

EL MODELO MEXICANO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

Catalina BOTERO MARINO¹

SUMARIO: I. *Evolución regional y estado actual del derecho de acceso a la información desde una perspectiva normativa.* II. *Estándares internacionales: dos principios y cinco reglas.* III. *Principales desafíos.*

Quiero comenzar agradeciendo a la UNAM y especialmente a Jacqueline Peschard Mariscal por este esplendido seminario y por la honrosa invitación para acompañarlos. Esta mañana voy a hablar brevemente de los tres temas que me han pedido que aborde: una rápida mirada de la evolución del derecho de acceso a la información en la región y el estado actual de esta problemática desde una perspectiva jurídica; los estándares internacionales en la materia; y los más importantes desafíos identificados. Esto con referencia al planteamiento de un sistema nacional de transparencia destinado a expandir el derecho de acceso, que en buena hora se está discutiendo en México.

I. EVOLUCIÓN REGIONAL Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATIVA

En los últimos quince años la región pasó prácticamente de la inexistencia de leyes modernas de acceso a la información a un mapa en el cual 23 países de 35 tienen marcos normativos en la materia. No podría sostenerse que se trata de 23 marcos normativos iguales, no todos tienen leyes generales que apliquen a nivel nacional, ni las normas existentes superan, todas ellas, los estándares internacionales. Sin embargo que en 23 Estados de 35 que

¹ Transcripción revisada de la conferencia magistral dictada por Catalina Botero Marino el 8 de agosto de 2014, en el Coloquio Internacional “Hacia el sistema nacional de transparencia”, México.

integran las américas, se reconozca —aunque sea de manera parcial o insuficiente— el derecho de acceso a la información pública, no es un dato menor. Es probablemente la región del mundo, con mayores avances en la materia en lo que va del siglo XXI. Tampoco es un dato menor que, acompañadas con este notable avance, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Asamblea General de la OEA,² hayan indicado que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental que debe ser respetado y garantizado por todos los Estados a todos los habitantes de la región. En este sentido, es relevante recordar, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos produjo, por primera vez en la historia del derecho internacional de los derechos humanos, una sentencia en la cual se establece que el derecho de acceso a la información es un derecho humano esencial, sin el cual es imposible ejercer otros derechos fundamentales como los derechos políticos y que los Estados tienen el deber de protegerlo y garantizarlo.³

Esta transformación política y jurídica se logró en muy poco tiempo y gracias al impulso de la sociedad civil, particularmente de la sociedad civil mexicana encabezada originalmente por el Grupo de Oaxaca.⁴ Al Grupo Oaxaca habría que hacerle una especie de monumento por su trabajo pionero a favor del derecho de acceso a la información en la región. Gracias a ese impulso original no sólo se desarrollaron notables avances jurídicos sino que tuvo lugar una importante participación de la sociedad civil. Hoy México cuenta con una serie de organizaciones de enorme vigor, capacidad técnica y compromiso con el tema, como la Red Nacional de la Transparencia, Transparencia Internacional, FUNDAR y la Red por la Rendición de Cuentas, todas partícipes de este importante evento.

Creo que es importante mencionar que, gracias al vigor de la sociedad civil, los operadores jurídicos han debido reconocer que las cosas han cambiado, que la relación entre las personas y el Estado en democracias vigorosas y militantes debe caracterizarse por la transparencia y la rendición de cuentas y no por el secreto y la fe en el comportamiento estatal, que el secretismo que primó de manera clara hasta la década de los noventa, debía desaparecer de la gestión pública.

² OEA, “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública”, aprobada por la AG/RES. 2607 (XL-O/10) el 8 de junio de 2010, https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párrafo 92, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (consultada el 14 de enero de 2015).

⁴ Grupo de ciudadanos que surgió a partir del Seminario Nacional “Derecho a la Información y Reforma Democrática”, realizado en mayo de 2001 en la ciudad de Oaxaca, México.

Pasamos en poco tiempo de un contexto en el cual el acceso a la información era un verdadero privilegio de quien tenía acceso personal –legal o ilegal– a los funcionarios, a un contexto en el cual se trata de un derecho fundamental que obliga a los servidores públicos a garantizar el derecho de las personas a conocer los asuntos que considere relevantes de la gestión estatal, con las contadas excepciones temporales que establezca la ley y siempre después de un juicio de ponderación del daño.

Ese giro copernicano cambia completamente el sentido de la relación entre la ciudadanía y el Estado. Hasta los noventa, en la mayoría de nuestros Estados, las instituciones jurídicas y políticas giraban en torno a la construcción –primero– y protección –después– de un Estado nacional fuerte que era necesario blindar de incómodas preguntas y en el cual había que confiar *a priori*, a un momento en el que la fortaleza del Estado depende justamente de su transparencia y de la capacidad que tenga para salir airoso de un genuino proceso de rendición de cuentas. Pasamos, de una visión antropológica pesimista que descargaba en el Estado la tarea de realizar sus fines con limitada participación ciudadana –básicamente en los procesos electorales–, a un modelo de apertura, en el cual las personas tienen derecho a saber cómo opera el Estado y a pedir cuentas sobre la gestión pública.

