

I. Introducción . . . . .	1
II. Autoridades reguladoras y autoridades obligadas . . . . .	7
III. Máxima publicidad y reserva temporal	21
IV. Vida privada y datos personales. . . . .	25
V. Interés, justificación y gratuidad . . . . .	35
VI. Procedimientos y órganos . . . . .	41
VII. Archivos . . . . .	55
VIII. Información de particulares . . . . .	58
IX. Sanciones . . . . .	60
X. Artículos transitorios . . . . .	81
XI. Conclusión . . . . .	83

## I. INTRODUCCIÓN

El 20 de julio de 2007 apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional de la mayor trascendencia. Debido al constante flujo de reformas constitucionales, existe una cierta tendencia a la trivialización de los cambios que se le hacen a la carta magna. No es para menos, dada la experiencia histórica de las últimas décadas, la cual nos demuestra que muchas de las reformas realizadas han sido meramente nominales o de fachada, sin que de ellas hayan derivado cambios importantes para la vida de los habitantes de México.

Creo que no sería exagerado decir que la reforma constitucional del 20 de julio de 2007, mediante la cual se introduce un segundo párrafo en el artículo sexto constitucional, rompe con el patrón que se acaba de mencionar, puesto que constituye una reforma que muy bien puede calificarse como histórica, porque a partir de ella habrá un antes y un después en la materia que pretende regular.

Dicha materia no es otra más que la de dotar de herramientas jurídicas a todas las personas para ejercer el derecho de acceso a la información públi-

ca en el sentido más amplio del término, aunque la reforma prevé también otras cuestiones interesantes e importantes.

Hasta antes de la citada reforma, la referencia constitucional sobre el derecho a la información era bastante escueta. Se limitaba a una frase introducida durante la llamada reforma política de 1977 al texto del artículo sexto; su contenido señalaba de forma breve y quizá hasta enigmática que: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”. No es momento de hacer un repaso de todas las tribulaciones jurídicas a las que dio lugar un enunciado tan amplio como indefinido.<sup>1</sup>

Lo importante es señalar ahora que a partir del año 2002 se comienzan a emitir una serie de leyes a nivel federal y estatal que, con esa única base constitucional, regulan el derecho de toda persona para acceder a la información que se encuentre en poder del Estado mexicano, es decir, el derecho de acceso a la información pública gubernamental (entendiendo por gobierno todas las manifestaciones posibles de lo público: poderes tradicionales y órganos autónomos bajo cualquiera de las modalidades administrativas y constitucionales hoy en día existentes).

<sup>1</sup> El tema ha sido estudiado por López -Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, TEPJF, 2005.

Aunque no se suele reconocer, lo cierto es que el surgimiento de las leyes de transparencia en todo el territorio nacional supuso una verdadera “reforma estructural”, puesto que vino a reconfigurar los términos en que los habitantes del país se relacionan con sus autoridades. El avance de la transparencia no solamente dio lugar a memorables “hallazgos” periodísticos, sino que también comenzó a involucrar a la ciudadanía en el conocimiento de un aparato estatal que por décadas había operado en el más absoluto de los secretos, haciendo de la opacidad una de sus reglas más preciadas.

La ciudadanía aprendió poco a poco que se podía dirigir a cualquier autoridad del país para solicitarle la información que fuera de su interés y que la autoridad le tenía que contestar dentro de un plazo razonable. Las autoridades también entraron en un proceso no menor de cambio y de aprendizaje: tuvieron que cambiar la mentalidad de muchos funcionarios públicos acostumbrados a operar bajo la lógica del secreto, que de pronto veían sus salarios y sus prestaciones (incluyendo bonos y demás “complementos” a su ingreso) publicados en Internet.

Ahora bien, pese a los muchos beneficios que arrojó el proceso de regulación legislativa, el desarrollo institucional y el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de sus titulares, lo cierto es que se produjeron fenómenos de gran “asincronía”

entre las distintas entidades federativas.<sup>2</sup> Los requisitos para solicitar información, los conceptos de información reservada y confidencial, los tiempos de respuesta de la autoridad, los costos de reproducción de documentos y la compleja ruta hermenéutica del derecho realizada por autoridades administrativas y judiciales variaban notablemente a lo largo del país.<sup>3</sup>

Era necesario igualar las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la información, si es que en verdad se trataba de un derecho fundamental.<sup>4</sup> El dictamen realizado por la Cámara de Diputados en su calidad de cámara de origen dentro del proceso de reforma constitucional parece advertir correctamente esta problemática cuando señala que

<sup>2</sup> Véase López-Ayllón, Sergio y Marván Laborde, María (coords.), *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, CIDE, IFAI, 2007.

<sup>3</sup> Véase al respecto los análisis de Guerrero Gutiérrez, Eduardo y Ramírez de Alba, Leticia, “La transparencia en México en el ámbito subnacional: una evaluación comparada de las leyes estatales”, de Merino, Mauricio, “Muchas políticas y un solo derecho”, y de Becerra, Ricardo y Lujambio, Alonso, “¿Por qué constitucionalizar?”, todos incluidos en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM, IFAI, 2006.

<sup>4</sup> Me he ocupado de argumentar con mayor detenimiento este aspecto en Carbonell, Miguel, “El derecho de acceso a la información como derecho fundamental”, en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario, cit.*, pp. 3-18.

...el desarrollo del derecho de acceso a la información no ha estado exento de problemas, resistencias y deformaciones. Quizás, la dificultad más importante es la heterogeneidad con la que se ha legislado y con la que se ejerce hoy mismo en las entidades y en las instituciones de la República, una diversidad perjudicial para la práctica de un derecho que es fundamental... La rutina democrática que posibilita pedir información a los gobiernos sin limitaciones, luego de 33 leyes de transparencia en la Federación y en los Estados, ha adquirido las más variadas tonalidades, pues los procedimientos y los arreglos institucionales, los límites, la apertura, la tecnología disponible y los documentos accesibles son muy distintos, por lo tanto la pregunta obligada es: ¿puede un derecho fundamental tener tantas versiones como gobiernos, jurisdicciones administrativas y soberanías? ¿puede un derecho diferenciar a los mexicanos de modo tan subrayado, dependiendo de la entidad federativa, del lugar de residencia o del nacimiento de una persona.

También aparece el mismo tema en el dictamen preparado en la Cámara de Senadores en su calidad de Cámara revisora dentro del procedimiento de reforma constitucional; en dicho documento se apunta, entre otras cuestiones, que

Justo por tratarse de un derecho fundamental, el acceso a la información no debe tener modalidades distintas en función de la situación geográfica, del partido que gobierne, de la entidad federativa o del humor del gobernante el turno. No sólo la opinión de los expertos afirma que es indispensable una reestructuración a escala nacional de la implementación de este derecho: las propias legislaturas estatales se han percatado de las evidencias de diseños normativos e institucionales deficientes, al emitir dos, tres o más veces, reformas legales o nuevas leyes en materia de transparencia y acceso a la información.

Es en este contexto que surge la reforma que estamos analizando, cuyos primeros impulsos provinieron de distintos gobernadores de entidades federativas a cargo de los principales partidos políticos nacionales. Es decir, el origen de la reforma tuvo un signo claramente federalista, lo que no suele ser frecuente en la historia constitucional de México, acostumbrada durante muchos años a ver que los cambios nacían siempre desde el centro de la República.

Con todo lo interesante que puede ser el estudio de las fuentes próximas y remotas de la reforma constitucional en materia de transparencia, creo que lo más importante es su contenido y, sobre todo, las

consecuencias que de ella van a derivar hacia delante. ¿Qué panorama de exigencias jurídicas, administrativas y de políticas públicas se nos abre a partir de la reforma?, ¿qué deben hacer cada uno de los actores involucrados en la compleja y delicada tarea de hacer realidad el nuevo texto constitucional?, ¿qué debemos mantener y qué debemos cambiar de lo que actualmente tenemos en materia de acceso a la información y transparencia? La respuesta completa a tales interrogantes seguramente tendrá que ser objeto de estudios y análisis que comprenderán cientos o quizá miles de páginas. No es ese el propósito del presente texto; en las siguientes páginas nos limitaremos simplemente a ofrecer un comentario general, con base en objetivos de carácter descriptivo, del contenido de cada una de las siete fracciones y tres artículos transitorios que la reforma introduce en la Constitución mexicana.

## II. AUTORIDADES REGULADORAS Y AUTORIDADES OBLIGADAS

El encabezado del nuevo párrafo segundo del artículo 6o. constitucional se refiere a las autoridades federales, estatales y del Distrito Federal, que son las que se rigen por las bases y principios de las siete nuevas fracciones del mismo párrafo, a fin de



hacer todo lo necesario para que se haga realidad el ejercicio de derecho de acceso a la información.

Por primera vez la Constitución menciona expresamente al “derecho de acceso a la información”, que es una especie del genérico derecho a la información. De esta manera se incorpora un nuevo derecho fundamental a nuestro sistema constitucional. Tal como está redactado el encabezado del nuevo párrafo, puede decirse que sus siete fracciones desarrollan el “mínimo” que debe contener cualquier regulación legislativa, práctica administrativa o política pública en materia de transparencia; en otras palabras, las “bases y principios” que enumera el párrafo segundo son susceptibles de ensancharse tanto como sea posible por parte de las autoridades competentes. De hecho, dichas autoridades están obligadas, en la medida de sus posibilidades, a proteger con la mayor amplitud el derecho de acceso a la información.<sup>5</sup>

La fracción I contiene tres cuestiones importantes: la primera es la definición de las autoridades obligadas por el derecho de acceso; la segunda se refiere a la información que se considere como reservada, y la tercera tiene que ver con el principio

<sup>5</sup> Esta regla se aplica a todos los derechos fundamentales, bajo el principio de la interpretación extensiva de los mismos, la cual se proyecta a todas las autoridades del Estado mexicano y a todos sus niveles de gobierno.

de máxima publicidad. La primera de esas cuestiones se analizará brevemente enseguida. Las otras dos serán objeto de un comentario en el apartado siguiente.

