxima invertida: para el caso de la información en posesión de las autoridades vale el principio de máxima publicidad (su reserva es una excepción que debe fundarse y motivarse); para el caso de la información personal vale el principio de la confidencialidad (su publicidad es una excepción que debe argumentarse y que, en todo caso, siempre estará regulada). De esta manera se ofrecen garantías constitucionales simultáneas a dos derechos fundamentales distintos: el derecho de acceso a la información y el derecho a la privacidad. Una razón adicional para valorar en positivo el cambio constitucional.

IV

La colaboración de Isabel Davara se ocupa, precisamente, del derecho a la privacidad y, en general, del complejo tema de los da-

tos personales. Sin titubeos, Davara confirma que la protección de los datos personales es un derecho individual, un derecho subjetivo que —dada su ubicación normativa— también debe considerarse un derecho fundamental. Con afanes didácticos y metafóricos, la autora nos recuerda que, en materia de derechos, emerge una especie de “triángulo ficticio” integrado, por una parte, por los principios que los inspiran y sustentan; por la otra, por los propios derechos y, finalmente, en el tercer ángulo se encuentran los procedimientos o garantías que ofrecen tutela a los mismos. El derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de nuestros datos personales —que es una especie relacionada pero distinta del derecho a la privacidad, del derecho al honor y del derecho a la intimidad— deben articularse bajo este esquema triangular. En efecto, nos dice Davara, la reforma al artículo 60. de la Constitución ofrece los tres ejes del triángulo que conforma al derecho de acceso a la información.

Sin embargo, el triángulo que brinda forma al derecho a la protección de los datos personales está incompleto: falta el eje de los procedimientos y de las garantías. Por ello, según la autora, es necesaria una nueva reforma constitucional que se ocupe específicamente de este importante derecho. Davara anuncia que esa modificación ya está en camino y que, en caso de materializarse, implicará cambios al artículo 16 de nuestra Constitución. Con esa reforma, entre otras cosas, se crearía una autoridad especial y específica en la materia. Y, con ello, los datos de todas las personas en el país quedarían debidamente resguardados. Por lo mismo, esa modificación constitucional es necesaria y pertinente. El dato merece ser subrayado: si se consuma una reforma en ese sentido seguiremos apuntalando el catálogo de derechos fundamentales que dan sustento y sustancia a la democracia política. Son tiempos de consolidación.

V

El tema de las autoridades encargadas de garantizar el derecho de acceso a la información —de los “órganos garantes”— es el nú-

cleo del trabajo que elaboraron de manera conjunta Ricardo Becerra, Maura Liévano y Paulina Mancebo. Los tres coautores, como advierten en su ensayo, son funcionarios del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y ello los coloca en una situación privilegiada para tratar el tema: desde su posición han podido conocer la historia, las fortalezas y las debilidades de las autoridades en la materia. Aunque su mirador sea de naturaleza federal, por la manera en la que se desarrolló el tema de la transparencia en el país, los autores logran reconstruir las debilidades de los órganos garantes en general y, a partir de las mismas, trazar la ruta ideal para las reformas legislativas por venir. Después de todo, como bien advierten, de lo que se trata es de ofrecer las mismas garantías para este derecho fundamental a todas las personas; sin importar su lugar de origen o su ubicación geográfica en el territorio del país. Conviene reiterarlo: este trabajo parte de un diagnóstico sólido sobre la situación actual de los órganos garantes y, por lo mismo, sus recomendaciones —que tocan temas como las facultades que deben tener los órganos garantes, el tipo de remuneración que deben percibir sus miembros, la mejor manera de nombrar al presidente de los mismos, etcétera— son ineludibles.

Mención aparte merece el otro tema desarrollado en ese mismo trabajo: la situación de los “otros sujetos obligados” (los llamados OSO’s). Se trata de las universidades, de los órganos constitucionales autónomos, de los poderes legislativos y judiciales, etcétera, cuya regulación en esta materia debe ser profundamente revisada. Los propios autores, al final de su trabajo, ofrecen nueve medidas puntuales para ello que también merecen atención y discusión. Después de todo, para Becerra, Liévano y Mancebo, la misión de todos los órganos, organismos o instancias garantes de este derecho es una y es clara: “facilitar al máximo la acción de las personas, defender al solicitante, promover el derecho, la cultura, vigilar y sancionar al funcionario que incumpla estos preceptos, si es necesario”.

Este último tema, el de las sanciones, es particularmente problemático: ¿los órganos garantes deben tener facultades para imponer

sanciones?, si ese es el caso, ¿cuáles deben ser estas sanciones y bajo qué procedimiento deben aplicarse? Los dilemas son objeto de un texto específico elaborado por Daniel Márquez Gómez. Mediante un cuadro didáctico y claro, Márquez, nos indica cuáles son las obligaciones —la “conducta debida”— que el artículo 6o. de la constitución impone a las diferentes autoridades y funcionarios y, en consecuencia, cuáles son las acciones indebidas —la “conducta infractora”— que son susceptibles de sanción. Pero la respuesta final está en el terreno de los poderes legislativos —federal y locales— que tendrán que determinar quién, cómo y de qué manera castigará esas acciones. Todo un reto legislativo con múltiples implicaciones prácticas que deberá enfrentarse en responsabilidad y, sobre todo, con coherencia.