Es cierto que esta concepción más democrática de la relación entre el Estado y la ciudadanía en muchos casos es apenas la premisa normativa sobre la cual se han hecho las leyes de acceso mencionadas y que en buena parte del territorio hace falta recorrer mucho camino para que esas leyes cuenten con todos los elementos necesarios o sean efectivamente instrumentadas. Sin embargo, esa nueva concepción de la relación entre el Estado y la ciudadanía no es algo que deba pasarse por alto. No es poco que en quince años haya cambiado la lógica de esta relación. Hoy en muchos Estados los funcionarios tienen que abrir las puertas de sus anaqueles públicos y ser transparentes con los ciudadanos, que pueden exigir de esta manera una mejor rendición de cuentas; si el funcionario no entrega en tiempo la información solicitada, en muchos lugares existen recursos efectivos, bien ante autoridades autónomas especializadas o ante jueces encargados de proteger el derecho fundamental afectado.

Pero los avances en la materia no terminan en la consagración general de leyes de acceso a la información. Así, por ejemplo, a nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la Relatoría Especial⁵ se han pronunciado sobre temas específicos relacionados con el ejercicio de este derecho, por ejemplo, el acceso a información

⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, “la Relatoría”.

sobre violaciones de derechos humanos,⁶ o el derecho de acceso a la información de los pueblos originarios en el contexto del ejercicio del derecho a la consulta previa.⁷ En efecto, a nivel regional el derecho de acceso a la información es un derecho que ha informado todo el procedimiento de consultas a pueblos indígenas, pues, para poder tomar decisiones responsables sobre los asuntos sometidos a dichos procesos, se requiere información, y no cualquier información, sino información accesible, oportuna, completa y fidedigna, tal y como lo ha indicado la CIDH.

En suma, ¿cuál es el estado actual del derecho de acceso a la información? Según el derecho interamericano⁸ los Estados deben crear sistemas nacionales de transparencia, marcos jurídicos que hagan posible el derecho de acceso a la información. Y los avances en materia legislativa no tienen parangón en ninguna otra región del planeta. Sin embargo, no todo son buenas noticias. Buena parte de estas leyes no satisfacen todos los estándares internacionales en la materia o tienen serias deficiencias en la aplicación. A este respecto, vale la pena explicar cuáles son los estándares que deben ser satisfechos por una ley de acceso a la información pública.

Voy a mencionar dos principios y cinco reglas, como requisitos básicos de cualquier sistema de transparencia, para superar los estándares mencionados.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES: DOS PRINCIPIOS Y CINCO REGLAS

1. *El principio de máxima divulgación*

El primer principio que debe irradiar todo el ordenamiento jurídico, es el principio general de *transparencia* o de *máxima divulgación*. En nuestra región suelen adoptarse principios que suenan muy bien, pero luego en la práctica se limitan a tener un efecto simbólico, pues la letra menuda de la ley los contradice. Finalmente, estos principios terminan siendo desplazados por

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrafo 230, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf (consultada el 14 de enero de 2015).

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *demanda ante la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador*, <http://cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf> (consultada el 14 de enero de 2015).

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit.*

cláusulas especiales que hacen que no puedan ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos a la hora de adoptar decisiones concretas. En suma, en nuestra región solemos incorporar a la legislación principios adecuados que, sin embargo, luego sacrificamos en la letra menuda de las legislaciones o en las normas y políticas de implementación. No podemos dejar que eso pase en materia de acceso. El principio de máxima divulgación tiene unas implicaciones jurídicas clarísimas, que deben nutrir todas las leyes secundarias y todas las guías de implementación.

¿Cuáles son esas implicaciones? Primero, que la regla es la transparencia y que la excepción es la reserva y si el Estado quiere tener excepciones legítimas, debe consagrarlas en la ley de manera clara y precisa. No pueden emplearse criterios tan amplios como “la seguridad nacional”, sin guías o criterios de interpretación adecuados que permitan ejercer un control sobre la información que se reserve por esta causal. Deben existir guías claras y precisas sobre quién es el encargado de tomar esta decisión de reserva; sobre qué es la seguridad nacional y cómo se afectaría al publicar la información solicitada; y sobre la llamada “prueba del daño”, es decir, la prueba de que la afectación de la seguridad nacional en ese determinado caso es más grave para la defensa de los valores democráticos que la limitación de la publicidad de la información en manos del Estado. Tiene que haber controles intra e interorgánicos en esos procesos de decisión, para que no terminemos convirtiendo esa excepción en la regla general.

