

## LA REFORMA Y SUS EFECTOS LEGISLATIVOS. ¿QUÉ CONTENIDOS PARA LA NUEVA GENERACIÓN DE LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, TRANSPARENCIA Y DATOS PERSONALES?

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios*. III. *Transparencia e información pública de oficio*. IV. *Información reservada y confidencial*. V. *Los datos personales*. VI. *La gestión documental y los archivos administrativos*. VII. *El diseño institucional*. VIII. *Los procedimientos*. IX. *Las sanciones*. X. *Reflexiones finales: más allá de las leyes de acceso a la información*.

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 20 de julio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma, junto con sus artículos transitorios, representa un reto mayor para los órganos legislativos de todo el país. En efecto, en su artículo segundo transitorio el decreto establece que la Federación, los estados y el Distrito Federal cuentan con un año, después de su entrada en vigor, para expedir las leyes en materia de acceso a la información pública y transparencia. La expedición de esta “nueva generación” de leyes impone una reflexión sobre su contenido y alcance. Pero más allá de su contenido normativo, conviene señalar que estas leyes deberán crear las condiciones para la implementación, a nivel nacional, de

\* Profesor-investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

una nueva política y aun una nueva cultura respecto al uso de la información gubernamental. De ser exitosa la reforma constitucional, tendrá un profundo impacto en la gestión pública en todo el país.

Hacer una buena ley es una tarea compleja. No basta con buena voluntad; también se requiere conocimiento de la materia y dominio de la técnica legislativa. En nuestro país, lamentablemente, somos deficitarios en ambos rubros. En general, la calidad de la legislación es mala, lo cual impacta directamente la efectividad de sus objetivos. La legislación vigente en materia de acceso a la información no es la excepción. Una mirada a los antecedentes de la reforma al artículo 6o. constitucional ilustra bien este problema. Desde 2002, todos los estados de la República, la Federación y el Distrito Federal legislaron en esta materia. El resultado no pudo ser más heterogéneo. Como lo demostraron varios estudios, los contenidos y calidad de las leyes eran diversos, generando como resultado que el ejercicio del mismo derecho respondía a criterios distintos.<sup>1</sup> Esta fue una de las razones que impulsó la reforma de julio de 2007, que buscaba “establecer un mínimo a nivel nacional que haga congruente, coherente y no contradictorio el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información”.<sup>2</sup>

Pero el problema era más grave que meras diferencias en los contenidos normativos. Suponía una visión corta y un entendimiento limitado del sentido profundo del derecho de acceso a la información y de sus implicaciones para la gestión y organización administrativa,<sup>3</sup> el diseño y

1 Véase, por ejemplo, Merino, Mauricio. “Muchas políticas y un solo derecho” y Guerrero, Eduardo y Ramírez de Alba, Leticia, “La transparencia en el ámbito subnacional: una evaluación comparada de las leyes estatales”, ambos artículos en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, 2006, pp. 127-156 y 81-126, respectivamente; Villanueva, Ernesto *et al.*, *Acceso a la información pública en México. Indicadores legales*, México, LIMAC, 2005; López-Ayllón, Sergio y Marván Laborde, María (coords.), *La transparencia en la República: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007.

2 Véase el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2207-II, martes 6 de marzo de 2007.

3 López-Ayllón, Sergio y Arellano Gault, David, *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, México, CIDE-IFAI-UNAM, 2008, en especial la sección III: “Organizaciones gubernamentales y transparencia: bases analíticas para orientar la reforma organizacional”, pp. 21 y ss.

evaluación de las políticas públicas,<sup>4</sup> el desarrollo económico<sup>5</sup> y, en fin, para la consolidación de la vida democrática,<sup>6</sup> la rendición de cuentas<sup>7</sup> y el enriquecimiento del espacio público.<sup>8</sup>

La reforma constitucional pone en juego implícitamente todas estas dimensiones, que deberán encontrar su articulación en la nueva legislación, que necesariamente habrá de expedirse en los próximos meses, y que conlleva el diseño de una nueva política pública. Ciertamente, las leyes no lo pueden todo, y su expedición deberá acompañarse de los recursos necesarios para su adecuada implementación, así como de la voluntad política indispensable para su eficacia. Pero más allá, la nueva generación de leyes tiene el reto de servir como detonador de un profundo proceso de cambio político social y cultural, que sería inhibido y dificultado por un mal diseño legislativo.

Este trabajo tiene como propósito hacer una reflexión de conjunto sobre el contenido de las leyes de acceso a la información que habrán de modificarse como resultado de la reforma constitucional. Un estudio reciente muestra con claridad que la reforma constitucional impacta el conjunto de la legislación en vigor, y se requerirá de modificaciones sustantivas a todas las leyes.<sup>9</sup> Esto abre una ventana de oportunidad para desarrollar una legislación nacional que, basada en la experiencia de varios años de aplicación de las leyes ahora vigentes y de las mejores prácticas en la materia, permita no sólo mejorar las leyes, sino lograr un avance sustantivo en las prácticas gubernamentales y ciudadanas. A este respecto este artículo retomará en algunas secciones ciertas ideas desarrolladas en el Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México

4 Merino, Mauricio, “La transparencia como política pública”, en Ackerman, John (ed.), *Mas allá del acceso a la información: transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008 (en prensa).

5 Stiglitz, Joseph E., *Information and the Change in the Paradigm in Economics*, Prize Lecture, Columbia Business School, 2001.

6 López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005.

7 Schedler, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

8 Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*, México, UNAM, 2005.

9 Véase López-Ayllón, Sergio y Marván, María (coords.), *La transparencia en la república: un recuento de buenas prácticas*, México, CIDE-IFAI, 2007.

(en adelante CBP).<sup>10</sup> Para este propósito dividiremos el artículo en apartados que revisarán consecutivamente los principios generales; la información pública de oficio; la información reservada y confidencial; la protección de datos personales; los archivos; el diseño institucional; los procedimientos de acceso y revisión; y finalmente, el problema de las sanciones. Concluiremos con unas breves reflexiones.