VI

El reto para la organización de la administración pública que supone la reforma constitucional al artículo 6o. es enorme. En realidad, como nos advierte Mauricio Merino en su ensayo para este libro, lo que debemos emprender es “una verdadera revolución organizacional y reglamentaria” a nivel nacional. El trabajo de Merino es otra confirmación del calado de la reforma que se aprobó en julio del 2007: teniendo como referencia una sola disposición de la fracción V del nuevo párrafo constitucional —la que se refiere a la obligación de publicar, a través de los medios electrónicos disponibles, información completa y actualizada sobre indicadores de gestión y ejercicio de recursos públicos—, advierte la necesidad inminente de modificar las normas que regulan los procedimientos administrativos en todo el país y de diseñar políticas de transparencia integrales. Esto es así porque sólo esa frase de la Constitución plantea tres desafíos ineludibles: “ordena que haya indicadores de gestión para cada uno de los sujetos obligados; que el ejercicio de los recursos públicos sea igualmente público; y, finalmente, que se produzcan los medios electrónicos para cumplir este mandato”.

El desafío organizacional que tenemos enfrente comienza por definir con precisión qué debemos entender por “indicadores de gestión” y cómo debemos vincularlos con los recursos públicos. Para lograrlo, advierte Merino, es necesario contar con una teoría —hoy inexistente— sobre la transparencia organizacional. El texto ofrece siete premisas para comenzar a subsanar la deficiencia. Partiendo de una distinción conceptual entre el acceso a la información, la rendición de cuentas y la transparencia organizacional, el autor ofrece un mapa de contactos, potencialidades y sinergias entre los tres fenómenos. Por ello, el texto elaborado por Merino está destinado a convertirse en un referente tanto para los estudiosos como para los operadores de la transparencia organizacional. Si lo que buscamos es abrir la gestión de todos los asuntos públicos a la vigilancia y al escrutinio ciudadanos, entonces, primero, necesitamos contar con las herramientas conceptuales y teóricas que sirvan como brújula para orientar los cambios.

VII

Pero también necesitaremos contar con algunas cuestiones más palpables y concretas. Para empezar requerimos un sistema de archivos administrativos que hoy no existe en el país. Y ello también supone renovar, como diría el propio Merino, “los métodos que hasta ahora se han seguido en las administraciones públicas de México”. El texto de Ernesto Villanueva en este libro trata, precisamente, del tema de los archivos y de sus múltiples implicaciones. Mirando hacia el derecho comparado, Villanueva nos dice cómo ha sido enfrentado en otros países el reto de crear un sistema de archivos efectivo. O, como advierte el dictamen de la Cámara de Diputados, cómo es posible implementar archivos “actualizados y confiables”. Después de todo, el derecho de acceso a la información depende, en gran medida, de la manera en la que ésta se resguarda y de la forma en la que la misma se organiza.

Un dato importante que emerge de este trabajo tiene que ver con la identificación del tipo de archivos que necesitamos crear. No se trata, nos dice el autor, de archivos históricos que ya existen sino de un tipo especial de archivos administrativos de gestión y concentración que tiene funciones específicas. De hecho, existe una organización mundial —el Consejo Internacional de Archivos— dedicada a delinear algunos estándares que deben observar esa clase de expedientes. Villanueva se basa en los trabajos de esa organización para proponer algunos “rubros fundamentales” y “parámetros mínimos” que debería contemplar una ley en esta delicada materia. Se trata de un primer acercamiento a un tema complejo y necesario que seguramente exigirá más estudios e ideas, pero que tiene el mérito de advertir las complejidades del reto y, sobre todo, su grado de especialización. Después de todo, en estas materias no conviene improvisar sino, por el contrario, aprovechar la experiencia acumulada en otras latitudes.

VIII

Pero, en concreto, ¿cuáles son los sujetos obligados del derecho de acceso a la información después de la reforma constitucional de 2007? Ese es el tema del interesante trabajo de Sergio López-Ayllón. Después de recordarnos cómo fue evolucionando la regulación —por vía constitucional, legal y jurisprudencial— de esta materia en el país, López-Ayllón reitera que el derecho que nos ocupa es un derecho fundamental constitucionalizado. Y, por ello, nos dice, en principio, el sujeto pasivo del mismo es todo el Estado mexicano. De hecho, como nos recuerda el propio autor, los dictámenes de las cámaras del Congreso de la Unión relativos a la reforma son claros al respecto: son sujetos obligados “cualquier organismo, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal”. La redacción es clara pero insuficiente: ¿alcanza, también, a los partidos políticos, a las organizaciones o personas privadas que

realizan funciones públicas (sindicatos, notarios, concesionarios de servicios, etcétera) y a las personas físicas o morales que reciben o ejercen recursos públicos?