El incumplimiento de estos principios ha hecho, por ejemplo, que con el pretexto de resguardar la seguridad nacional, se mantengan en reserva, por ejemplo, los datos sobre el costo de un viaje del ministro o secretario de defensa al exterior. En efecto, datos como el costo del hotel o el monto de los viáticos diarios o el nombre de quienes acompañaron al alto funcionario se mantienen en reserva. Sin embargo, estos no son asuntos de seguridad nacional. ¿Qué tiene que ver con la seguridad nacional saber con quién se fue ese ministro, en qué hotel se quedó y cuánto le pagaron al día? Entender que las excepciones deben pasar por el proceso mencionado antes (consagración legal, prueba del daño) es una consecuencia, tal vez la más importante, del principio de máxima divulgación.

El juicio de proporcionalidad o la prueba del daño obligan al Estado a demostrar que, en ese caso concreto, revelar la información produce un daño mayor al daño que se produce con la reserva, porque, efectivamente, la reserva produce un daño o una limitación a un derecho fundamental. Por supuesto, todos estamos de acuerdo en que si se está en medio de un operativo para rescatar a una persona secuestrada por unos bandidos, la información sobre las coordenadas del operativo debe reservarse mientras éste se

realiza. En casos como estos, naturalmente, se justifica temporalmente esa reserva. Pero el Estado debe justificarla, y ese deber surge del principio de máxima transparencia.

¿Quién tiene que probar el daño, definir qué significa el daño, y probar que hacer pública la información genera un daño mayor que mantenerla en reserva? El Estado, y no la persona que la pide, porque la persona no sabe si la información siquiera existe. Dado que se trata de una excepción al ejercicio de un derecho fundamental, la carga de la prueba la tiene el Estado.

Además, hay una serie de principios hermenéuticos que se derivan del principio de máxima divulgación. Reglas clásicas de interpretación como aquellas que dictan que las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, que donde hay un vacío se aplica la transparencia, y que donde hay conflicto de leyes se aplica la ley de acceso, son consecuencias claras y jurídicamente vinculantes, del principio de máxima divulgación.

2. *El principio de buena fe*

El segundo principio que se aplica a todo el régimen de acceso a la información, es el principio *de buena fe*. Este principio fue alegado en el caso Gomez Lund ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que lo adoptó en su decisión. ¿Qué es el principio de buena fe? El principio de buena fe significa que todos los procesos y procedimientos tienen que ser hechos para satisfacer el espíritu y la finalidad de la ley y no para violarlo. Porque, ¿con qué nos encontramos? Con normas de textos impecables, que son traicionadas por los procesos de implementación. Procedimientos engorrosos, mecanismos de evasión “legalizados”, entrega de información incomprendible o barreras desproporcionadas como el elevado costo de las copias de la información solicitada, son sólo algunos ejemplos de estas prácticas que vulneran el principio de buena fe, pues se violenta la finalidad y el espíritu de la norma sustantiva que consagra el derecho.

Aparte de los principios, vale la pena mencionar cinco reglas básicas que se conocen muy bien a nivel federal pero que no se conocen o aplican en las entidades federativas o en otros estados de la región.

Primera regla. Es un derecho universal. El derecho de acceso a la información es universal y no requiere, para su ejercicio, que su titular demuestre la existencia de un interés particular. Esto, que es tan claro a nivel federal en México, no lo es tanto en algunos otros lugares. Hace un par de años, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia de un Estado de la región negó el

acceso ciudadano a la información sobre el salario de un alto funcionario público (el contralor general) porque quienes solicitaban la información no pudieron demostrar un interés particular directo. Pero, ¿por qué se exige a un ciudadano demostrar un interés para conocer el salario del contralor? En estos casos, debería ser suficiente con saber que ese salario salió de los recursos que son de todos y cuya ejecución está sometida a un alto nivel de escrutinio por tratarse de un asunto de interés público. La regla aplicada por el Tribunal parecería entender que los recursos públicos en un momento dejan de ser de públicos y empiezan a ser recursos de las instituciones que los administran y que pueden disponer de ellos con la misma autonomía y dentro de la misma presunción de reserva, con la cual actúa una persona privada con su propio patrimonio. Es como si en ciertos Estados lo público ya no fuera público, es decir de todos, sino del líder del partido o del funcionario de turno. Felizmente, esto no ha pasado en México, cuando menos a nivel federal, pues la ley no exige ni identificarse plenamente ni demostrar un interés particular para conocer la información que reposa en los archivos estatales. Justamente para que principios como éste resulten universales y aplicables en todo el territorio mexicano y a todos los niveles, es que debe existir un sistema nacional de transparencia.

En la región, el IFAI ha sido la joya de la corona del acceso durante muchos años. Pero las cosas no siempre siguen el rumbo que han tenido y el derecho de acceso a la información en México —que ha sido realmente un gran ejemplo—, no tiene por qué seguir siéndolo. Hay por eso que aprovechar esta oportunidad de la creación de un sistema nacional para que México siga a la vanguardia de este importante tema. Sé que uno no siempre acepta que le digan esto, sobre todo cuando ha sido un usuario al que le han negado información. Pero si la situación se compara con la de otros Estados de la región, creo que lo que hay que hacer es reconocer lo alcanzado y seguir hacia delante impulsando la mayor y mejor garantía de este derecho. No es razonable olvidar que este tipo de avances afectan severamente privilegios que muchas personas quieren recobrar y esto suele hacerse mediante el impulso de importantes retrocesos.