## II. LOS PRINCIPIOS

En esta sección expondremos los dos principios fundamentales en materia de acceso a la información previstos en la Constitución a partir de la reforma de julio de 2007: el de publicidad de la información y el de máxima publicidad. Asimismo, trataremos en este apartado algunos aspectos relativos a los ámbitos de aplicación espacial y personal.

### 1. *Principio de publicidad*

Quizá una de las innovaciones más importantes de la reforma constitucional fue la introducción del principio de publicidad de la información gubernamental. Veamos por qué. La formación y consolidación del aparato estatal en México durante el siglo XX supuso dos reglas implícitas en materia de información: por un lado, el manejo discrecional de la información (que en algunos casos implicó que los funcionarios se apropiaran de los archivos y documentos administrativos como si fueran parte de su patrimonio),<sup>11</sup> y por otro la práctica del secreto que suponía negar sistemáticamente cualquier solicitud de información por parte de los

10 Este instrumento es el resultado de un ejercicio de consulta y consenso encabezado por el Instituto Federal de Acceso a la Información y la Conferencia Mexicana para el Acceso a la Información Pública (COMAIP) y desarrollado técnicamente por investigadores del CIDE y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, coordinados por Sergio López-Ayllón. Véase *Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México*, México, IFAI, 2007, también consultable en [www.ifai.org.mx](http://www.ifai.org.mx).

11 Una consecuencia de esta política es la falta de una cultura archivística y la carencia de archivos para documentar la historia de la segunda mitad del siglo XX en México. Tampoco existe personal capacitado ni sitios adecuados para la conservación de los documentos.

gobernados; menos aún dar cuenta de las razones de la acción gubernamental. Este modelo, que corresponde al denominado “secreto administrativo”,<sup>12</sup> responde a una concepción propia de los Estados autoritarios, donde la información es un bien de acceso restringido a quienes detentan el poder.<sup>13</sup>

La Constitución, al establecer el principio de publicidad de la información gubernamental,<sup>14</sup> modifica de manera definitiva esta concepción, y genera por necesidad una nueva política pública que busca “maximizar el uso social de la información dentro de la organización gubernamental”.<sup>15</sup> Al respecto, Mauricio Merino ha escrito:

La política de transparencia... se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por el Estado para darle contenido sustantivo a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión en la agenda gubernamental... reclama una política definida capaz de responder a los problemas que se derivan de las asimetrías de la información en la acción pública y de

12 Al respecto Fernández Ramos ha escrito: “el secreto administrativo cumple con una clara función de separación de la administración en relación con la sociedad... El dominio de la regla del secreto administrativo es tan consustancial al sistema que no pareció necesario imponerlo en una norma general: sencillamente se sustenta en la ausencia de una regla de comportamiento general y objetiva, así como en el impreciso deber estatutario de discreción de los empleados públicos. Ahora bien, la ausencia de una interdicción general a la administración a comunicar a los ciudadanos los documentos que estén en su poder... determina que más que de un principio general de secreto deba hablarse de una discrecionalidad amplísima para admitir o denegar —en cada caso— el acceso a la documentación administrativa. El resultado natural de esta discrecionalidad es, por un lado, el de una administración «pudorosa», que aparece formalmente como celosa guardiana de las informaciones relativas a su organización y a su actividad... pero es también, al mismo tiempo y no en menor medida, una administración «confidente» para con los grupos con conexiones internas en el aparato administrativo”. Véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 21.

13 Véase Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2004.

14 Este principio se encuentra enunciado en la fracción I del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional, que a la letra dice “Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo federal, estatal y municipal, es pública...”. Este principio se introdujo por vez primera en el ordenamiento jurídico mexicano en el artículo 1o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002.

15 Esta idea ha sido desarrollada por los profesores David Arellano, Sergio López-Ayllón y Mauricio Merino del CIDE como parte de una investigación en curso cuyos resultados será publicados próximamente.

vincular las decisiones tomadas por los distintos gobiernos con la mayor transparencia posible.<sup>16</sup>

Las ideas de Merino implican que el derecho a la información debe generar una nueva política pública “horizontal” —la transparencia— que no se limita a proveer el acceso a la información, sino que supone un replanteamiento completo de la manera de seleccionar, diseñar, implementar, gestionar y evaluar las políticas públicas. La transparencia va así mucho más allá del derecho a la información e implica modificaciones más profundas que el mero cumplimiento formal del acceso a la información. Se trata de una auténtica “revolución” de largo aliento en la manera de ejercer el poder, y que por ello, implica enormes dificultades políticas y técnicas que deben ser consideradas por la legislación en la materia, en particular cuando se desarrollan los objetivos de la ley.<sup>17</sup>

## 2. Principio de máxima publicidad

La Constitución establece *in fine* de la fracción I del segundo párrafo del artículo 6o. que en la interpretación y aplicación del derecho de acceso a la información “deberá prevalecer el principio de máxima publicidad”. La legislación secundaria deberá dar contenido a este principio. Analizaremos algunas de sus implicaciones.

Una primera precisión es que este principio sólo es aplicable a la información pública gubernamental, y que por ello no aplica a la información confidencial y los datos personales a los que se refiere la fracción II

16 Merino, Mauricio, “Muchas políticas y un sólo derecho”, en López-Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario*, México, IFAI-UNAM, 2006, p. 128.

17 El CBP establece como objetivos de una ley no sólo el acceso a la información, sino un conjunto de objetivos de más largo aliento tales como “Transparentar el ejercicio de la función pública a través de un flujo de información oportuno, verificable, inteligible, relevante e integral, a fin de impulsar la contraloría ciudadana y el combate a la corrupción; Garantizar una adecuada y oportuna rendición de cuentas de los sujetos obligados a través de la generación y publicación de información sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos de manera completa, veraz, oportuna y comprensible; Mejorar la organización, clasificación, archivo y uso de la información pública; Mejorar los niveles de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y en la evaluación de las políticas públicas; y Contribuir a mejorar la rendición de cuentas, la consolidación de la democracia, y la plena vigencia del Estado de derecho en México”.

del segundo párrafo del artículo 6o. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. En segundo lugar, éste es un mandato que obliga a todas las autoridades —administrativas, jurisdiccionales e incluso a los legisladores— tanto respecto de la aplicación como de la interpretación del derecho de acceso a la información. Esto tiene varias implicaciones prácticas.