La fracción I nos ofrece cuatro distintos tipos de agentes públicos, los cuales operan o cubren los tres niveles de gobierno que existen en México; la Constitución se refiere a la publicidad de la información que esté en posesión de cualquier: *a)* autoridad; *b)* entidad; *c)* órgano, y *d)* organismo. Los tres niveles de gobierno que cita la misma fracción son el federal, el estatal y el municipal.

Respecto de estas definiciones cabe hacer al menos dos comentarios. Por un lado, creo que con los cuatro términos empleados por la Constitución para definir a todos los agentes públicos del Estado mexicano no se excluye a ningún tipo de organización, con independencia de la modalidad administrativa o del nombre con que operen. Esto deja fuera de toda duda la obligación completa y total de otorgar información que tienen organismos como el Infonavit o las figuras de los fideicomisos públicos, en los mismos términos que las demás autoridades o entes del Estado mexicano.

Por otra parte, al lector atento del nuevo contenido constitucional no se le habrá escapado el hecho de que el encabezado habla de unas autorida-

des, y la fracción I, de otras; o mejor dicho, en la fracción aparece un nivel de gobierno que no está en el encabezado: el municipio. ¿Qué razón habría para ese trato diferencial en dos enunciados que parecen ser tan semejantes? La duda legítima y razonable surge a partir un contexto determinado: el de la discusión sobre el alcance de la facultad de los municipios para emitir sus propios reglamentos en materia de transparencia. ¿Existe dicha facultad?, ¿está reconocida en la Constitución?, ¿podría decirse que la omisión del nuevo encabezado del párrafo segundo, al omitir la mención sobre el municipio acepta que no tiene competencias reguladoras en la materia?

Desde mi punto de vista, el municipio sí puede expedir reglamentos en materia de acceso a la información y transparencia, con fundamento en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 115 constitucional, según la cual los ayuntamientos están facultados para expedir reglamentos, entre otras cuestiones, en materia de organización de la administración pública municipal. Desde luego, dichos reglamentos deben estar sujetos al principio jerárquico respecto de las leyes estatales de acceso a la información, por lo que no podrán ir más allá de lo

que ellas dispongan.<sup>6</sup> Tampoco podrán poner alguna traba o requisito para interponer recursos de revisión, ni prever plazos más amplios para la entrega de la información. No podrán establecer la necesidad de agotar algún recurso interno antes de acudir ante la autoridad revisora a nivel estatal. En fin, estarán en todo sujetos a las leyes correspondientes. Los reglamentos municipales no pueden ser en modo alguno instrumentos para posponer el disfrute del derecho de acceso o para hacerlo más costoso (en dinero o en tiempo) para el ciudadano. Quizá sea útil la siguiente tesis de jurisprudencia como instrumento para guiar los futuros reglamentos municipales en materia de transparencia que pudieran llegar a dictarse:

FACULTAD REGLAMENTARIA. SUS LÍMITES. La facultad reglamentaria está limitada por los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica. El primero se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean re-

<sup>6</sup> Sobre este tema y, en general, sobre la relación entre la ley y el reglamento, puede véase Carbonell, Miguel, "Notas sobre los límites de los reglamentos del Poder Ejecutivo Federal en el derecho mexicano", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 20, 1996, pp. 65-83.

gulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento. El segundo principio, el de jerarquía normativa, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del órgano facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos. En tal virtud, si el reglamento sólo funciona en la zona del cómo, sus disposiciones podrán referirse a

las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), siempre que éstas ya estén contestadas por la ley; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio ya definido por la ley y, por tanto, no puede ir más allá de ella, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición. Precedentes: Acción de inconstitucionalidad 36/2006. Partido Acción Nacional. 23 de noviembre de 2006. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz, Marat Paredes Montiel y Rómulo Amadeo Figueroa Salmorán. El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 30/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.<sup>7</sup>

El dictamen emitido por la Cámara de Senadores durante el procedimiento de aprobación de la reforma constitucional deja en claro lo que se acaba de decir y precisa que los reglamentos municipales no podrán crear órganos encargados de revisar las ne-

<sup>7</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007, p. 1515.

gativas de acceso a la información; en dicho documento se establece que

La iniciativa... reconoce al propio Congreso de la Unión y a las Legislaturas Estatales y la Asamblea del Distrito Federal, como los ámbitos habilitados para legislar en materia de acceso a la información. Esto no quiere decir que los municipios no puedan establecer sus propios reglamentos de transparencia acordes con sus realidades administrativas y financieras... la última palabra respecto de la reserva y confidencialidad de la información, determinada en primera instancia por los Municipios, será la que dicten los organismos estatales en materia de transparencia... Son dos razones poderosas las que han impulsado a la Colegisladora a delimitar esta jerarquía: por una parte evitar una perniciosa e impracticable proliferación de autoridades de transparencia en 2,443 demarcaciones municipales y 16 delegaciones en el caso del Distrito Federal; por otra parte, propiciar una mayor coherencia de criterios y de resoluciones de apertura en los territorios estatal y nacional, mediante la existencia de sólo 32 órganos estatales y uno federal.

Respecto del tipo de sujetos obligados por la reforma, cabría preguntarse si entre ellos se encuentran algunos que no forman parte de los poderes públicos o de los órganos autónomos del Estado me-

xicano. Me refiero en particular a dos tipos de sujetos que han generado un cierto grado de debate académico y político: los partidos políticos y los sindicatos. De la revisión de los documentos que formaron parte del procedimiento de aprobación de la reforma que estamos analizando se desprende con claridad que los legisladores no quisieron incluir como sujetos directamente obligados a los partidos políticos, aunque sí figuraban de forma expresa en la llamada “Iniciativa de Chihuahua” avalada por los gobernadores de esa entidad federativa, de Aguascalientes, Veracruz, Zacatecas y por el jefe de Gobierno del Distrito Federal. En el caso de los sindicatos no se hizo mención alguna ni en el dictamen de la Cámara de Diputados ni en el de la Cámara de Senadores.

Sobre los partidos se afirmó en el dictamen de los diputados que la reforma incluía a todas las modalidades de organización administrativa del Estado (se mencionan expresamente en el dictamen a los organismos públicos descentralizados, a las empresas de participación estatal y a los fideicomisos públicos), pero “dejando claro que no se refiere a las entidades de interés público a las que hace mención el artículo 41 de la Constitución...”. Es decir, queda claro que los partidos políticos no están incluidos en el elenco de autoridades y órganos seña-



lados por la fracción I del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional. El dictamen emitido por la Cámara de Senadores se detiene con mayor detalle en el tema, al afirmar lo siguiente:

Una lectura cuidadosa del texto de la reforma, del dictamen de la Colegisladora, así como de los antecedentes que en la materia existen, tanto legislativos como los que en la materia ha establecido el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, permiten precisar que si bien por razones de técnica legislativa, y debido a su naturaleza y su especificidad como organismos de la sociedad, no se ha considerado conveniente que los partidos políticos sean sujetos obligados directos del derecho de acceso a la información, ello no obsta para que a través del sujeto obligado en la materia, que son el Instituto Federal Electoral y los Institutos Electorales locales, según sea el caso, los ciudadanos puedan tener acceso a la información de los partidos políticos, en los términos que precise la legislación secundaria que al respecto se expida. En otras palabras, los partidos políticos, al no ser autoridad pública, no pueden ejercer del mismo modo y bajo las mismas condiciones las obligaciones de acceso a la información y transparencia, pero deben cumplirla bajo sus propias modalidades porque son sujetos indirectos del derecho de acceso a la información.

Más adelante el mismo dictamen del Senado señala a modo de conclusión que

...los partidos políticos son instituciones integrantes del régimen constitucional, por lo que al lado de sus prerrogativas, que garantizan su participación representativa, están igualmente investidos de obligaciones y responsabilidades que aseguran su presencia democrática. De allí que la información que les reclame la ciudadanía, en orden a la transparencia con la que deben conducirse las instituciones republicanas, debe estar disponible en todo tiempo, considerando desde luego que no constituya una intromisión injustificada en la vida interna de los partidos y sin que se ponga en riesgo la información estratégica de su acción política y electoral.

De los párrafos que se acaban de transcribir se pueden desprender algunas reflexiones importantes sobre el tema del acceso a la información que esté en posesión de los partidos políticos. La primera de ellas es que parece quedar claro que los partidos sí son sujetos obligados a rendir cuentas a través de los mecanismos de acceso a la información y transparencia. Ahora bien, el dictamen del Senado pone en evidencia que la información de los partidos no se les puede solicitar directamente a ellos, sino que la solicitud se dirige a la autoridad electoral, ya sea

federal o local, la que a su vez la traslada al partido a fin de atender la solicitud del titular del derecho de acceso a la información.

Una segunda reflexión importante tiene que ver con aquellas entidades federativas que ya hayan decidido o que decidan en el futuro disponer que en su ámbito territorial los partidos políticos sí son sujetos directamente obligados. ¿Dicha obligación directa sería inconstitucional? Me parece que deberíamos concluir que no, si bien el texto del dictamen ya referido no deja mucho espacio de maniobra. Las razones por las que una regulación de obligaciones directas a los partidos en materia de transparencia sería constitucional podrían ser al menos las siguientes: *a)* el texto del párrafo segundo del artículo 6o. no prohíbe que exista dicha regulación; *b)* se trataría de la ampliación del ámbito de ejercicio de un derecho fundamental; *c)* como reconoce el propio dictamen del Senado, los partidos tienen obligaciones distintas a las que tienen los simples particulares, ya que por un lado son entidades de interés público (como lo precisa el artículo 41 constitucional) y por otro son “instituciones integrantes del régimen constitucional”. Por lo anterior es que sería válido que el legislador federal o el local decidieran hacer de los partidos sujetos directamente obligados en materia de acceso a la información.