¿Quién hubiera creído, en México a finales de los noventa, que se podría producir esa revolución en materia de transparencia? México no era entonces un ejemplo de apertura y rendición de cuentas. Más bien, si me lo permiten, todo lo contrario. Pero hoy, al menos a nivel federal, tiene muchas cosas que mostrar y las resoluciones del IFAI de la última década, se estudian como ejemplo de lo que sí se puede hacer en un Estado democrático de derecho. Esto es un logro que hay que mantener, y hacer esto, a veces,

cuesta porque no son pocos los intereses que se han comprometido en este proceso, ni débiles las personas afectadas.

Segunda regla. Todas las instituciones públicas, de cualquier rama del Estado o de órganos constitucionales autónomos y de cualquier nivel de gobierno, así como las personas que administren recursos públicos, cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, son sujetos obligados por las leyes de acceso. En este sentido, está claro que los estándares no establecen si las personas privadas que cumplen alguna de las tres condiciones mencionadas deben ser sujetos directos o indirectos de la ley de acceso. Lo que está claro es que, en principio, y salvo excepciones consagradas en los términos mencionados arriba (ver principio de máxima transparencia), estos sujetos privados deben rendir cuentas sobre los recursos públicos que ejecutan, las funciones públicas que cumplen o los servicios públicos que deben satisfacer. En todo caso, naturalmente, este tipo de asuntos ameritarán ponderaciones especiales para garantizar, por ejemplo, el derecho a la privacidad de informaciones o comunicaciones que tengan estas mismas personas, pero que, al no reunir las condiciones mencionadas, se encuentran protegidas de la mirada del público. Por ejemplo, en el caso de los partidos políticos, está claro que toda la información sobre la financiación debe ser pública pero que nadie tiene derecho de acceso a la estrategia de campaña del partido.

Tercera regla. Las excepciones del derecho de acceso deben ser temporales. No pueden existir excepciones eternas o sometidas a un tiempo tan largo que ya no sea posible hacer un juicio sobre la gestión estatal, de manera tal que el derecho de acceso y todos los derechos conexos queden completamente vaciados de contenido.

Cuarta regla. Mecanismos de garantía. De nada sirve la consagración del derecho de acceso a la información si al mismo tiempo no se contemplan mecanismos eficaces para garantizar su ejercicio. En este sentido, la ley modelo de la OEA y las recomendaciones de la Relatoría Especial establecen la existencia, en primer lugar, de recursos intraorgánicos de reconsideración y de una entidad autónoma, especializada, independiente y constitucional, para resolver las contiendas que puedan tener lugar por una determinada negativa de la respectiva institución. Finalmente, si la entidad especializada termina negando el derecho de acceso, deberían existir recursos judiciales idóneos y efectivos para revisar esta decisión. Para ello, la mejor recomendación es la existencia de jueces especializados en la materia y de

recursos ágiles y adecuados para lograr que el acceso a los estrados judiciales no signifique, en la práctica, el sacrificio del derecho de acceso.

Quinta regla. Adecuada implementación. Las leyes de acceso requieren de soportes técnicos y de políticas públicas que ordenen y coordinen la gestión estatal para poder satisfacer de manera oportuna, fidedigna, completa y accesible, las solicitudes recibidas. Estas políticas de implementación están directamente relacionadas con la inexistencia, en la mayoría de los países, de leyes adecuadas de archivos o de una política de capacitación que permita a los funcionarios actuar de conformidad con el espíritu y las finalidades de las leyes y los tratados internacionales en la materia.

En esta parte final de mi exposición me referiré a tres de los desafíos que encuentro de mayor importancia y que pese a ser de naturaleza distinta, deben ser abordados simultáneamente: los desafíos institucionales, los desafíos técnicos y los desafíos jurídicos.

III. PRINCIPALES DESAFÍOS

¿Cuáles son los grandes desafíos en materia de acceso a la información? Hace menos de dos décadas, salvo en muy pocos Estados, no había nada o casi nada en esta materia en la región. Hoy el derecho de acceso a la información se reconoce con el rango de un derecho fundamental, regulado al menos en 23 Estados de la región, un sólido cuerpo de derecho internacional de los derechos humanos, una ley modelo aprobada por la Asamblea General de la OEA y una guía de implementación, pero ¿cuáles son los grandes desafíos regionales para proteger y garantizar efectivamente este derecho?

1. *Desafíos institucionales*

En primer lugar, desde una perspectiva institucional, es muy importante que existan instituciones autónomas, verdaderamente independientes y, sobre todo, expertas o especializadas, encargadas de resolver los conflictos que tienen que ver con el derecho de acceso a la información. Este es un gran desafío regional.