La primera es una interpretación necesariamente restrictiva de las excepciones al derecho de acceso a la información. Los legisladores no deben multiplicarlas ni las autoridades administrativas y jurisdiccionales aplicarlas de manera general, sino restrictiva y selectivamente. Además, la aplicación de las excepciones requiere desarrollar lo que en la doctrina se conoce como la “prueba de daño”, y que implica que para clasificar un documento como reservado no es suficiente que se encuentre en uno de los supuestos de excepción, sino que es necesario además demostrar de manera fehaciente que la divulgación de la información generaría una alta probabilidad de daño al interés público protegido.<sup>18</sup> Los legisladores deberán establecer esta prueba en las leyes de acceso a la información.<sup>19</sup> Finalmente, implica que en caso de duda razonable deberá privilegiarse la divulgación de la información o, en su defecto, la generación de versiones públicas<sup>20</sup> de los documentos.

### 3. *Ámbito de aplicación espacial*

Una pregunta relevante en materia del derecho a la información es la relativa a quién compete expedir la legislación en materia de derecho a la información. De conformidad con las disposiciones constitucionales, la reglamentación de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de acceso a la información pública, es una facultad de la Federación y los estados, en el ámbito de sus respectivas competencias. De este modo, compete a los congresos estatales y federales expedir, siguiendo los principios y bases contenidas en el artículo 6o, la legislación

18 Respecto de la prueba de daño véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, enero-junio de 2007, pp. 21-65.

19 Véase por ejemplo el artículo 403 del CBP.

20 Por versión pública debe entenderse un documento en el que se elimina o testa la información clasificada para permitir su acceso.

en la materia a fin de que en los aspectos fundamentales exista un tratamiento uniforme del ejercicio del derecho.

Queda la cuestión de determinar qué es lo que corresponde a los municipios. Conforme a sus facultades constitucionales, los municipios, dentro del marco que fijen las leyes de cada entidad federativa, deberán establecer las medidas administrativas y organizativas para dar cumplimiento a sus obligaciones en la materia y, aún más lejos, para el desarrollo de políticas de transparencia y rendición de cuentas adaptadas a las necesidades locales. Esto último puede incluir, por ejemplo, ampliar el ejercicio del derecho de acceso a la información reduciendo plazos, facilitando los procedimientos de acceso, estableciendo campañas que favorezcan su ejercicio o ampliando el catálogo de información pública que deben publicar, tanto desde su contenido como de los procedimientos y mecanismos, para asegurar que la población tenga conocimiento de esta información. Lo que resultaría inconstitucional es que los municipios restringieran, a través de reglamentos municipales, el ejercicio del derecho, por ejemplo, introduciendo nuevas causales de reserva, o requisitos adicionales para el acceso a la información.

#### 4. *Ámbito de validez personal*

Como en cualquier derecho fundamental, el derecho a la información se construye como un derecho subjetivo;<sup>21</sup> por ello, el sujeto activo es cualquier persona, sin importar nacionalidad, ciudadanía o edad.<sup>22</sup> Es importante destacar que el acceso a la información no es un derecho político, y que por ello su ejercicio no debe vincularse al estatus de “ciudadano”.

El sujeto pasivo del derecho de acceso a la información —como derecho fundamental— es el Estado. La mayor parte de las leyes de acceso del mundo, sin embargo, se han limitado a establecer el procedimiento de acceso respecto de las entidades de la administración pública.<sup>23</sup> Esto se explica porque el desarrollo del derecho a la información se ha dado principalmente dentro del derecho administrativo. No obstante esta pecu-

21 Sobre esta cuestión véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 173 y ss.

22 Esto se conoce como el principio de universalidad de los derechos fundamentales.

23 Véase Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, cit., nota 12, 1997.



liaridad histórica, es claro que cualquier órgano del Estado es un sujeto pasivo del derecho. En este sentido, la Constitución adopta una fórmula sintética que establece como sujeto obligado a cualquier “autoridad, entidad, órgano u organismos federal, estatal o municipal”. Los legisladores deberán desarrollar esta fórmula para asegurar una cobertura total respecto de los sujetos obligados.<sup>24</sup>

Lo anterior no resuelve todas las cuestiones que se han planteado alrededor de los sujetos obligados del derecho de acceso a la información. Podemos identificar tres problemas específicos en esta materia: el de los partidos políticos, el de las organizaciones o personas privadas con funciones públicas (por ejemplo sindicatos, organizaciones empresariales, concesionarios o notarios), y finalmente el de las personas físicas o morales receptoras o que ejercen recursos públicos.

En cuanto a los partidos políticos, el debate se generó por su aparente exclusión del texto constitucional. En nuestra opinión, los partidos políticos son sujetos obligados del derecho de acceso a un doble título: por sus funciones constitucionales y por ser órganos financiados principalmente con recursos públicos. Al no existir prohibición expresa en el texto constitucional, los legisladores pueden —y deben— incluirlos en el catálogo de sujetos obligados, con las modalidades que consideren necesarias.<sup>25</sup>

El segundo problema se refiere a las personas privadas que desarrollan funciones públicas o ejercen por delegación o mandato legal funciones de autoridad, sin constituirse propiamente como entidades públicas. La calidad de sujetos pasivos del derecho de acceso a la información de estas personas plantea cuestiones complejas, en particular respecto a los procedimientos para hacer efectivo el derecho. Independientemente de estas cuestiones, y como afirma Severiano Fernández, han de separarse

24 El CBP establece en su artículo 201 que los sujetos obligados son: El Poder Ejecutivo del Estado; la administración pública estatal y municipales, incluyendo a los organismos desconcentrados y descentralizados, a las empresas de participación estatal y municipal, y los fideicomisos públicos estatales o municipales; el Poder Legislativo del Estado y su órganos de fiscalización cualquiera que sea su denominación; el Poder Judicial del Estado; los ayuntamientos o consejos municipales; los tribunales administrativos; los organismos públicos autónomos del Estado, incluyendo a las universidades e instituciones de educación superior públicas; los partidos, asociaciones y agrupaciones políticas; las juntas locales de conciliación y arbitraje y las demás autoridades en materia de trabajo, y el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral.