Un apunte brevísimo sobre el tema de los sindicatos. Se ha dicho que en el caso de los sindicatos no existiría ningún tipo de obligación, ni directa ni indirecta, para que atiendan cuestiones de acceso a la información, ya que se trata de entidades conformadas por particulares en ejercicio de su derecho constitucional de asociación en materia laboral (sin que ello sea obstáculo para solicitar información relacionada con los sindicatos que obre en poder de las autoridades laborales, como es obvio).

Ahora bien, aunque es cierto que los sindicatos son entidades jurídicas distintas a los partidos políticos (puesto que carecen de la calificación constitucional de entidades de interés público y la mayor parte de sus ingresos no proviene del financiamiento público, cosa que sí acontece en el caso de los partidos), lo cierto es que el conocimiento sobre su actuación y la obligación de atender ciertos requerimientos de rendición de cuentas podría derivarse del carácter instrumental que tienen precisamente en relación con el ejercicio del derecho fundamental de asociación en materia laboral.

Es decir, toda vez que los sindicatos son —para los trabajadores— el único medio a través del cual se puede ejercer el derecho fundamental de asociación en el ámbito laboral, de allí se podrían desprender obligaciones distintas en materia de transparencia de las que tienen los simples particulares.

Lo que sí es inobjetable es que cualquier persona puede solicitarle a las autoridades toda la información que esté en poder de las propias autoridades y que tenga relación con los sindicatos. Por ejemplo, si una entidad pública le entrega dinero a un sindicato, es pública toda la información relacionada con el propósito de dicha entrega, su fundamento jurídico (por ejemplo, un contrato colectivo), el destino que se le debe dar (en caso de que se trate de un recurso “etiquetado”), etcétera. Además, los particulares pueden pedir toda la información relacionada con un sindicato que esté en posesión de las autoridades en virtud de que ha sido entregada por el propio sindicato. Este aspecto incluye toda la información que los sindicatos están obligados a proporcionarle a la autoridad laboral relacionada con sus dirigencias, con sus estatutos, con la renovación de sus representantes, etcétera.

La idea es generar un ámbito de transparencia también dentro de la vida sindical, sin que ello signifique vulneración alguna a la autonomía organizativa. Dicha autonomía no existe para evitar cualquier rendición de cuentas, sino para proteger los intereses legalmente reconocidos de los trabajadores. Los sindicatos, en otras palabras, no pueden ser administrados como si fueran propiedad privada de sus dirigentes, en tanto que desarrollan funciones sociales de la mayor relevancia, vinculadas con el

ejercicio de derechos fundamentales, como ya se ha señalado.

En todo caso es un tema sobre el que vale la pena seguir reflexionando, puesto que la lógica de la transparencia proyectada hacia el mundo sindical podría significar importantes avances en el combate a la corrupción de sus líderes y al manejo patrimonialista que las cúpulas tienen dentro de ciertas organizaciones de este tipo.

Pasemos ahora a los demás aspectos previstos por la fracción I.

### III. MÁXIMA PUBLICIDAD Y RESERVA TEMPORAL

La fracción I del nuevo párrafo segundo establece claramente una regla de carácter general: toda la información en posesión de las autoridades y entes del Estado mexicano es pública. Ahora bien, crea simultáneamente una excepción y nos indica el criterio hermenéutico que debe seguir el sujeto aplicador para determinar si la excepción está o no justificada.

La excepción a la publicidad de la información se produce cuando existen razones de interés público que justifiquen su reserva temporal. Es decir, también en este caso se trata de información sujeta al principio de publicidad, pero existen razones sufi-

cientes para no darla a conocer en el momento en el que se genera o en el momento en que es solicitada. Dichas razones, dice la fracción I, deben ser “de interés público en los términos que fijen las leyes”.

Existe, en consecuencia, una reserva de ley en materia de información clasificada: solamente la ley (y ninguna otra fuente del derecho) puede determinar qué debe entenderse por información reservada y cuáles son los supuestos en que se puede proceder a dicha clasificación.<sup>8</sup> Las razones de interés público se oponen a las razones de interés privado o de interés particular. Esto significa que no será justificable reservar temporalmente una cierta información pública solamente para cuidar o tutelar un interés particular (que puede ser sin duda legítimo); las causas deberán suponer una afectación real y objetiva que vaya más allá de las personas directamente involucradas y se conecten con intereses colectivos o universalizables.

Respecto de la regla del principio de máxima publicidad enunciada en la última frase de la fracción I, vale la pena apuntar que se trata de una suerte de canon hermenéutico; es decir, el intérprete tendrá

<sup>8</sup> Sobre la reserva de ley, Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2005, pp. 531-533; *id.*, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Fontamara, UNAM, 2006, pp. 127-132.

siempre que observar como guía de su exégesis el principio de publicidad o incluso más: el de la máxima publicidad. En caso de que decida no seguir ese principio, tendrá que “derrotarlo” argumentativamente, ofreciendo las razones de interés público (en caso de que se trate de información que debe ser clasificada como reservada) o bien demostrando que se trata de datos que afectan a la vida privada de las personas o de datos personales (cuestiones que están tuteladas en la fracción II del párrafo que estamos analizando, a cuyo contenido nos referiremos enseguida). Existe, por tanto, una especie de carga de la prueba para quien pretende restringir el principio de máxima publicidad, que es el que rige como regla general.

En el dictamen emitido por la Cámara de Diputados en el proceso de discusión de la reforma que estamos analizando se apuntó sobre el tema del principio de máxima publicidad lo siguiente:

...el principio de máxima publicidad orienta la forma de interpretar y aplicar la norma, sea en el ámbito administrativo o jurisdiccional, para en caso de duda razonable, optar por la publicidad de la información. En ese sentido, la interpretación del principio establecido en la fracción I de la iniciativa que se dictamina implicará que los sujetos obligados, en el caso de duda entre la publicidad o reserva de la in-



formación, deberán favorecer inequívocamente la publicidad de la misma.

Hay otra consecuencia en la adopción a nivel constitucional del principio de máxima publicidad. Se trata de un tema que ha sido correctamente identificado por López-Ayllón y Marván Laborde; estos especialistas señalan que al adoptar como derecho fundamental el derecho a la información se genera un efecto jurídico interesante hacia la legislación secundaria por cuanto hace a la definición de aquello que debe ser secreto o reservado. Es decir, mientras las obligaciones de transparencia estaban establecidas a nivel legislativo, las leyes de acceso a la información “competían” con otras leyes en la definición de los asuntos que no podían ser conocidos. Pero una vez que el tema se eleva a rango constitucional “derrota” al resto de legislación que permite negar ciertos tipos de información. En este contexto, el legislador federal y los locales deberán hacerse cargo del impacto de la reforma que estamos analizando en temas como el secreto bancario, fiscal, fiduciario, etcétera. Para dichos autores esto requerirá de una revisión de las leyes en materia fiscal y electoral, entre otras.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> López-Ayllón, Sergio y Marván Laborde, María (coords.), *op. cit.*, nota 2, p. 26.

#### IV. VIDA PRIVADA Y DATOS PERSONALES

La fracción II del decreto de reforma que estamos comentando se refiere a la protección que el legislador le debe dar a la “vida privada” y a los “datos personales”. Cabría preguntarse, a la luz de la redacción que contiene el texto constitucional, si podemos decir que existe un derecho fundamental a la vida privada, o un derecho a la intimidad o a la privacidad, como se le denomina en otros países. Me parece que la respuesta debe ser negativa, ya que lo que establece la Constitución no es directamente un derecho, sino un mandato al legislador para que sea la ley la que proteja los bienes jurídicos que consisten en la vida privada y los datos personales. Es decir, se crea algo así como una “garantía institucional” de la que el legislador no puede desentenderse, puesto que así se lo ordena la Constitución. Pero la extensión de dicha garantía institucional o bien jurídico constitucionalmente protegido (es decir, los “términos y excepciones” que menciona la fracción II) quedan a disposición del legislador.

Lo cierto es que a partir de la entrada en vigor de la reforma el legislador federal y los legisladores locales deberán regular con la mayor extensión posible lo relativo a la protección de la vida privada y de los datos personales.

Respecto de los datos personales, puede plantearse una cuestión interesante, consistente en preguntarse quién es el sujeto al que el legislador puede obligar a tomar medidas para alcanzar su protección. En otras palabras, ¿la protección de los datos personales que ordena la Constitución opera solamente frente a las autoridades o también frente a los particulares? La respuesta que se le dé a este interrogante puede cambiar radicalmente el ámbito de protección de los datos personales, sobre todo si se tiene en cuenta la gran cantidad de este tipo de datos que tienen en sus manos los particulares.

Si aplicamos la conocida máxima jurídica de acuerdo con la cual “Donde el legislador no distingue el intérprete no puede distinguir”, deberíamos afirmar que la protección ordenada por la Constitución es de carácter general, sin excepción alguna por cuanto hace al poseedor de los datos, por lo que el legislador deberá hacerse cargo de regular la tenencia y utilización de datos personales en manos de particulares.

Si se está de acuerdo en que la anterior es la interpretación correcta de la fracción II y de sus alcances, entonces surge una duda de la mayor trascendencia: ¿el manejo, supervisión y protección de los datos personales que se encuentran en manos de particulares debe ser competencia de los actua-

les institutos o comisiones de acceso a la información o será necesario crear una autoridad específica para atender este tema? Desde luego, la experiencia de derecho comparado permitiría sostener la pertinencia de esta última opción. Muchos países tienen autoridades encargadas exclusivamente de la protección de datos personales (así sucede en los países de la Europa unida). Pero en el caso mexicano tendrá que ser el legislador el que haga las estimaciones conducentes de política legislativa, a fin de determinar si la creación de órganos específicos para el resguardo de los datos personales es o no necesaria.