Muchos países no tienen instituciones autónomas y los ciudadanos deben acudir directamente a los jueces en procesos no especializados, largos y engorrosos que, en muchos casos, incluyen la necesidad de contar con un

abogado. Las instituciones fuertes, autónomas, independientes, especializadas, permiten una acción mucho más ágil en este tipo de conflictos. En algunos países existen en la ley autoridades teóricamente especializadas, pero que no cuentan con garantías institucionales suficientes y, por lo tanto, son fácilmente cooptadas por el poder ejecutivo. Esto tampoco resulta adecuado, pues en muchos casos las decisiones en materia de acceso afectan directamente a los más altos funcionarios de esta rama del poder público. Se necesitan garantías institucionales para que, quienes deben tomar las decisiones en materia de acceso, no dependan exclusivamente de su propia valentía: por ejemplo, periodos fijos y garantías de estabilidad frente a embates políticos, salarios definidos, un presupuesto asignado claro y suficiente.

Hay un segundo tipo de desafíos institucionales que tienen que ver con la coordinación interinstitucional. Esto, a nivel federal, es mucho más complicado, porque suelen activarse en este tema los temores y regionalismos propios de las entidades federativas. Por eso es tan importante la reforma constitucional y lo que digan las leyes secundarias. Pero esa articulación interinstitucional, tanto a nivel central intergubernamental como con las entidades federativas o descentralizadas, es fundamental para el adecuado desempeño de un sistema verdaderamente universal de transparencia. La coordinación requiere esfuerzos de planeación, capacitación y financieros. Exige, por ejemplo, que todas las entidades tengan oficiales de enlace que conozcan el tema, pues si este tipo de oficiales no existe las labores asociadas a la transparencia recaerán sobre el mismo funcionario que cotidianamente está cumpliendo con las labores misionales, lo que en muchos lugares no sólo sacrifica el principio de la especialización sino que impone al funcionario una carga muchas veces desproporcionada, no sólo para responder la información solicitada sino para realizar la coordinación institucional mencionada.

2. *Desafíos técnicos*

Un segundo tipo de desafíos son los desafíos técnicos o de gestión. A los abogados que trabajamos en derechos humanos nos gusta el derecho de acceso a la información, conocemos sus orígenes y los marcos jurídicos que pueden servir para garantizarlo, pero no solemos conocer los aspectos técnicos relevantes para que pueda efectivamente satisfacerse este derecho. Por ejemplo, en la mayoría de los casos no conocemos los requerimientos técnicos exigidos para una adecuada gestión de archivos sin la cual no es posible satisfacer el derecho que acá se estudia.

¿Cómo hacemos para asegurar todos los bienes y valores de los que hablamos al hablar de acceso si no sabemos cómo archivar la información? Esto no es un tema que pueda resolverse exclusivamente con abogados especialistas, y por eso creo que el IFAI tiene también una gran virtud, porque ha tenido sociólogos y científicos políticos, y personas que desde distintas disciplinas han ayudado a construir esa importante institución asumiendo los distintos desafíos que aparece. Sólo un equipo interdisciplinario es capaz de afrontar con éxito desafíos técnicos como el mencionado, de una manera adecuada.

3. *Desafíos jurídicos*

La definición de criterios para la ponderación de bienes, principios y derechos en juego ante una solicitud de acceso.

El tercer desafío es jurídico y, aunque comprende muchos temas, voy a referirme muy brevemente a tres: el que representa la protección de datos personales, la seguridad nacional y la obligación de producir información. Son tres grandes temas en los que es necesario que los órganos reguladores y las autoridades de aplicación deben profundizar.

El Estado, en algunos casos, captura, archiva o administra datos personales que no pueden ser revelados pese a encontrarse en poder de las autoridades públicas. Por ejemplo, en los hospitales públicos hay datos sobre si una persona tiene una determinada enfermedad y aunque se trata de una información que se halla en una entidad pública, la gente no tiene derecho de acceso a la misma. Pero, ¿cuál es el límite de la reserva? ¿Dónde está el límite entre un dato personal y un dato público o entre un dato personal y una información sensible?

En este tema, como en la mayoría de este tipo de casos, hay situaciones claras pero también muchas zonas grises. La salud de una persona o su vida sexual son datos que tienen una fuerte expectativa de privacidad y que deben ser protegidos. Por otro lado, el mero ejercicio de las funciones públicas no es un dato sensible ni personal y debe ser público. Pero nos encontramos con casos límite que han sido resueltos de manera distinta en la región. Por ejemplo, los datos que identifican a las personas que reciben los beneficios de programas de inversión social destinados a familias de escasos ingresos. Hay gente que alega que dar esta información “revictimiza” a quienes han sido objeto de este tipo de subsidios estatales por encontrarse en situación de pobreza. Según este argumento, esas personas tienen derecho a recibir tales recursos sin que el resto de sus vecinos y las personas con las que se