25 Estas modalidades se refieren principalmente al lugar donde deben desarrollarse las obligaciones específicas (es decir, en la legislación de acceso o en la electoral) y a los procedimientos de acceso (directamente o a través de los órganos electorales).

de nociones puramente formales para llegar a conceptos más funcionales que permitan incluir como sujetos pasivos a aquellas organizaciones que “sin revestir forma de entidad pública, sin embargo, desde un punto de vista sustantivo pueden y deben considerarse como entidades equivalentes a personas jurídicas de derecho público”.<sup>26</sup>

En cuanto a las personas físicas o morales que reciban o ejerzan recursos públicos, la fracción VI del párrafo segundo del artículo 6o. de la Constitución establece que las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. Esta fracción aclara uno de los problemas más comunes de la legislación estatal en materia de acceso a la información, que frecuentemente establecía dentro de los sujetos obligados a cualquier persona que recibiera recursos públicos. Este tipo de disposiciones presentaban diversos problemas, tanto jurídicos como prácticos. Desde el punto de vista jurídico, el hecho de que una persona reciba recursos públicos no hace *per se* que su actividad se convierta en una función pública; pensemos, por ejemplo, en las familias que reciben recursos de los programas sociales. Desde el punto de vista práctico, sería imposible que esas personas cumplieran con los requisitos que establece la ley.

Bajo esta óptica, la reforma constitucional precisa que la obligación de rendir cuentas respecto de la entrega de los recursos públicos corresponde en principio al sujeto obligado que los entrega, y que la legislación secundaria deberá precisar la manera en que esto se hace, incluso, en las obligaciones de los receptores de recursos públicos. Esto añade claridad sobre el punto de en quién recaen las obligaciones y quién es el obligado a rendir cuentas del uso de estos recursos.

### III. TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DE OFICIO

La fracción V del segundo párrafo del artículo 6o. establece que los sujetos obligados “publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de

<sup>26</sup> Fernández Ramos, Severiano, “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, p. 899. El CBP propone al respecto en su artículo 203: “Los particulares que ejerzan actos de autoridad estarán obligados a entregar la información relacionada con esos actos a través del sujeto obligado que supervise estas actividades”.

gestión y el ejercicio de los recursos públicos”. Esta obligación se complementa con el contenido de la fracción VII del mismo artículo que precisa que “las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas y morales”.

Estas dos fracciones se refieren a uno de los aspectos más importantes de la reforma constitucional en materia de acceso a la información, que fue el concebir que el acceso a la información no es sólo una obligación “pasiva” sujeta a la acción de un particular, sino a darle un contenido “activo” en la medida en que se obliga a las entidades gubernamentales a proporcionar información relevante sobre su quehacer a través de medios electrónicos, en particular la Internet, sin que medie una solicitud de un particular. Esta idea fue establecida en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y recogida en prácticamente todas las leyes de los estados.

Este conjunto de información, que podemos llamar genéricamente como “información pública de oficio”, se refiere a dos ámbitos distintos pero estrechamente relacionados. El primero se refiere a la información relativa al ejercicio de los recursos públicos; el segundo, a aquella relativa al desempeño de la función pública, en particular a través de los indicadores de gestión. La legislación secundaria deberá darle contenido concreto a estos principios genéricos. Al respecto, vale la pena hacer algunas observaciones.

En primer lugar, cabe destacar que dada la extensión de los sujetos obligados por el derecho de acceso a la información, y que éstos desempeñan funciones tan diversas que van desde la actividad legislativa hasta la impartición de justicia, pasando por la gestión de los servicios públicos o las actividades de policía, resulta pertinente que la legislación desarrolle el contenido de estas obligaciones de manera diferenciada por cada sujeto obligado, y no como hasta ahora se ha hecho, a través de un artículo genérico aplicable a todos los sujetos obligados.<sup>27</sup>

27 Así, por ejemplo, el CBP en su capítulo III desarrolla detalladamente este tipo de obligaciones, primero en un artículo general aplicable a todos los sujetos obligados, que se complementa después con artículos específicos para cada uno de ellos (v. gr. Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, municipios, cuerpos policíacos, órganos electorales, partidos políticos, comisiones de derechos humanos, universidades e instituciones de educación superior, etcétera).

Una segunda observación se refiere a los indicadores de gestión. No existe una definición legislativa precisa que permita establecer *ex ante* lo que constituye un indicador de gestión, y la práctica mexicana es aún incipiente en esta materia, por lo que es necesario recurrir a una conceptualización más general. Un indicador se refiere generalmente a una relación de variables que permiten medir la eficacia y eficiencia del quehacer de una organización, en este caso de las gubernamentales. Un indicador es así un cociente, es decir, una relación entre dos variables. Por sí mismo, sólo es eso. Los indicadores aislados no sirven de nada en realidad, sino que deben estar conectados en una lógica causal. Algunos instrumentos legislativos o reglamentarios han buscado justamente hacer que los indicadores estén al menos conectados a algo, a una lógica, principalmente presupuestal, aunque con muy poco éxito. Los de gestión son indicadores no estratégicos, pero importantes para observar los compromisos de eficiencia, economía y procedimiento de la parte administrativa. No constituyen indicadores que se puedan conectar directamente con el resultado ni con el impacto de las políticas, sino con las condiciones básicas del manejo de recursos para lograr los anteriores. Para tener indicadores de gestión se tiene que tener muy clara la cadena o marco lógico que los soporta, y de ahí establecer las condiciones de gestión para alcanzarlos. Corresponderá al legislador dar contenido específico a estos indicadores en el marco de la legislación presupuestal y de fiscalización, a fin de poder atender a las particularidades y posibilidades de cada entidad federativa. Los objetivos que se proponen, una vez llevados a un instrumento legislativo, resultan muy relevantes, ya que pueden orientar y dar sentido a su interpretación.<sup>28</sup>