El ámbito de tutela que se genera a partir de considerar a la intimidad como un bien jurídico constitucionalmente protegido no es fácil de determinar; puede ser muy variable de país en país, y desde luego no es algo estático en el tiempo, sino que puede ir evolucionando de forma importante.<sup>10</sup> Además, ese ámbito protegido puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o de personas que ostentan cargos

<sup>10</sup> Un tratamiento más detenido del derecho a la intimidad se encuentra en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, CNDH, UNAM, 2006, pp. 450 y ss.

públicos. En este último supuesto el ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.

Conforme se ha ido desarrollando, el derecho a la intimidad ha transitado de la protección de una esfera de soledad a la determinación de un ámbito protegido en las relaciones sociales.<sup>11</sup> Por ejemplo, el derecho a la intimidad comprende la posibilidad de que una persona conozca, acceda y tenga control sobre las informaciones que le conciernen, tanto a ella como a sus familiares,<sup>12</sup> dando lugar a lo que algunos autores han llamado el “derecho a la autodeterminación informativa”, que a su vez guarda estrecha relación con la protección de datos personales.

El derecho a la autodeterminación informativa supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser conocida o qué otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Pérez Luño, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en Sauca, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994, p. 314.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>13</sup> Pérez Luño, “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, *cit.*, p. 317.

Desde luego, la autodeterminación informativa no puede servir como excusa para evitar que se den a conocer conductas delictivas o para que se encubra la falta de idoneidad de una persona para ocupar un cargo público. En estos casos, el derecho a la intimidad cede frente al interés público o interés general de los miembros de una determinada comunidad política en que se persigan los delitos o se conozcan las aptitudes de quienes son funcionarios públicos.

En nuestro tiempo la intimidad se ha visto crecientemente puesta en peligro por: *a)* el desarrollo de sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener gran capacidad de intrusión en nuestra vida privada; *b)* por la facilidad generada por los avances tecnológicos para tener acceso a una gran cantidad de datos personales, y *c)* la capacidad del Estado y de los particulares para recabar y guardar sistemáticamente datos relacionados con nuestra vida privada.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Pensemos simplemente en la cantidad de documentos de identificación que se nos requiere que tengamos para nuestra vida cotidiana, cada uno de los cuales suele contener datos personales (dirección, fecha de nacimiento, teléfono, adscripción profesional, etcétera), o también en los muchos datos que obran en poder de los distintos órganos públicos en los diferentes niveles de gobierno (datos fiscales, gastos realizados en el domicilio como los que derivan del uso de la luz, agua, telé-

Ahora bien, ¿qué protege en concreto el derecho a la intimidad? La doctrina parece coincidir en el hecho de que la jurisprudencia y la experiencia teórica de los Estados Unidos han sido las que mayor grado de influencia han tenido en el tratamiento de este derecho. Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad al menos en los cinco siguientes casos:<sup>15</sup>

- A) Cuando se genere una intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos;
- B) Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado;
- C) Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública;

fono, gas, etcétera), o —lo que aún puede ser más peligroso— la abundante información que de cada persona se encuentra registrada en bases de datos de empresas o de otros particulares (por ejemplo, todos los consumos que hacemos con tarjeta de crédito, todos los lugares de Internet que visitamos desde la computadora de nuestra casa, nuestro historial médico si nos hacemos atender por un doctor particular, el registro de nuestras propiedades si solicitamos un crédito, nuestras cuentas bancarias y los arreglos de nuestros pleitos extra-judiciales, por mencionar solamente algunas posibilidades).

<sup>15</sup> Sigo la exposición de Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 328 y 329.

- D) Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos, y
- E) Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como por ejemplo las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre un creyente y un sacerdote.

En un ensayo de 1890, calificado como un clásico en materia de derecho a la intimidad, Samuel Warren y Louis Brandeis ya precisaban algunas de las reglas que se debían tener en cuenta al momento de valorar si alguna conducta había transgredido o no el derecho a la intimidad; así por ejemplo, establecían las siguientes consideraciones:

- A) El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general;<sup>16</sup>
- B) El derecho a la intimidad no impide dar a conocer información cuando se transmita a algún órgano público, por ejemplo en el marco

<sup>16</sup> *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995, p. 62. Originalmente, el ensayo fue publicado en la prestigiosa revista *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, del 15 de diciembre de 1890, con el título “The Right to Privacy”.



de un procedimiento judicial o ante una Cámara legislativa;<sup>17</sup>

- C) No se violaría el derecho a la intimidad cuando la revelación de información privada se haga en forma oral y sin causar daños especiales;<sup>18</sup>
- D) No se vería afectado el derecho a la intimidad cuando el individuo mismo hace públicos los hechos que le afectan o consiente en que se hagan públicos;<sup>19</sup>
- E) La intimidad se puede afectar aunque los hechos privados sobre los que se informe sean verdaderos; es decir, la verdad o falsedad de los hechos no dice nada sobre la violación de la intimidad,<sup>20</sup> y
- F) La falta de “malicia” en quien hace pública una información no constituye una defensa o una justificación.<sup>21</sup>

Hechas las anteriores consideraciones, resulta obvio que el derecho a la intimidad puede generar tensiones en el goce efectivo de otros derechos, como el derecho a la información, la libertad de ex-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>21</sup> *Idem*.

presión o la libertad de imprenta. En efecto, dicha tensión existe y ha sido la causa de una serie de métodos interpretativos que de manera paulatina (al menos en otros países) han ido precisando los alcances de cada derecho, fundamentalmente a través del sistema de la ponderación de bienes constitucionalmente protegidos o ponderación de derechos.<sup>22</sup>

Por otro lado, la tensión entre derechos aumenta o es más manifiesta en el caso de los funcionarios públicos o cuando se trata de personas públicas, que por su profesión o por determinaciones personales deciden poner en conocimiento del público parte de su vida privada (artistas, deportistas, personas reconocidas); no es que para ellos no exista el derecho a la intimidad, pero su esfera de privacidad se encuentra reducida al tener algunas de sus actividades un cierto interés público.

<sup>22</sup> Sobre el tema de la ponderación y uno de sus derivados, que es el juicio de proporcionalidad, la literatura contemporánea es inagotable; para una buena aproximación puede verse Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006; Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

En México, la jurisprudencia no se ha detenido a explorar el derecho a la intimidad o el derecho a la vida privada con la misma extensión que se puede observar en otros países. Sin embargo, recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte ha emitido una tesis de jurisprudencia aislada, derivada del amparo directo en revisión 402/2007 (resuelto por mayoría de tres votos el 23 de mayo de 2007) en la que se afirma lo siguiente:

...el derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; así, este derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. Existe una serie de derechos destinados a la protección de la vida privada, entre ellos el del honor, que es un bien objetivo que permite que alguien sea merecedor de estimación y confianza en el medio social donde se desenvuelve y, por ello, cuando se vulnera dicho bien, también se afectan la consideración y estima que los demás le profesan, tanto en el ámbito social como en el privado. En esa tesitura, se concluye que cuando se lesiona el honor de alguien con

una manifestación o expresión maliciosa, se afecta su vida privada.<sup>23</sup>

En cualquier caso, lo cierto es que la reforma constitucional que estamos analizando añade dos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y ordena al legislador que emita las reglas concretas de tutela de los mismos, incluyendo la previsión de los órganos competentes para exigir su respeto.

#### V. INTERÉS, JUSTIFICACIÓN Y GRATUIDAD

La fracción III del nuevo párrafo segundo del artículo 60. constitucional contiene tres cuestiones relevantes sobre las que vale la pena detenerse brevemente: *a)* la prohibición de exigir que se justifique algún interés o la utilización que se le dará a una cierta información; *b)* la gratuidad en el acceso a la información pública, y *c)* la gratuidad en el acceso a los datos personales y en la rectificación de éstos.

A partir de su entrada en vigor, la citada fracción III establece con claridad que cuando se solicite cualquier información no se tendrá que acreditar interés alguno o justificar su utilización. Debemos entender la exigencia de dicha fracción en un sentido amplio;

<sup>23</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, julio de 2007, p. 272.

es decir, para que la autoridad esté obligada a contestar basta con que le llegue la solicitud. No podrá exigir ningún otro requisito para dar respuesta a una petición informativa. La siguiente fracción, a la que haremos referencia enseguida, señala algunas características que deben tener los procedimientos de acceso y de revisión. Es importante señalar que la ausencia del requisito de acreditar la personalidad jurídica o el interés para pedir la información es congruente con el carácter de derecho fundamental, y por tanto universal, que tiene el derecho a la información.

Como apuntan López-Ayllón y Marván:

Establecer que no se necesita demostrar interés jurídico a fin de acceder a la información gubernamental tiene su fundamento en la certeza de que ésta es, por naturaleza, pública, y debe ser accesible a cualquiera. Aceptado este principio resulta natural que la identificación del solicitante sea irrelevante para tomar la decisión de si debe entregársele o no la información solicitada. El único elemento importante para la autoridad está en determinar si la información es pública, debe reservarse o bien es de naturaleza confidencial. El foco de atención está en la naturaleza de la información y no en aquel que la solicita. Es, precisamente en este sentido que las leyes de acceso a la información son, por naturaleza,

democratizadoras. No es un privilegio económico o político lo que permite a una persona tener acceso a la información; ni siquiera la ciudadanía es un requisito. La sola condición de ser persona le permite a cualquier individuo tener acceso a la información.<sup>24</sup>

El párrafo recién transcrito quizá merezca algún comentario. Es importante destacar la condición democratizadora que nos proporciona el acceso universal a la información; esto permite evitar actos discriminatorios en relación con los solicitantes (por ejemplo, por razón de ciudadanía o de domicilio, como lo hacían antes de la reforma algunas leyes locales). El más elemental sentido de la democracia nos indica que todos debemos ser tratados como iguales, por lo que el contenido de la fracción III va en el camino correcto y así debe ser entendido por todos los aplicadores de las leyes de transparencia.