Para atender estas importantes interrogantes, López-Ayllón propone una salida original y, desde mi perspectiva, correcta: siguiendo la lógica de la Ley de Amparo y de las definiciones del Poder Judicial en la materia sugiere que el concepto de “autoridad” debe entenderse en sentido amplio y alcanzar a toda persona que “realiza actos de imperio”. A partir de esta premisa deduce conclusiones grávidas de implicaciones prácticas. Para empezar, según el autor, aunque el término “entidad” recogido en la Constitución no se refiera a las “entidades de interés público” que llamamos partidos políticos, la legislación secundaria sí puede considerarlos como sujetos (directa o indirectamente) obligados. Esto es así porque la Constitución no estableció una prohibición para hacerlo y porque el dictamen del Senado, si se lee con atención, lo permite. Se trata de una conclusión de consecuencias estratégicas porque la información de los partidos políticos es de gran importancia en una democracia. Adicionalmente, por lo que hace a las personas privadas que ejercen funciones públicas, la conclusión del autor también es prometedora: se trata de personas que ejercen funciones de “autoridad” y, por lo tanto, sí son sujetos obligados. Lo único que varía es que, en estos casos, la obligación “debe ejercerse a través de las autoridades que ejercen supervisión o control sobre estos sujetos”. Finalmente, al abordar la situación del amplio conjunto de las personas físicas o morales que reciben recursos públicos, López-Ayllón concluye que, en este caso, “la obligación de rendir cuentas respecto de la entrega de los recursos públicos corresponde en principio al sujeto obligado que los entrega”. Es decir, para el autor, los receptores de esos recursos no son los sujetos obligados en la materia. Se trata, como en los dos casos anteriores, de una conclusión incisiva y polémica que seguramente dará de qué hablar a los estudiosos.

IX

Una reforma constitucional como la que nos ocupa, por la naturaleza de nuestro sistema político, deberá ser objeto de un desarrollo normativo en el nivel secundario. No me refiero exclusivamente a la inminente aprobación de las reformas legales en el nivel federal y local a las leyes de transparencia y acceso a la información, ni tampoco a las múltiples modificaciones que con el tiempo deberán hacerse a otras legislaciones relacionadas con la administración pública y que se ven afectadas de manera indirecta por la modificación constitucional sino, también, a la producción normativa que proviene de las interpretaciones jurisdiccionales. La cuestión es ineludible: el nuevo texto constitucional contiene múltiples disposiciones que serán objeto de controversia y, por tanto, objeto de interpretaciones a cargo de los jueces. En esta dirección —que evoca un expediente característico de todas las democracias constitucionales— resulta aleccionador el trabajo de Jorge Islas para este volumen. El autor, por un lado, expone las tesis relevantes que en este asunto han sido adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, por el otro, voltea hacia la jurisprudencia internacional —sobre todo de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— para llamar nuestra atención hacia un dato interesante: “no existe consenso unánime por parte de los tribunales internacionales sobre el alcance del derecho de acceso a la información”.

El dato, me parece, constituye una oportunidad para que nuestros tribunales puedan convertirse en ejemplo de otros de carácter internacional, o bien, de órganos jurisdiccionales de algunos Estados democráticos. En la medida en la que también los jueces constitucionales abracen la causa de la transparencia y asuman un compromiso abierto con la garantía del derecho de acceso a la información, serán actores activos de la consolidación democrática. Una tarea que hace algunos años correspondía sobre todo a los ciudadanos y a los actores políticos tradicionales pero que ahora, dadas las características

de las democracias constitucionales, toca en igual medida a los señores y señoras de la toga. No hay que olvidar —lo reitero— que las normas constitucionales siempre serán susceptibles de interpretación y que no todas las interpretaciones amplían las garantías de los derechos. Por ello el papel de los jueces es estratégico y fundamental. Esperemos que estén a la altura del reto.

X

Estoy convencido de que una democracia nunca termina de consolidarse. La realidad política siempre plantea nuevos desafíos y, por lo mismo, exige renovar a las instituciones y reformular algunos acuerdos fundamentales. Por ello no debe desconcertarnos —y mucho menos alarmarnos— que la reforma del Estado sea una reforma permanente. Peligroso sería lo contrario: una rigidez institucional que, en aras de una estabilidad aparente, le diera la espalda a las exigencias que la dinámica social —siempre cambiante y en movimiento— propone. El reto está, si no me equivoco, en transformar las instituciones en la dirección correcta: en todo aquello que se traduzca en fortalecer los cimientos de la democracia y, por ende, en apuntalar al constitucionalismo de los derechos. De ahí la reforma al artículo 6o. constitucional merezca nuestro aplauso. No es una reforma perfecta pero es una reforma atinada. Este libro nos sirve para entender sus alcances y sus limitaciones pero también —quizá sobre todo— sus potencialidades. En el fondo, aunque no se lo hayan propuesto los autores, el volumen es un recordatorio de que, a pesar de todo, nuestra democracia se mueve. Y eso siempre se agradece.

Pedro SALAZAR UGARTE