relacionan lo sepan, para intentar salir de esa situación de pobreza sin el estigma de ser una persona que vive del dinero público. Otras personas, sin embargo, sostienen que es necesario conocer esos datos para poder hacer un control social efectivo sobre la gestión de los recursos públicos. Para este grupo de personas, si el Estado no informa claramente quiénes son, con nombre y apellido, los beneficiarios de estos programas, ¿cómo se controla que no se gasta esa plata en clientelas políticas? ¿Cómo se sabe si realmente se aplica una política pública de satisfacción de derechos sociales y de construcción de ciudadanía social, y no de construcción de clientelas al servicio de un partido o movimiento político? ¿Cómo se sabe que no se están desviando y dando lugar a entramados estatales de corrupción? ¿Cómo se hace ese control, no sólo respecto del poder político, sino para asegurar la satisfacción de los derechos sociales, especialmente de quienes realmente lo necesitan? Estos cuestionamientos se han resuelto de diferente manera en distintos países de la región. Mas, a mi juicio existen formas de resolverla tratando de cuidar en la mayor medida posible los datos mencionados, esto es, la privacidad de las personas beneficiarias, sin sacrificar la posibilidad de hacer una verdadera auditoría social. En otras palabras, siendo recursos públicos, cuyo destino es de tanta importancia, resulta indispensable que se conozca la información para permitir un adecuado control social sobre las políticas públicas respectivas. No obstante, se pueden establecer salvaguardas como la no publicación de las listas en las zonas vecinales respectivas, para resguardar los otros valores implicados. En este sentido, no tiene por qué ser difundida proactivamente entre los vecinos o las redes sociales en las que se desenvuelve la vida cotidiana de las personas afectadas. Felizmente, ésta ha sido la solución en gran parte de los Estados de la región, con contadas excepciones, en Estados caracterizados por un enorme secretismo en lo que se refiere a la difusión de las cifras públicas.

Un tema similar se presenta cuando se trata de acceder a la información fiscal o tributaria. Por supuesto que nadie tiene derecho a acceder a mi declaración de renta, a mi información fiscal. Uno la entrega a una agencia fiscal encargada de cobrar los respectivos impuestos y de mantener la legítima expectativa que se tiene sobre esa información. Pero, ¿qué pasa con quienes no asumen sus obligaciones fiscales y luego son objeto de amnistías tributarias o de cualquier otro favor estatal? En estos casos, ya no se trata de mantener la reserva sobre el patrimonio privado de una persona, sino sobre el incumplimiento del deber legal de contribuir al erario público y controlar la legalidad de la decisión del Estado de “perdonar” esa deuda. ¿Con quién es la deuda? ¿Con la agencia de impuestos o con la sociedad? Se trata de una deuda con toda la sociedad, de recursos que pertenecen al público y no

a la agencia tributaria. Por esta razón, y por todas las razones que refuerzan la transparencia en los asuntos relacionados con la administración de recursos públicos, esa información debe ser conocida.

Es verdad que en muchos casos es mucho más operativo y eficiente condonar ciertas deudas que cobrarlas y que los sistemas de hacienda pueden tener excepciones para que, en circunstancias muy específicas y razonables, las deudas sean condonadas. Sin embargo, debe existir un fuerte control social sobre esta gestión. El sentimiento de vergüenza de quien de buena fe intentó y no pudo pagar esta deuda fiscal, no es suficiente para privar a la sociedad del control respectivo. Tampoco la revelación de los datos asociados a la condonación, aunque los Estados deben hacer un esfuerzo por minimizar al máximo la revelación de datos personales que no son necesarios para ejercer el control de que acá se habla.

Un tercer desafío se presenta en países como Brasil, por ejemplo, que está comenzando a implementar su ley de acceso y se enfrenta a la solicitud de acceso a los correos electrónicos de ciertos funcionarios. En muchos Estados, antes de la entrada en vigencia de las leyes de acceso, los correos de todos los funcionarios públicos eran privados, pues se entendían cobijados por las protecciones legales a la correspondencia, y por ello tenían una alta expectativa de privacidad. Pero luego de la expedición de las leyes de acceso, comienzan a surgir peticiones sobre correos no sólo creados durante la vigencia de la ley, sino incluso antes de ésta. Se alega a favor de esta tesis que se trata de un correo electrónico institucional, mediante el cual se administra información de relevancia pública. Sin embargo, los titulares de las cuentas indican que se trata de correspondencia protegida por el derecho a la privacidad, que tenía expectativa de reserva y que es muy difícil separar la información personal de la institucional cuando se trata de una cuenta de correo electrónico.

A mi juicio, este tipo de casos pueden ser resueltos con ponderaciones adecuadas. En principio los correos con información personal que no tienen relevancia pública no deberían ser públicos. Aquellos que contaban con expectativa de privacidad antes de la expedición de la ley, tienen una protección especial *prima facie*. Sin embargo, lo cierto es que los correos específicos de cuentas institucionales que contienen información pública sobre asuntos relacionados con la gestión estatal no tendrían en principio que estar sometidos a la reserva, salvo casos en los cuales se apliquen las excepciones legales en los términos mencionados. Entiendo que es un tema de mayor complejidad, pero creo que criterios como estos son útiles para resolver los casos mencionados.