Por otro lado, la no exigencia de algún requisito, más que el de ser persona y solicitar la información, permite alejarse de fenómenos inhibitorios, los cuales podrían darse en el caso de solicitudes de información sobre temas delicados, como por ejemplo

<sup>24</sup> López-Ayllón, Sergio y Marván Laborde, María (coords.), *op. cit.*, nota 2, p. 21.

los relacionados con la seguridad pública o con presuntos actos de corrupción. Si en estos casos le pedimos al solicitante que proporcione una copia de su identificación oficial y un domicilio para recibir notificaciones, lo más seguro es que le generaremos un cierto temor en el ejercicio de su derecho fundamental a la información. Con ello se producirían efectos indeseables que minarían en la práctica la supervisión ciudadana del quehacer gubernamental, lo cual también es uno de los propósitos de la transparencia.

Por el contrario, al eliminar requisitos y establecer en todos los casos la posibilidad de consultar por medios electrónicos la información (como lo refiere la fracción V del nuevo párrafo segundo, que será objeto de un comentario más adelante), es del todo probable que el ejercicio del derecho de acceso a la información se haga más intenso, que se amplíe a un mayor número de personas y que, en esa virtud, redunde en mayores beneficios democráticos para México.

Hay otros dos aspectos relevantes del contenido de la fracción III que vale la pena al menos anotar. El primero se refiere al alcance que le debemos dar al concepto de “gratuidad” que contempla el precepto mencionado. Me parece que las interpretaciones posibles son dos: *a)* o bien se entiende el término en su más absoluta literalidad y se llega a la conclusión

de que lo que ordena la Constitución es que no se cobre ni un peso ni un centavo a los solicitantes de información; o *b*) se entiende que lo que resulta gratuito es el “acceso” a la información pero no la “reproducción” de la misma; si hubiera necesidad de sacar fotocopias o entregar discos compactos con información, sí se podría desplazar el costo de esos materiales al solicitante. Como es obvio, las consecuencias de adoptar una u otra interpretación son bastante notables, incluso en términos de la carga presupuestal que deberían soportar los órganos públicos en ciertos casos, sobre todo si se adopta la primera de las interpretaciones enunciadas.

En este contexto, lo más acertado parece ser adoptar la segunda de las dos interpretaciones posibles, de forma que el cobro de alguna cantidad de dinero al solicitante se haga solamente en el caso de que la reproducción de la información solicitada así lo amerite. Dicho costo de reproducción deberá ajustarse a lo que cueste precisamente dicha reproducción, sin que pueda exceder del costo de los materiales en los que asiente la información. En el caso de las copias certificadas, habría que entender que la certificación no podría generar costos adicionales, ya que entonces se podría inhibir indebidamen-



te el ejercicio amplio y completo del derecho de acceso a la información.<sup>25</sup>

En el dictamen emitido por la Cámara de Diputados, que ya se ha citado en anteriores ocasiones, sobre este aspecto se apunta, en concordancia con lo que se acaba de sostener, que

Resulta pertinente precisar que este principio (el de gratuidad) se refiere a los procedimientos de acceso a la información, así como a los de acceso o rectificación de datos personales, no así a los eventuales costos de los soportes en los que se entregue la información (por ejemplo soportes magnéticos, copias simples o certificadas), ni a los costos de entrega por mecanismos de mensajería cuando así lo solicite el particular. Los medios de reproducción y los costos de envío tienen un costo, nunca la información.

<sup>25</sup> No se trata de una cuestión teórica. Algunas entidades y órganos obligados por las leyes de transparencia han aplicado tarifas desorbitadas para la expedición de copias certificadas, lo cual finalmente redundaría en un acceso desigual a la información certificada, por razón del poder adquisitivo del solicitante. En otras palabras: solamente podían acceder a copias certificadas las personas con un cierto nivel adquisitivo, lo que no es conforme con la universalidad de los derechos (que debe existir tanto por lo que respecta a la titularidad de cada derecho igual para todas las personas, como para las condiciones de ejercicio del mismo, en la mayor medida posible o al menos sin que sea el Estado el que cree obstáculos artificiales para realizarlo).

La última cuestión que merece la pena ser apuntada respecto a la fracción III que estamos analizando consiste en la facultad de que cualquier persona acceda a sus datos personales o a la rectificación de éstos. Quizá hubiera hecho falta añadir la facultad del titular de los datos personales de solicitar también su cancelación, que es una parte importante del derecho a la “autodeterminación informativa”, del que se desprende en parte la tutela de los datos personales. El alcance que en este supuesto le debemos dar al mandato constitucional de que no se debe acreditar interés alguno es más restringido que cuando se trata simplemente de solicitar información. En el supuesto del acceso a los datos personales se deberá acreditar, como es obvio, que el solicitante del acceso o la rectificación es el titular de los mismos. Para el caso de la solicitud de rectificación, se deberá acompañar algún elemento que acredite la pertinencia de la misma, pues de otro modo pueden darse solicitudes que tengan por objeto alterar ilegalmente el contenido de una base de datos.

## VI. PROCEDIMIENTOS Y ÓRGANOS

La fracción IV del nuevo párrafo segundo del artículo 60. constitucional se refiere a la existencia de mecanismos de acceso a la información y de proce-

dimientos expeditos de revisión. Se trata, en términos generales, de la infraestructura institucional necesaria para hacer realidad en la práctica el derecho de acceso a la información.

El texto constitucional, en buena hora, no se limita a enunciar la existencia de tales mecanismos y procedimientos, sino que precisa algunas de sus características y los rasgos más importantes que deben ser observados en su funcionamiento. En efecto, la fracción IV nos indica que tanto los mecanismos de acceso como los procedimientos de revisión deberán ser “expeditos”. La Constitución ya contenía un concepto parecido desde antes de la reforma del 20 de julio de 2007; el artículo 17 párrafo segundo de la carta magna indica que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...”. Creo que podemos tomar algunos elementos que se suelen utilizar para la interpretación del artículo 17 y aplicarlos ahora a lo que dispone el artículo 60. constitucional.

Por ejemplo, en materia de acceso a la justicia se ha sostenido que ese derecho no se satisface por el mero hecho de que algún recurso jurisdiccional esté previsto en la legislación del Estado, sino que ese recurso debe ser efectivo en orden a la protección de los derechos (lo mismo podría decirse de los procedimientos de revisión, en materia de derecho de ac-

ceso a la información). Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el simple hecho de que ese recurso no exista ya resulta violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José; el criterio de la Corte, que podría aplicarse por analogía a nuestro tema de transparencia, es el siguiente:<sup>26</sup>

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la

<sup>26</sup> “Caso Ivcher Bronstein”, párrafos 136 y 137; Opinión Consultiva 18/03, párrafo 108. Ambos documentos pueden consultarse en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, 2006, 2 ts.

práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o cuando, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

El mandato de que los procedimientos de revisión sean expeditos puede, en vista de lo que se acaba de decir, equipararse a lo que se conoce como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el derecho a que los órganos de revisión competentes resuelvan los asuntos que se les planteen dentro de los plazos que establezca la ley. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es el reflejo constitucional de la conocida máxima según la cual “justicia retardada no es justicia”, es decir, que si una sentencia o resolución llega fuera de tiempo en realidad no sirve para nada. Para ser eficaz, el ejercicio de la jurisdicción debe ser tan rápido como lo permitan los derechos procesales de los justiciables.

Desde luego, el legislador debe atender puntualmente también el mandato constitucional y construir desde la propia norma legal un sistema que impida excesivas dilaciones en la resolución de los procedimientos de acceso a la información y/o de

revisión. Por lo tanto, el legislador no es libre para configurar plazos excesivos, sino que tiene que hacer un ejercicio de razonabilidad al momento de diseñar los correspondientes procedimientos, tomando en cuenta el mandato constitucional de la fracción IV del artículo 6o.

La jurisprudencia ha señalado que la potestad legislativa para fijar los plazos de duración del proceso no es ilimitada, y que para fijarla correctamente el legislador debe tomar en cuenta que la Constitución ordena que la justicia se administre de forma expedita; así se sostiene en el siguiente criterio, el cual puede ser tomado en cuenta para aplicarlo por analogía a la materia del derecho de acceso a la información:

JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General

de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da. *Jurisprudencia. Semanario*

*Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001. Novena época. Pleno. P./J. 113/2001, p. 5.

La segunda frase de la fracción IV que estamos analizando se refiere a ciertas cualidades que deberán tener los órganos u organismos que conozcan de los procedimientos de revisión. Concretamente, el texto constitucional menciona cinco cuestiones, en virtud de las cuales dichos órganos u organismos deberán: *a)* ser especializados; *b)* ser imparciales; *c)* tener autonomía operativa; *d)* tener autonomía de gestión, y *e)* tener autonomía de decisión.

El requisito de la especialización significa que los órganos u organismos no podrán tener competencias distintas a las que tengan directa relación con el derecho de acceso a la información. No se permitirá la regulación existente en alguna entidad federativa que le daba facultades de revisión a un tribunal en materia electoral, mezclando dos cuestiones que no tienen casi ninguna relación, como lo son la electoral y la de transparencia.

La imparcialidad de los órganos debe ser interpretada de forma semejante a lo que sucede con los tribunales. En materia judicial se utilizan tanto el término de imparcialidad como el de independencia para caracterizar la posición institucional del órgano competente para resolver un juicio. Hay di-



versos mecanismos institucionales que contribuyen a fortalecer la independencia del Poder Judicial, y que por analogía deben ser tomados en cuenta al momento de precisar la configuración de los órganos encargados de revisar los procedimientos de acceso a la información.