Una tercera observación en la materia se refiere al uso de la Internet como un recurso para la difusión de información pública. Ciertamente, es una herramienta valiosa, pero deben tenerse presente sus limitaciones. Una de ellas es que una parte muy significativa de la población no tiene aún acceso a Internet, por lo que su alcance es necesariamente limitado, y en ciertas circunstancias deben preverse mecanismos complementarios. Un segundo problema (quizá el más grave), es que la divulgación de información desactualizada, incompleta, desordenada o ininteligible para el ciudadano ordinario se convierte más en un factor de opacidad que de

<sup>28</sup> Agradecemos al doctor David Arellano, profesor-investigador del CIDE, quien nos proporcionó información respecto de las cuestiones relacionadas con los indicadores.

transparencia. Por ello, es conveniente que la legislación secundaria establezca disposiciones orientadas a favorecer la calidad de la información, tales como las obligaciones de actualización periódica, uso de buscadores temáticos y de lenguaje ciudadano, establecimiento de la fecha de la última actualización y determinación de los responsables de la publicación de la información por cada rubro temático.<sup>29</sup>

Una última observación se refiere a las implicaciones de la publicación en la Internet de información para la organización administrativa. La práctica ha demostrado que la generación de información de buena calidad es una tarea difícil que requiere de coordinación y evaluación continua al interior de cada una de las entidades obligadas. Supone una organización que rompa con la fragmentación de la información al interior de cada organización para darle un nuevo sentido, cuyo principal beneficiario son los propios usuarios internos de la entidad pública, quien contará con mejor información para el desempeño de su función. En este sentido las obligaciones de generar información no deben verse como “cargas”, sino como una ventana de oportunidad que permitirá a las organizaciones públicas en México avanzar en una auténtica política de transparencia que busque maximizar el uso público de su información, orientada tanto a su interior como a sus principales usuarios.

#### IV. INFORMACIÓN RESERVADA Y CONFIDENCIAL

En esta sección revisaremos respectivamente las cuestiones relacionadas con la información reservada y confidencial.

##### 1. *La información reservada*

El principio de publicidad de la información gubernamental no es absoluto, sino que admite algunas excepciones. Es por esta razón que la fracción I del párrafo segundo del artículo 6o. constitucional establece que la información pública podrá “ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes”. De este principio se derivan varias consecuencias importantes para la legislación secundaria.

29 Véanse, por ejemplo, los artículos 315 a 318 del CBP.

En primer lugar, la Constitución establece una reserva de ley en la materia, es decir, sólo instrumentos legislativos podrán contener las causales de excepción al principio de publicidad. Ordenamientos de rango inferior a la ley no podrán entonces establecer o ampliar las excepciones. En segundo lugar, éstas deben establecerse sólo cuando exista una razón de interés público que las justifique. ¿Cuáles son esas razones? Existe un catálogo generalmente aceptado en la materia que incluye la seguridad y defensa nacionales; la seguridad pública; la estabilidad económica o financiera del país; la conducción de las relaciones internacionales; la vida, seguridad o salud de las personas; las relacionadas con las acciones de aplicación de las leyes; las que afecten el patrimonio de las entidades públicas, y las relacionadas con el proceso deliberativo de los servidores públicos, siempre y cuando éste esté relacionado con un proceso que afecte el interés público y en tanto no se adopte la decisión definitiva.<sup>30</sup>

Ahora bien, no basta que la información se refiera a estas materias. En congruencia con el principio de máxima publicidad, al que nos referimos anteriormente, es necesario además demostrar que la divulgación de la información causaría un daño al interés público protegido. Esta valoración específica, que debe hacerse caso por caso, se denomina en la doctrina la “prueba del daño”,<sup>31</sup> y consiste en realizar un análisis basado en elementos objetivos o verificables a partir de los cuales pueda inferirse una alta probabilidad de daño al interés público protegido.<sup>32</sup>

Ahora bien, la información que cumpla con estas características no pierde su carácter de pública, sino que se reserva temporalmente del conocimiento público. Mucho se ha debatido sobre el plazo de reserva, que puede razonablemente establecerse entre siete y doce años. Sin embargo, éste es en realidad un falso debate, pues, la información debe permanecer reservada mientras subsistan las causas que dieron origen a la reserva. En el mismo sentido, en cuanto estas causas se extinguen, la información debe ser divulgada, independientemente del plazo por el que haya sido reservada.

Finalmente, la legislación en la materia deberá establecer los procedimientos de clasificación de información. Éstos resultan particularmente

30 Véase por ejemplo las excepciones contenidas en Mendel, Toby *et al.*, *A Model Freedom of Information Law*, Londres, Article XIX and Centre for Policy Alternatives, 2001.

31 Véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, nota 18.

32 Véase por ejemplo el artículo 403 del CBP.

relevantes, porque no existe a nivel nacional una práctica en esta materia, y los documentos, aun aquellos que realmente requieren un tratamiento especial por contener información sensible, suelen circular libremente por las oficinas públicas. Las preguntas específicas más importantes que deberá responder el legislador se refieren a quién está facultado para clasificar —o desclasificar— la información, cuándo debe reservarse (desde el momento de creación del documento o sólo en el momento en que se solicita su acceso), a partir de qué momento corre el plazo de reserva y qué tratamiento debe dársele a los documentos reservados.