El segundo tema que plantea importantes desafíos es el de la *seguridad nacional*. Es un tema realmente difícil por la sensibilidad de los asuntos que

compromete y sobre el cual se ha trabajado mucho en los últimos años. Me voy a detener en dos asuntos específicos: la protección de los informantes y la reserva sobre las averiguaciones previas de un proceso penal en el cual puede estar comprometida la “seguridad nacional”. Dos temas clave a nivel regional en la materia.

Los informantes. Es cierto que la información que afecte la seguridad nacional puede estar reservada. Pero sólo a través de una ley clara, precisa, que establezca, cuando menos, los criterios democráticos que se requieren para definir los casos en los cuales un determinado asunto es de seguridad nacional, y defina quién tiene la competencia para clasificar y ordenar la reserva, el procedimiento de la reserva, el tiempo que la información estará reservada y los controles que existen para asegurar que esta decisión se adecua a los imperativos de una sociedad democrática.

¿Qué pasa cuando alguien, sometido a ese deber de reserva, hace pública la información, pero dicha información se refiere a temas de corrupción o de violaciones de derechos humanos? En estos casos existe una clara obligación de proteger al informante respecto de las sanciones legales derivadas de la ruptura del deber de reserva. Es decir, es necesario establecer excepciones legales al cumplimiento de dicho deber, dada la relevancia de la información que se hace pública. Lamentablemente, no todas las leyes incluyen la cláusula que tiene la ley mexicana en virtud de la cual la información sobre derechos humanos es una información que debe ser pública, con lo cual quien filtre una información de esta naturaleza, no podría ser sometido a sanción alguna pues la propia ley la excluye de la reserva así algún funcionario la clasifique. En países como Estados Unidos, por ejemplo, hay cierta protección para los informantes en materia de corrupción, pero no en materia de violaciones a los derechos humanos.

Lo que dicen las declaraciones de los relatores de libertad de expresión en esta materia, es que si esa información estaba realmente sometida a la reserva, pero se refería a asuntos de interés público como violaciones de derechos humanos o actos de corrupción, y fue revelada con la intención de que tales asuntos fueran conocidos, no puede haber sanción por violación del deber de reserva. De ninguna manera puede sancionarse la simple publicación de la información revelada, por parte de un medio de comunicación.

El único país de la región que de manera expresa consagra lo contrario es Ecuador, que en su ley de comunicaciones establece sanciones a cualquier tercero que divulgue la información secreta revelada, con independencia de su contenido. En este sentido, resulta sorprendente que se trate del mismo país que se ha enorgullecido de proteger al señor Julian Assange, que hizo exactamente lo que la reciente ley ecuatoriana prohíbe de manera explícita:

difundir información clasificada porque entendió que se trataba de una información de interés público.

Pero ese es el único país en la región donde pasa eso, en ningún otro país los medios de comunicación que publican información reservada que ha sido filtrada pueden ser sancionados por ese solo hecho. En otras palabras, el deber de reserva por razones de seguridad nacional no se extiende al medio de comunicación. Se extiende solamente al funcionario o tercero vinculado al Estado que tiene el deber de mantener dicha información alejada de los ojos del público, salvo que se trate de un informante en los términos descritos.

Ahora bien, en lo que respecta a las averiguaciones previas de la investigación penal es importante hacer un par de precisiones. Este tipo de información normalmente se reserva mientras se adelanta la investigación y para proteger la integridad y eficacia de la misma. En algunos casos se alega que revelar su contenido puede afectar la “seguridad nacional”.

Es cierto que hay fenómenos de macro-criminalidad, como el terrorismo, que pueden afectar severamente el orden público o la seguridad nacional. Es cierto que mantener la reserva de las investigaciones penales que conducen a identificar, procesar y castigar a los responsables de estos crímenes es un elemento importante para el éxito de tales investigaciones. No obstante, en algunos casos se usa como pretexto la defensa de la seguridad nacional para mantener en reserva investigaciones sobre violaciones de derechos humanos que, por ejemplo, se encuentran completamente inactivas. ¿Por qué habría que mantener la reserva respecto de una averiguación previa que lleva quince años quieta y que no tiene ningún impacto en otras investigaciones activas? Una causa que está inactiva desde hace años o que ha sido cerrada, y cuya información de ninguna manera puede entorpecer una investigación activa, no tiene porque estar reservada. ¿Acaso no tenemos derecho a exigir rendición de cuentas a la procuraduría y a los fiscales, o a los jueces de instrucción, según el modelo de cada país? Claro que sí. La única manera es haciendo pública esta información. De hecho, la publicidad ayuda a que los propios operadores de justicia se blinden frente al crimen organizado. La mejor manera de proteger a las instituciones contra la captura de este tipo de criminalidad es la transparencia y la rendición de cuentas. Por eso, por ejemplo, es tan importante proteger a la prensa en las zonas donde operan estos grupos, porque la visibilidad los contiene y esa misma visibilidad le ayuda al funcionario a hacer su trabajo. En suma, no en todos los casos las averiguaciones previas son reservadas. Es necesario utilizar criterios como los mencionados para efectuar un juicio razonado de ponderación al respecto.