Así, por ejemplo, la independencia comienza desde el diseño de los sistemas de nombramiento y promoción; si los mecanismos para poder ser nombrado son objetivos y transparentes, es obvio que la independencia, entendida como “no sujeción” del funcionario de que se trate a ningún tipo de interés o mandato tanto externo como interno, será mucho mayor que en caso contrario. Esto requiere un buen sistema de servicio civil de carrera (semejante a la carrera judicial, aunque a una escala más modesta) en el que se definan con precisión los requisitos para los ascensos y se objetivice de la mejor manera posible el cumplimiento de los mismos y las autoridades encargadas de verificar ese cumplimiento.

De la misma forma, la independencia y autonomía de los órganos garantes requiere de un sistema razonable de remuneraciones, de estabilidad o incluso de inamovilidad y mecanismos claros y objetivos de responsabilidad de los encargados de los mismos. Con todos esos elementos se puede cons-

truir un entramado institucional más o menos autónomo. Digo más o menos autónomo porque, por más garantías institucionales que se tengan, la autonomía de un órgano, en última instancia, depende del talante personal y de la voluntad de sus integrantes por permanecer ajenos a los intereses que puedan existir en los casos de que conozcan. Si esa convicción personal de imparcialidad no existe es probable que la mayoría de los mecanismos institucionales que se han mencionado para asegurar su independencia sirvan de muy poco.

Las características de autonomía operativa, de gestión y de decisión, complementan el significado de la imparcialidad. Deben ser entendidas de la misma forma en que se aplican para los órganos constitucionales autónomos, como el IFE o la CNDH (y sus equivalentes en las entidades federales). En general, implican que los órganos garantes en materia de transparencia deben poder desarrollar sus funciones sin guardar relaciones de subordinación jerárquica con ningún órgano administrativo. Esto no significa, como es obvio, que sus resoluciones no puedan ser impugnadas y eventualmente revocadas o modificadas por los jueces, ya sea a nivel estatal o federal. La operación cotidiana, la gestión y el proceso de toma de decisiones dentro de los órganos garantes deben estar exentos de cual-

quier interferencia, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional de la fracción IV. Su labor debe estar sujeta solamente a la Constitución y a la ley.

El contenido de la fracción IV nos convoca, más allá de las implicaciones concretas de su texto, a hacer una reflexión sobre la importancia de contar con mecanismos de garantía de los derechos fundamentales. Si se revisa el título primero, capítulo primero, de la Constitución (referido a los derechos fundamentales o a las denominadas por el texto constitucional “Garantías individuales”), se verá que no son muy abundantes los preceptos en que se establezcan mecanismos encargados de supervisar la efectiva realización de los derechos, como sí lo prevé la fracción IV del párrafo segundo del artículo 6o. que hemos comentado. Por eso es que llama la atención ese contenido y nos permite abundar sobre el significado y la necesaria existencia de las garantías para hacer valer los derechos.

En sentido moderno, una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.<sup>27</sup> Luigi Ferrajoli señala que

<sup>27</sup> Fix Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucio-*

“Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.<sup>28</sup>

Ha sido precisamente Luigi Ferrajoli quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de “garantía”. Para Ferrajoli, las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, las cuales son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos

subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.<sup>28</sup>

Tal vez sea en las técnicas de garantía donde las Constituciones actuales se jueguen su prestigio y su lugar dentro de las complejas sociedades contemporáneas. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal si no se reconocen de forma efectiva y real (es decir, si no se garantizan) los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente, “actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución”.<sup>29</sup>

Para que los derechos se hagan realidad se requiere de potentes instrumentos de control de la constitucionalidad, o mejor dicho, de un sistema completo de garantía de la Constitución. Ferrajoli ha escrito que “una Constitución puede ser avanzadísima por los

<sup>28</sup> “Garantías”, *cit.*, p. 40.

<sup>29</sup> Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 90.

principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.<sup>30</sup>

El funcionamiento práctico de los sistemas de garantía de los derechos, a pesar de los innegables avances teóricos y dogmáticos que se han registrado en los últimos años, no siempre ha tenido el impacto que sería deseable. Tiene razón Pedro de Vega cuando afirma que

esos generosos esfuerzos teóricos, y ese admirable sistema de garantías, establecido y generalizado en la mayoría de las Constituciones del mundo, no siempre se han visto coronados por el éxito... desde el punto de vista práctico, la realidad nos muestra con inexorable tozudez cómo, incluso en las democracias más consolidadas, el aparatoso desarrollo constitucional de instituciones de salvaguarda de la libertad, termina siendo en múltiples ocasiones más que el bastión efectivo protector de sociedades de hombres libres, un gótico y compli-

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 852.

cado monumento al servicio de la retórica, de la inanidad o de la impotencia.<sup>31</sup>

El conjunto de instrumentos de protección de los derechos fundamentales que tenemos en México da buena cuenta de la razón que le asiste a De Vega. En materia de transparencia y acceso a la información los obstáculos para la realización efectiva de este derecho han sido muy importantes y en parte se explican por la persistencia de una cultura burocrática todavía anclada con firmeza en la lógica del sistema autoritario y de su correspondiente uso patrimonialista del Estado. Por eso es que resulta relevante el contenido de la fracción IV y la idea de tomarse en serio la construcción de una serie de mecanismos idóneos para procesar con celeridad y eficacia los recursos que se interpongan en contra de las autoridades responsables de suministrar información.

<sup>31</sup> Vega, Pedro de, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 687 y 688.

## VII. ARCHIVOS

El acceso efectivo y expedito a la información que está en posesión de todos los entes públicos del Estado mexicano requiere de una base material que no puede hallarse más que en los archivos públicos. Es decir, si queremos garantizar de forma efectiva, en la práctica, el acceso a la información debemos hacernos cargo de que necesitamos un sistema de archivos moderno y funcional que permita a la autoridad obligada encontrar con rapidez la información que se le solicita.

Ahora bien, es menester señalar que en el tema de archivos México tiene un enorme retraso ya que tradicionalmente se ha tratado de un tema que no ha generado mayor interés por parte de los responsables políticos. De ahí la importancia de haber incorporado a nivel constitucional el contenido de la fracción V del párrafo segundo del artículo 6o., de acuerdo con la cual todos los sujetos obligados a proporcionar información deben preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados. Si este mandato se toma en serio y se invierte tiempo, esfuerzo y dinero en el sistema de archivos, es seguro que no solamente mejorará el acceso a la información, sino muchos otros procedimientos de gestión administrativa que también se verán beneficiados por un buen manejo archivístico.



El legislador tendrá que precisar, quizá en una legislación específica en materia de archivos, las obligaciones y tareas específicas que se derivan del mandato de la fracción V. Por ejemplo, tendrá que indicarse por vía legislativa o reglamentaria lo que implica el concepto de “actualización” de los archivos, precisando el periodo de tiempo en que dicha actualización debe llevarse a cabo.

Otro tema que suscita el contenido de la fracción V se refiere a los “indicadores de gestión”. El reto en este aspecto es no tanto el de poner este tipo de indicadores a disposición de los interesados a través de medios electrónicos, sino el de generarlos. Es decir, lo primero que hay que hacer es ser capaces de identificar cuáles son los indicadores de gestión pertinentes para cada dependencia. Desde luego, tales indicadores serán muy variables dependiendo de las tareas que cada área u organismo desarrolla. Podrían extraerse de los grandes documentos programáticos que deben generarse dentro de la administración pública del Estado mexicano, tanto a nivel federal como local. Me refiero sobre todo al Plan Nacional de Desarrollo y a los correspondientes planes estatales.

Debe repararse en el hecho de que la misma fracción V enuncia a continuación de los indicadores de gestión la obligación que tienen los sujetos obligados para informar sobre el ejercicio de los recursos públicos que ejercen. Esta cercanía entre

uno y otro concepto no es gratuita. Los indicadores de gestión deben ir anudados al ejercicio del gasto público. Pero en sentido inverso, también podemos afirmar que el ejercicio del gasto deberá proyectarse en la satisfacción y cumplimiento de los indicadores.

En todo caso conviene advertir sobre el enorme reto que la fracción V proyecta sobre los sujetos obligados: el de generar los indicadores de gestión, el de informar sobre el uso de los recursos públicos y el de poner toda esa información en medios electrónicos a disposición de cualquier interesado. No es poco, sobre todo si tomamos en cuenta el ya mencionado abandono que ha tenido el tema de los archivos y en general el manejo y almacenaje de la información pública en México.

Los indicadores de gestión pueden representar en el futuro un potente instrumento de rendición de cuentas, ya que el desempeño de cualquier autoridad puede ser puesto en evidencia —para bien o para mal— a la luz de tales indicadores, a incluso a la luz del cumplimiento que hayan tenido los anteriores responsables de un cargo público, en relación con los mismos indicadores, los cuales pueden servir como tablas de comparación del desempeño.

Respecto del contenido de los archivos, debemos tener claro que no se trata exclusivamente de

proteger y ordenar “documentos”. La tecnología permite hoy en día guardar de muchas formas distintas las constancias de la actuación del Estado. La constancia documental de un acto público es la más conocida y extendida, pero no hay que olvidar que la información pública puede ser resguardada y, en su caso, dada a conocer, a través de soportes distintos del papel. De hecho, cualquier legislación futura en materia de archivos debería imponer obligaciones a los órganos públicos para tener un manejo sustentable de la información. Dicha sustentabilidad puede estar referida a cuestiones ecológicas (la necesidad de ahorrar todo el papel que sea posible), pero también económicas (la necesidad de ahorrar el mayor espacio posible y disminuir los consiguientes costos de construcción, arrendamiento, limpieza, mantenimiento, etcétera).

### VIII. INFORMACIÓN DE PARTICULARES

Ya se ha mencionado el carácter fuertemente patrimonialista con que el Estado mexicano fue dirigido durante mucho tiempo (un fenómeno que, quizá en menor proporción, sigue desde luego existiendo). Una de sus consecuencias más evidentes era el manejo discrecional de la asignación de recursos públicos, ya sea de carácter económico o de otro tipo (licen-

cias, concesiones, compras gubernamentales, privilegios y preferencias de toda especie).