## *2. Información confidencial*

La fracción II del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional se refiere a un conjunto de información distinto al de la información pública, y al que nos referiremos genéricamente como “información confidencial”. Esta información protege dos derechos fundamentales distintos al derecho de acceso a la información, que son el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales.<sup>33</sup>

La información confidencial, a diferencia de la reservada, no está sujeta a un plazo de reserva, sino que se encuentra indefinidamente sustrai-

33 Respecto de este último derecho conviene recordar que se encuentra en proceso una reforma al artículo 16 constitucional que, de proceder, establecería de manera expresa en la Constitución el derecho a la protección de los datos personales. De acuerdo con la minuta de la Cámara de Diputados del 20 de septiembre de 2007 que aprobó el dictamen correspondiente, tal reforma adicionaría con un segundo y tercer párrafos el artículo 16 en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, así como al derecho de acceder a los mismos, y en su caso, obtener su rectificación, cancelación y manifestar su oposición en los términos que fijen las leyes. La Ley puede establecer supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, de orden, seguridad y salud públicos o para proteger derechos de tercero”. Al momento de escribir este texto la reforma se encuentra en las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, de la Cámara de Senadores para su estudio y elaboración de dictamen, que previsiblemente será positivo. Existe una segunda iniciativa que propone reformar la fracción XXIX del artículo 73 constitucional para otorgarle al Congreso Federal la facultad de legislar “en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”. De progresar esta reforma los datos personales en posesión de los órganos gubernamentales serían materia local, mientras que aquéllos en posesión de sujetos privados, tales como bancos, aseguradoras, tiendas comerciales, proveedores de servicios, etcétera, sería materia federal. La iniciativa es técnicamente correcta y sigue las tendencias internacionales en la materia.

da del conocimiento público, y sólo su titular puede tener acceso a ella. Adicionalmente, la interpretación de la protección debe hacerse en sentido amplio, y no está sujeta al principio de máxima publicidad.

La información confidencial está constituida por los datos personales (véase *infra*), los secretos comercial, industrial, bancario, fiduciario, fiscal y profesional, y la información protegida por los derechos de autor y la propiedad intelectual. Incluye también la información relativa al patrimonio de las personas físicas o morales que no sean sujetos obligados, y aquella que comprenda hechos y actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo relativos a una persona física o moral, que pudiera ser útil para un competidor; por ejemplo, la relativa a detalles sobre el manejo del negocio del titular, sobre su proceso de toma de decisiones o información que pudiera afectar sus negociaciones, acuerdos de los órganos de administración, políticas de dividendos y sus modificaciones o actas de asamblea, innovaciones tecnológicas o proyectos futuros.<sup>34</sup>

Lo anterior no significa, sin embargo, que se trate de un derecho absoluto. La propia Constitución precisa que la protección será en los “términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Así, por ejemplo, las propias leyes de acceso han establecido que la información relativa al salario de los servidores públicos, que en principio constituye un dato personal, debe ser divulgada en la Internet. Asimismo, se ha establecido, y estimamos pertinente que así lo hagan las nuevas leyes de acceso a la información, que la información relativa a las cuentas bancarias y los fideicomisos constituidos por los sujetos obligados, protegida en principio por los secretos bancarios y fiduciario, debe ser divulgada cuando exista una solicitud de acceso.

Además de las excepciones de carácter legislativo, la doctrina ha establecido que existen circunstancias excepcionales en que la protección a la vida privada o los datos personales pueden subordinarse al interés público. Esta determinación se hace mediante un procedimiento que se conoce como la “prueba de interés público”,<sup>35</sup> que debe ser establecida por una ley, y que conlleva una cuidadosa ponderación de los intereses en juego para poder determinar que cierta información perteneciente al ámbito privado puede ser divulgada por existir una razón de interés público que así lo justifique. Resulta obvio que lo anterior requiere garantizar al

34 Véanse los artículos 502y 503 del CBP.

35 Véase López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, *op. cit.*, nota 18.



particular afectado la debida garantía de audiencia de manera previa a la divulgación de la información que le concierne.<sup>36</sup>

## V. LOS DATOS PERSONALES

Un subconjunto de la información confidencial que reviste la mayor importancia lo constituyen los datos personales. A nivel internacional, particularmente en Europa, el derecho a la protección de los datos personales es considerado como un derecho fundamental a título propio, distinto del derecho a la intimidad.<sup>37</sup> En México, este derecho está en proceso de ser reconocido constitucionalmente (véase nota 33), pero independientemente de lo anterior, la fracción II del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional lo contiene ya de manera expresa, y por ello las leyes de acceso a la información deberán ser también leyes de protección de datos personales, al menos respecto de aquellos que se encuentran en posesión de las entidades gubernamentales.

Un dato personal es una información que concierne a una persona física, identificada o identificable, y cualquiera que sea el soporte en que se encuentre (numérico, gráfico, alfabético, acústico, etcétera). Ejemplos de datos personales son el nombre asociado a las características físicas o emocionales, el estado de salud, la cuenta de correo electrónico, el patrimonio, la religión, la huella digital, la fotografía o el número de se-

<sup>36</sup> Así por ejemplo el artículo 507 del CBP establece que: “La información a que se refiere los artículos 502 a 504 podrá divulgarse cuando se compruebe, a juicio del órgano garante, que existen razones de interés público relacionadas con los objetivos de este CBP debidamente acreditadas. Para este efecto, podrá mediar petición del recurrente quien aportará los elementos de prueba necesarios o bien el órgano garante podrá investigarlo de oficio.

Además, durante el procedimiento de sustanciación del recurso, deberá respetarse la garantía de audiencia de los titulares de la información confidencial y realizarse una valoración objetiva, cuantitativa y cualitativa, de los intereses en conflicto que permita razonablemente asegurar que los beneficios sociales de divulgar la información serán mayores a los costos. En la valoración que se haga al respecto se considerará si la información fue entregada de manera voluntaria u obligatoria por los particulares”.

<sup>37</sup> El artículo 8o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

guridad social de una persona. Lo importante es la asociación de dos o más datos que permitan referirlos a una persona física específica e identificable.