4. *Obligación de producir información*

En general las leyes de acceso establecen que los Estados sólo tienen la obligación de entregar la información de que disponen. Sin embargo, existe un deber específico de producción de información del cual se derivan, cuando menos, tres obligaciones específicas: elaborar archivos adecuados para custodiar la información existente; elaborar o producir la información que los Estados tienen la obligación de producir según su derecho vigente; y motivar de manera suficiente la decisión de no entregar la información respectiva cuando el argumento es que no dispone de la misma.

En este punto es importante mencionar el caso *Gómez Lund*, un ejemplo novedoso en materia de acceso a la información que se refiere justamente al deber de motivar (y naturalmente responder) por la no entrega de información cuando el argumento del Estado es que no dispone de una información que debería tener bajo custodia.⁹

En Brasil, durante la dictadura militar a finales de los sesenta, un grupo de muchachos fue desaparecido. Años después, la prensa empezó a publicar que se había producido una masacre y que habían asesinado a estos muchachos en una operación militar. Las madres y otros familiares que buscaban a estos jóvenes, preguntaron al Estado por dicha operación. En una primera instancia la respuesta fue que la operación no existió, que era mentira, que nunca se llevó a cabo una operación de esa naturaleza. La prensa siguió investigando y publicando, y encontraron algunas pruebas indiciarias de la operación, así que los familiares insistieron en sus preguntas. La segunda respuesta fue que, si bien la operación había existido, no había información sobre la misma pues, o no se había documentado, o había desaparecido. La prensa siguió publicando información y mediante operadores de justicia, las fuerzas armadas debieron entonces responder nuevamente por la información solicitada. Entonces, el Estado respondió que, de existir dicha información, si no se había hecho pública o extraviado, era de seguridad nacional. La CIDH litigó con las víctimas el caso ante la Corte IDH. Para la CIDH, el Estado tenía la obligación nacional e internacional de darle a las madres y los otros familiares la información precisa sobre la operación realizada y sobre el lugar en el cual se encontrarían los cuerpos. En ese sentido, debía buscar dicha información y, de no ser encontrada, debía reconstruirla mediante testimonios y otras medidas similares. La CIDH alegó, como fundamento de su solicitud, que los Estados están obligados a documentar toda la gestión estatal. Que tienen que tener sistemas de archivo y custodia

⁹ *Ibidem*, nota 7.

adecuados. Que cuando la información se pierde, tiene que buscarla o reconstruirla a través de todos los mecanismos posibles, y todo lo anterior, con particular diligencia, si se trata de información sobre violaciones graves a los derechos humanos.

En Alemania, hace no muchos años, encontraron en decenas de costales, millones de papeles destruidos, hechos añicos, que contenían importantes archivos de la policía. La labor, entonces, fue la de reconstruir esos archivos pues la revelación de este tipo de actuaciones constituyó un elemento clave en la transición a la democracia. Así, fueron uniendo, pieza por pieza, millones de pedazos de papeles destrozados. Algo similar sucedió con la reconstrucción del archivo policial encontrado por azar en Guatemala y que hoy constituye un elemento central para la reconstrucción del pasado y la reparación de las víctimas del conflicto en ese país.

En su sentencia, la CIDH no llegó a afirmar el deber de buscar o reconstruir la información solicitada, pero indicó que los Estados tienen la obligación de motivar de manera suficiente la negativa de entregar una información, sobre la base de que la misma no se encuentra en los archivos estatales debiendo estar debidamente custodiada y archivada. Para la Corte el Estado debe realizar todos los esfuerzos necesarios para encontrar la mencionada información. Esta decisión resulta de enorme importancia, pues la motivación es justamente lo que una persona necesita para poder impugnar una deficiente gestión estatal. Es, pues, un avance importante aunque es necesario seguir en el esfuerzo de lograr el reconocimiento efectivo del deber del Estado de producir aquella información que las leyes (dentro de las cuales se encuentran los tratados ratificados por el Estado) le imponen.

Espero con esto haber logrado dar un panorama muy general de la situación actual, los principales estándares y los mayores desafíos a los que nos enfrentamos regionalmente en materia de acceso a la información. Agradezco de nuevo la muy generosa invitación de la UNAM y a las organizaciones de transparencia que la organizan. Si me lo permiten, agradezco de manera especial a mi querida amiga, Jacqueline Peschard, a quien reconozco su enorme aporte al tema que hoy nos ocupa. Muchas gracias.