Por eso tiene sentido dejar en claro, como lo hace la fracción VI del nuevo párrafo segundo del artículo 6o. constitucional, que la información relativa a recursos públicos entregados por el Estado a particulares también debe ser objeto del derecho de acceso a la información. Es importante comprender que cuando la Constitución se refiere a “recursos públicos” no se está limitando a los recursos económicos, sino que pueden ser de otro tipo, como ya se ha mencionado.

El propósito de la fracción VI es transparentar las relaciones entre los órganos públicos y los particulares, a fin de inhibir la posible comisión de conductas indebidas o de actos de corrupción. En parte esto se expresa con la conocida máxima de que “la información sigue al dinero (público)”, es decir, con la idea de que no importa si un recurso público es ejercido directamente por el Estado o por los particulares, ya que de todas formas debe ser transparentado y/o auditado.

Ahora bien, en sentido estricto lo que está haciendo el texto de la fracción VI es ordenarle al legislador que detalle la forma o manera en que se podrá tener acceso a tal información.

## IX. SANCIONES

En alguno de los apartados anteriores se mencionaba la pertinencia de que los textos constitucionales establezcan mecanismos de garantía de los derechos, entendiendo por tales las vías de exigencia (jurisdiccional o administrativa) que eviten que se viole un derecho o que reparen dicha violación una vez que se ha producido. En este contexto juegan un papel esencial las sanciones que se puedan imponer a quienes violen las normas jurídicas aplicables. Una norma jurídica cuya violación no sea sancionable verá sensiblemente disminuido su potencial coactivo, en la medida en que sus destinatarios podrán o no tomar en serio el mandato que contenga.

En este contexto, se alcanza a comprender la importancia de la fracción VII del párrafo segundo del artículo 60. constitucional. En rigor, lo que contiene dicha fracción es un mandato al legislador, a fin de que prevea: *a)* las conductas que están obligados a realizar los aplicadores prácticos de todo el régimen jurídico en materia de transparencia y acceso a la información pública, y *b)* las sanciones que corresponde aplicar a quienes no observen dichas conductas.

Para realizar lo anterior, el legislador cuenta con un margen legítimo de apreciación y de configuración. Dentro de ese espacio el legislador debe ele-

gir si las leyes de transparencia tienen que incluir un capítulo en el que se detallen las sanciones aplicables, o si tal previsión es objeto de un reenvío legislativo a otras normas legales (por ejemplo, a las leyes de responsabilidades de los funcionarios públicos). Desde el punto de vista de la técnica legislativa, lo más correcto es contar con una regulación lo más comprensiva posible dentro de un único cuerpo legislativo, evitando en consecuencia las remisiones a otras fuentes del derecho.<sup>32</sup>

En vista de lo dicho, sería adecuado que las propias leyes de transparencia establecieran el catálogo completo de conductas y el correspondiente catálogo de sanciones.

El régimen de sanciones que ordena la fracción VII forma parte de lo que los teóricos del derecho administrativo llaman “derecho administrativo sancionador”.<sup>33</sup> Aunque la mayor parte de las reflexiones de esta área del derecho administrativo se refieren a las sanciones que se imponen por parte de los

<sup>32</sup> Sobre este tema puede verse Carbonell, Miguel, “Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas”, en Carbonell, Miguel y Pedroza, Susana (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, pp. 273-288.

<sup>33</sup> La referencia clásica es el libro de Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.

poderes administrativos a los particulares, lo cierto es que también pueden servir de guía para la aplicación de sanciones a los funcionarios públicos.

Entre los expertos en el tema parece haber un cierto consenso acerca del hecho de que los principios del derecho penal son aplicables, en términos generales, al derecho administrativo sancionador. Además, así parece haberlo entendido la jurisprudencia de nuestros tribunales federales; al respecto pueden citarse, entre otras, las siguientes tesis de jurisprudencia:

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA. La marcada diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas y las penales, precisada en la exposición de motivos del decreto de reformas y adiciones al título cuarto de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en los artículos que comprende dicho título y en la propia Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, con base en la cual se dispone que los procedimientos relativos se desarrolla-

rán en forma autónoma e independiente, no significa que en el ámbito sancionador administrativo dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal, como es el relativo a la exacta aplicación de la ley (*nullum crimen, sine lege* y *nulla poena, sine lege*), que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que tal principio alcanza a los del orden administrativo, en cuanto a que no se podrá aplicar a los servidores públicos una sanción de esa naturaleza que previamente no esté prevista en la ley relativa. En consecuencia, la garantía de exacta aplicación de la ley debe considerarse, no sólo al analizar la legalidad de una resolución administrativa que afecte la esfera jurídica del servidor público, sino también al resolver sobre la constitucionalidad de la mencionada ley reglamentaria, aspecto que generalmente se aborda al estudiar la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales con los que aquél guarda íntima relación. Amparo en revisión 2164/99. Fernando Ignacio Martínez González. 29 de junio de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón.



Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Aída García Franco.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XIV, septiembre de 2001, tesis: 2a. CLXXXIII/2001, p. 718. Desde luego, esta tesis no es obstáculo para reconocer que las sanciones administrativas y las penales son diferentes, debido precisamente al tipo de conducta que quieren sancionar; al respecto es importante tener en cuenta la siguiente tesis de jurisprudencia: SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS. SUS DIFERENCIAS. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como uno de los principios sobre los cuales descansa todo el sistema de administración de justicia en materia penal, que al Ministerio Público y a la Policía Judicial corresponde la persecución de los delitos, en tanto que a los Jueces compete en exclusiva la imposición de las penas; de donde se advierte que, para tales efectos, las penas deben considerarse como las sanciones derivadas de la comisión de ilícitos criminales, a fin de distinguirlas de las originadas por las faltas a los reglamentos gubernativos y de policía, a las cuales calificó como infracciones. En este sentido, tratándose de servidores públicos, la sanción administrativa deriva de una infracción a las reglas que deben observar en el desempeño de sus funciones, contenidas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, cuyo incumplimiento da lugar a iniciar el procedimiento respectivo y a la aplicación de las sanciones previstas en dicha ley; en cambio, la sanción penal deriva de la comisión, por parte de cualquier sujeto, de un acto u omisión tipificados como delito por la legislación penal, lo que implica que por ser diferentes las causas que generan las sanciones administrativas y las penales, la naturaleza de éstas también sea distinta. Precedentes: Amparo directo en revisión 1710/2004. César Manuel Reséndiz Sánchez. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria:

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL IUS PUNIENDI DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL. Los principios contenidos y desarrollados por el derecho penal, le son aplicables mutatis mutandis, al derecho administrativo sancionador. Se arriba a lo anterior, si se considera que tanto el derecho administrativo sancionador, como el derecho penal son manifestaciones del ius puniendi estatal; de las cuales, el derecho penal es la más antigua y desarrollada, a tal grado, que casi absorbe al género, por lo cual constituye obligada referencia o prototipo a las otras especies. Para lo anterior, se toma en cuenta que la facultad de reprimir conductas consideradas ilícitas, que vulneran el orden jurídico, es connatural a la organización del Estado, al cual el Constituyente originario le encomendó la realización de todas las actividades necesarias para lograr el bienestar común, con las limitaciones correspondientes, entre las cuales destacan, primordialmente, el respeto irrestricto a los derechos humanos y las normas fundamentales con las que se construye el estado de derecho. Ahora, de acuerdo a los valores que se protegen, la variedad de las conductas y los entes que pueden llegar a cometer la conducta sanciona-

ria: Leticia Flores Díaz. Novena época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, junio de 2005, p. 175, tesis 1a. XL/2005, aislada, Penal, Administrativa.

da, ha establecido dos regímenes distintos, en los que se pretende englobar la mayoría de las conductas ilícitas, y que son: el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. La división del derecho punitivo del Estado en una potestad sancionadora jurisdiccional y otra administrativa, tienen su razón de ser en la naturaleza de los ilícitos que se pretenden sancionar y reprimir, pues el derecho penal tutela aquellos bienes jurídicos que el legislador ha considerado como de mayor trascendencia e importancia por constituir una agresión directa contra los valores de mayor envergadura del individuo y del Estado que son fundamentales para su existencia; en tanto que con la tipificación y sanción de las infracciones administrativas se propende generalmente a la tutela de intereses generados en el ámbito social, y tienen por finalidad hacer posible que la autoridad administrativa lleve a cabo su función, aunque coinciden, fundamentalmente, en que ambos tienen por finalidad alcanzar y preservar el bien común y la paz social. Ahora, el poder punitivo del Estado, ya sea en el campo del derecho penal o en el del derecho administrativo sancionador, tiene como finalidad inmediata y directa la prevención de la comisión de los ilícitos, ya sea especial, referida al autor individual; o general, dirigida a toda la comunidad, esto es, reprimir el injusto (considerado éste en sentido amplio) para disuadir y evitar su proliferación y comisión futura. Por esto, es válido sostener que

los principios desarrollados por el derecho penal, en cuanto a ese objetivo preventivo, son aplicables al derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi*. Esto no significa que se deba aplicar al derecho administrativo sancionador la norma positiva penal, sino que se deben extraer los principios desarrollados por el derecho penal y adecuarlos en lo que sean útiles y pertinentes a la imposición de sanciones administrativas, en lo que no se opongan a las particularidades de éstas, lo que significa que no siempre y no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos, sino que debe tomarse en cuenta la naturaleza de las sanciones administrativas y el debido cumplimiento de los fines de una actividad de la administración, en razón de que no existe uniformidad normativa, sino más bien una unidad sistémica, entendida como que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema, pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades, por lo que la singularidad de cada materia permite la correlativa peculiaridad de su regulación normativa; si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima. *Sala Superior, tesis S3EL 045/2002.*