Internacionalmente se reconocen los principios que rigen la protección de los datos personales, a saber: los de consentimiento, información previa, licitud, calidad de la información, confidencialidad y seguridad.<sup>38</sup> A continuación los examinaremos brevemente.

El principio del consentimiento es el eje fundamental a partir del cual se ha construido el derecho a la protección de los datos personales, y conlleva la idea de la autodeterminación informativa; implica que todo tratamiento de datos personales requiere ser autorizado previamente por el titular de estos últimos. En este sentido, la manifestación de voluntad por parte del titular de los datos deberá ser libre, informada y específica.

El segundo de los principios es el de información. Éste supone que el responsable del tratamiento de los datos tiene la obligación de dar a conocer a su titular la existencia del tratamiento, los fines de éste, así como la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (véase *infra*). Del cabal cumplimiento de este principio depende que el consentimiento sea válido, pues de no conocerse de manera precisa los alcances del tratamiento, aquél puede considerarse cómo inválido.

El tercer principio es el de calidad. Propone que los datos recabados deben ser adecuados, exactos, pertinentes y no excesivos, según sea la finalidad para la que fueron recabados. Por su parte, el principio de licitud consiste en que las entidades gubernamentales sólo deben desarrollar o tener sistemas de datos personales relacionados directamente con sus facultades y atribuciones. La posesión de sistemas de datos personales que no estén directamente relacionados con las atribuciones de una entidad gubernamental violenta directamente este principio.

El principio de confidencialidad establece que los sujetos obligados deben asegurar el manejo confidencial de los sistemas de datos personales, y que su transmisión o divulgación sólo puede darse previo consentimiento del titular.

Finalmente, el principio de seguridad conlleva la obligación de quien recaba los datos de adoptar las medidas de carácter técnico y organizati-

38 Para una visión completa de la legislación comparada e internacional en la materia véase la página de la Agencia Española de Protección de Datos en [www.agpd.es](http://www.agpd.es), en particular la sección de legislación.

vo que aseguren un tratamiento seguro. En esta materia se reconoce que no todos los datos personales requieren del mismo grado de seguridad, por lo cual pueden establecerse diferentes niveles. Así por ejemplo, los datos de identificación de una persona —por ejemplo el domicilio, el número telefónico, el RFC o la fecha de nacimiento— requieren de un nivel de protección bajo, a diferencia de los “datos sensibles”, que son aquellos relacionados, por ejemplo, con las preferencias ideológicas, religiosas, la vida sexual o la salud, que necesitan un nivel de protección alto.

Desde luego que todos los principios arriba descritos admiten excepciones, principalmente cuando los datos hayan sido recabados por un mandato legal o para el cumplimiento de las facultades legales de las entidades gubernamentales.

Ahora bien, estos principios se complementan con cuatro derechos específicos e independientes, a saber: los de acceso, rectificación, cancelación y oposición, que la doctrina reconoce como los “derechos ARCO”, y que brevemente describiremos a continuación.

El derecho de acceso corresponde a cualquier persona física para obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento por una entidad gubernamental, así como las transmisiones hechas o que se prevea realizar de los mismos. El de rectificación es el derecho de modificar o corregir los datos cuando sean inexactos o incompletos. El de cancelación es el derecho de solicitar el bloqueo de los datos personales cuando hayan sido objeto de tratamiento en violación a alguno de los principios arriba referidos. Finalmente, las personas tienen derecho a oponerse al tratamiento de sus datos cuando hayan sido recabados sin su consentimiento.

## VI. LA GESTIÓN DOCUMENTAL Y LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS

Uno de los más graves déficit de la organización administrativa en México lo constituyen los archivos administrativos. Esto no es casual, sino que corresponde a una visión patrimonialista de la documentación administrativa, en donde el lema podría ser “el documento es de quien lo trabaja”. Como hemos afirmado, el principio de publicidad de la información implica un giro radical en esta visión y obliga a repensar todo el proceso de gestión documental en las organizaciones públicas. En efecto, no se trata sólo de la conservación de los documentos —cuestión que por lo demás se está modificando significativamente debido al uso cada vez

más generalizado de las tecnologías de la información— sino de una revisión completa del ciclo de vida de un documento y del uso de la información que contiene.

La reforma constitucional recogió esta preocupación. En efecto, la fracción V del párrafo segundo del artículo 6o. establece que los sujetos obligados deben “preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados”. Ello significa, en primer término, el reconocimiento pleno del Constituyente Permanente de que un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información supone la existencia de archivos administrativos actualizados y confiables. Pero más allá de lo anterior, implica una obligación implícita para los sujetos obligados de documentar sus actividades y de mantener esta información de manera que se permita su utilización y consulta de manera organizada.

Los congresos deberán entonces enfrentar el reto de legislar en materia de archivos. Esta cuestión enfrenta varios dilemas importantes, a algunos de los cuales nos referiremos brevemente.

El primero se refiere a la necesidad de establecer una ley de archivos distinta a la Ley de Acceso a la Información. Aunque ésta es decisión importante, nos parece que el desarrollo de una legislación especial en este momento puede resultar compleja, especialmente porque se trata de una materia técnicamente muy desarrollada respecto de la cual existen muy pocos recursos humanos capacitados en México. Ello nos lleva a considerar que las leyes de acceso pueden establecer algunos principios generales en la materia, que pueden desarrollarse posteriormente mediante disposiciones reglamentarias, en función de las capacidades institucionales que se vayan desarrollando y que permitirán no sobrerregular una materia en la que resulta necesario invertir urgentemente para superar las deficiencias tanto de infraestructura como de conocimiento técnico.

Una segunda cuestión, que resulta crucial, es diferenciar entre el archivo histórico y los archivos administrativos de gestión y concentración, pues se trata de materias que si bien responden a principios similares, tienen lógicas de operación distintas. Entonces, resulta importante considerar quién debe ser la autoridad responsable de la materia. En nuestra opinión, estas autoridades no deben ser aquéllas de los archivos históricos, sino las secretarías de la función pública o sus equivalentes, los órganos garantes del derecho, o ambas como una responsabilidad compartida. Ello permitiría un enfoque con énfasis en la gestión documental y en el uso de la información y no sólo en su conservación.