*Recurso de apelación. SUP-RAP-022/2001.-Partido del Trabajo.-25 de octubre de 2001.-Mayoría de cuatro votos.-Ponente: Leonel Castillo González.-Disidentes: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo, Eloy Fuentes Cerda y José Fernando Ojeto Mar-*

*tínez Porcayo.-Secretario: José Manuel Quistián Espericueta*

Ahora bien, ¿cuáles son los principios que el legislador está obligado a tomar en cuenta al diseñar el sistema de sanciones que menciona la fracción VII que estamos comentando? Al menos debe considerar los principios contenidos, de forma expresa o implícita, en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional,<sup>35</sup> es decir, los principios de: *a)* reserva de ley; *b)* taxatividad; *c)* proporcionalidad, y *d)* prohibición de analogía. La explicación exhaustiva de cada uno de esos cuatro principios nos llevaría muchas páginas, pero vale la pena al menos apuntar sus características más relevantes.<sup>36</sup>

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluministico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar

<sup>35</sup> Como se sabe, el texto de dicho párrafo es el siguiente: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

<sup>36</sup> Para un análisis más detenido véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 667-687, así como Islas de González Mariscal, Olga y Carbonell, Miguel, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, México, UNAM, 2007.

adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para emanar disposiciones penales. Aunque ya existía en algunos textos normativos anteriores, no es hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la disciplina de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

En la actualidad la reserva de ley cumple una doble función: por un lado una función de carácter liberal o garantista, y por otro, una función democrática.

a) La función liberal o garantista consiste en que a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciu-

dadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del Ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho por muchos teóricos que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

b) La función democrática tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del poder legislativo, el cual es representativo de las mayorías —como el Ejecutivo—, pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón,

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

A la luz de lo anterior, cabe apuntar que ciertas variantes de lo que se conoce como “normas penales en blanco” podrían ser violatorias del principio de reserva de ley, tal como lo reconoce la siguiente tesis de jurisprudencia:

NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL. Los denominados “tipos penales en blanco” son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, las “normas penales en blanco” no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter —como el caso de los reglamentos—, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facul-



tad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.<sup>38</sup>

Las penas en el Estado constitucional de derecho (y, por extensión, todo el derecho administrativo sancionador, según lo que ya se ha explicado) no solamente deben estar sujetas al principio de reserva de ley, sino que además deben estar acompañadas de la exigencia de taxatividad, la cual se despliega con mayor amplitud en el campo de la determinación de las conductas sancionables penalmente.

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución, señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal, que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana. Así por ejemplo, consideremos un enunciado nor-

<sup>38</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, junio de 2007, p. 201.

mativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quienes las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal, y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>39</sup> Luigi Ferrajoli describe el principio de ta-

<sup>39</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

xatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:<sup>40</sup>

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

<sup>40</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, cit.*, p. 121.

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en parte, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas características se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).<sup>41</sup>

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita, o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

Habiendo hecho un repaso somero de los principios de reserva de ley y de taxatividad ya contamos con un panorama acerca de los vínculos que la Constitución impone al legislador en materia penal y en materia de derecho administrativo sancionador. Pero hace falta subrayar un aspecto adicional: el principio de proporcionalidad.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación

<sup>41</sup> *Idem.*

de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: *a)* la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; *b)* la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y *c)* las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 35 y 36; ver también el importante libro de Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CEPC, 2006, así como la recopilación de ensayos sobre el tema realizada por Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2007. Para un panorama de carácter introductorio, aunque con importantes referencias a la jurisprudencia mexicana, véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes que contengan sanciones en materia administrativa? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley que disponga la aplicación de sanciones —penales o administrativas— supone de alguna u otra forma una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad se relaciona con el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de *X* o *Y* conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:<sup>43</sup>

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y

<sup>43</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *cit.*, pp. 397 y 398.

por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, cuyo texto ya se ha transcrito, establece que no podrán imponerse, en los juicios del orden penal, penas por simple analogía o por mayoría de razón. Se trata de un mandato constitucional que sirve para reforzar el significado de los principios de reserva de ley y de taxatividad en materia penal. Es decir, lo que nos indica el artículo 14 es que el juzgador no puede acudir a métodos hermenéuticos como la analogía y la mayoría de razón, para imponer una sanción penal o administrativa y, en consecuencia, debe atenerse a lo que pueda resolver utilizando otros métodos interpretativos en los que se observe la reserva de ley (en el sentido de mandato constitucional por el que se excluyen del ámbito penal fuentes normativas distintas a la ley) y la taxatividad (en el sentido de que las disposiciones que sirvan de base para imponer una sanción penal o administrativa deban ser claras, concretas y específicamente aplicables a la conducta que se pretende sancionar).

Sobre la prohibición de la analogía, Luigi Ferrajoli señala que es un corolario del principio de (estricta) legalidad. Este autor señala que

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, con contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado “analogía anticipada”.<sup>44</sup>

La última observación de esta cita de Ferrajoli es muy importante, porque señala que la prohibición de analogía, siendo coherente con el mandato de taxatividad de la ley penal, debería ser oponible también al legislador.

El propio Ferrajoli nos recuerda que la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el procesado. En sentido contrario, la analogía puede perfectamente admitirse en la interpretación de las

<sup>44</sup> *Derecho y razón, cit.*, p. 382.



excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado.<sup>45</sup>

Riccardo Guastini nos explica que desde el punto de vista jurídico la aplicación analógica es “la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no previsto* por ella, pero *semejante* al previsto por la misma”.<sup>46</sup> Lo que está prohibiendo el mandato constitucional es justamente la aplicación por el juez de normas que no están *expresamente previstas* en la ley como constitutivas de delito, y que por tanto no son sancionables desde el punto de vista penal. Podríamos decir que la *semejanza* no puede ser tenida en cuenta en materia penal o de sanciones administrativas, sino que por la importancia de los bienes jurídicos que están en juego se requiere prácticamente la identidad entre la conducta a sancionar y la descripción típica contenida en la ley.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 382. Ferrajoli apunta que “La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad”.

<sup>46</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2006, p. 93.

## X. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

La reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007 contiene tres artículos transitorios, de los cuales son interesantes para el tema del presente ensayo los dos últimos, ya que el primero se limita a señalar —siguiendo lo que es casi una regla en este tipo de reformas— que el correspondiente decreto entra en vigor al día siguiente de su publicación.

Los artículos transitorios segundo y tercero tienen mayor interés, puesto que tratan sobre aspectos esenciales para el correcto ejercicio del derecho de acceso a la información. El primero de ellos establece un plazo de un año para que las leyes federal y locales en la materia sean reformadas a fin de adecuarlas al nuevo marco constitucional o bien se emitan leyes completamente nuevas (lo que quizá sería más adecuado, en vista de las profundas implicaciones que la reforma constitucional comporta).

El artículo tercero transitorio se refiere a la obligación de todos los niveles de gobierno para que cuenten con sistemas electrónicos (remotos) para el acceso a la información. Dicha obligación se extiende a todos los municipios que tengan más de 70 mil habitantes y a todas las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (las llamadas delegaciones polí-

ticas). La posibilidad de solicitar información y recibir las correspondientes respuestas a través de medios remotos, como el Internet, es una de las claves para el éxito del derecho fundamental de acceso a la información. De hecho, a nivel federal la gran mayoría de solicitudes se realizan en forma electrónica, lo que permite que el usuario haga llegar sus solicitudes desde la comodidad de su hogar o de su oficina (o incluso desde alguna oficina pública que cuenta con el equipo de cómputo necesario para tal efecto).

El propio artículo tercero señala un plazo adecuado para que se cumpla con dicha obligación: dos años a partir de la entrada en vigor de la reforma. Es decir, la fecha límite para que se dé cumplimiento a lo ordenado por el artículo es el 21 de julio del año 2009. Si para tal fecha no se han creado las herramientas tecnológicas necesarias para ejercer de forma remota el derecho de acceso a la información, se estará violando por omisión el texto constitucional, ya sea por omisión legislativa, por omisión administrativa o por ambas.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Sobre el tema de las “omisiones inconstitucionales” puede verse Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, 2007.

## XI. CONCLUSIÓN

Las democracias contemporáneas se definen por la forma en que los poderes públicos tratan a los ciudadanos. Si los ciudadanos no tienen reconocido un número importante de derechos, es seguro que no podremos hablar de un régimen democrático. Democracia equivale hoy en día, sobre todo, a tutela de los derechos fundamentales.

Entre tales derechos se encuentra el derecho a la información, y dentro de él, como una de sus especies, el derecho de acceso a la información pública gubernamental. No se trata, en esa virtud, de una concesión graciosa de la autoridad, de una moda política o del discurso de tal o cual partido político. Estamos ante un derecho fundamental protegido por normas jurídicas que, en el sistema jurídico mexicano, ocupan la más alta jerarquía.

Ahora bien, los derechos fundamentales deben estar no solamente puestos en normas jurídicas, sino también garantizados por un movimiento social que esté permanentemente alerta ante su posible violación. Si es verdad que los derechos no caen del cielo, sino que hay que ganarlos sobre la tierra, habrá que vigilar con extremo cuidado el nuevo marco constitucional que nos ofrece la reforma del 20 de julio de 2007 en materia de transparencia. Tiene razón Ferrajoli cuando escribe que

históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia.<sup>48</sup>

Se trata de una reforma que es, como pocas, exclusivamente ciudadana. Ningún partido se la puede apropiar. Es una reforma para todos los demócratas que deciden hacer de la información un instrumento para fortalecer la rendición de cuentas y la calidad de vida de los habitantes de México. Suena fácil, pero si se le utiliza adecuadamente, el derecho de acceso a la información pública nos puede cambiar, literalmente, la vida.

<sup>48</sup> “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en el libro del mismo título, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 363.