En cuanto a las disposiciones sustantivas, tengamos en cuenta que existen en la materia una serie de normas internacionalmente reconocidas que constituyen la base de la gestión archivística contemporánea, incluso respecto de los documentos electrónicos. Por ello, no es necesario “inventar” nuevos principios o reglas, sino bastaría con seguir aquéllos ya bien desarrollados en la práctica internacional y adaptarlos a las posibilidades locales.

De manera muy sintética, la legislación relativa a archivos debería contener los principios de la materia (disponibilidad, eficiencia, localización expedita, integridad y conservación); la obligación de contar con responsables de los archivos de trámite y concentración al menos por cada sujeto obligado, quienes serían los encargados de asegurar la debida organización, descripción, localización y conservación de los documentos; la obligación de contar al menos por cada sujeto obligado del cuadro general de clasificación archivística, el catálogo de disposición documental y los inventarios documentales (general, transferencia y de baja), y la definición de las autoridades responsables de establecer los lineamientos específicos en materia de organización de archivos administrativos, con base en las normas internacionalmente reconocidas, y con al menos los niveles de fondo, sección y serie documental. Finalmente, se debería establecer la obligación de publicar un índice por serie documental, el cual debería actualizarse al menos trimestralmente.<sup>39</sup>

## VII. EL DISEÑO INSTITUCIONAL

Analizaremos en primer término la cuestión relativa al diseño de las instituciones internas de cada entidad gubernamental para la gestión de las solicitudes de acceso a la información, para posteriormente revisar algunas cuestiones relacionadas con los órganos garantes del derecho de acceso a la información.

### 1. *El diseño interno*

El diseño institucional de los órganos que deben administrar al interior de cada sujeto obligado las leyes de acceso a la información es quizá uno de los aspectos más arduos, pues resulta indispensable tener en con-

39 Véanse al respecto las disposiciones del capítulo VI del CBP.

sideración las especificidades de cada entidad federativa, de la Federación y del Distrito Federal. Una conclusión que quizá debe adelantarse es que no existe un modelo idóneo o único; las condiciones, necesidades y voluntad política locales serán un factor determinante en el diseño.

De manera muy general, conviene disponer de una ventanilla única de acceso en cada sujeto obligado, fácilmente identificable para los ciudadanos. Esta ventanilla, con el tiempo, será para muchos el uso de los medios electrónicos para realizar solicitudes de acceso, tal y como se deriva del artículo 3 transitorio del decreto de reformas, que establece la obligación de contar en un plazo de dos años con sistemas electrónicos que permitan el uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y los procesos de revisión.<sup>40</sup> Pero la función de esta ventanilla no se limita a la recepción de solicitudes, sino también a su gestión dentro de las organizaciones y, más allá, a una función de apoyo y orientación para el ciudadano. En este sentido, la creación de unidades administrativas especializadas, a las que denominaremos genéricamente como “unidades de enlace” o “unidades de información”, permite establecer una buena vía de comunicación entre el solicitante y la dependencia o entidad. Estas unidades se convierten así en los “socios” o “gestores” de los ciudadanos frente al resto de las autoridades, y facilitan la operación de los procedimientos.

Junto con las unidades de información, es deseable también, como lo muestra la práctica, contar con órganos especializados al interior de cada sujeto obligado, a los que denominaremos “comités de información”, responsables de la supervisión de la aplicación de la ley, expedir las reglas y procedimientos internos para su mejor operación, resolver los problemas relacionados con la clasificación de información, asegurar la documentación de las actividades de la entidad, y establecer y conducir la política de transparencia al interior de cada sujeto obligado. Asimismo, es preferible que estos órganos sean cuerpos colegiados con funcionarios del mayor rango jerárquico posible, de manera tal que tengan la autoridad y legitimidad necesarias para generar y conducir esa política.

Esta estructura de dos niveles admite diversas combinaciones posibles. Así por ejemplo, puede pensarse en:

<sup>40</sup> En materia municipal, esta obligación corresponde a los municipios con población superior a los 70,000 habitantes.

- Una unidad de información y un comité de información en cada uno de los sujetos obligado (modelo federal).
- Una unidad de información única y centralizada para todos los sujetos obligados y un comité de información independiente en cada uno de ellos.
- Una unidad de información en cada una de las dependencias, entidades u órganos de cada uno de los sujetos obligados y un comité de información en cada sujeto obligado.
- Una unidad de información en cada una de las dependencias, entidades u órganos de cada uno de los sujetos obligados y un comité de información único para todos los sujetos obligados.
- Una unidad de información única y centralizada que realice también las funciones del comité y que opere a través de enlaces en cada uno de los sujetos obligados.

Los legisladores deberán optar por el modelo que mejor convenga a sus necesidades y en función de éste determinar las facultades que tendrá cada uno de los órganos a que hemos hecho referencia.

## *2. Los órganos garantes*

La nueva fracción IV del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional establece que los procedimientos de revisión de los mecanismos de acceso a la información deberán sustanciarse ante “órganos u organismos, especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión”. Este párrafo establece las características generales que deberán tener las entidades responsables de garantizar el derecho de acceso a la información. Su desarrollo legislativo plantea diversas cuestiones, que analizaremos a continuación.

El uso de los términos de “órgano u organismo” no fue casual, sino revela una intención expresa del Constituyente Permanente, que no quiso prejuzgar sobre la naturaleza de estos cuerpos, y dejó a los legisladores la responsabilidad de determinar su forma jurídica. En efecto, el concepto de organismos se refiere a entidades públicas que administran asuntos específicos con diferentes grados de autonomía. Así, “además de ser un principio de organización, constituye un reparto de competencias públicas, integrándose una persona de derecho público, con personalidad jurí-

dica, recursos propios, y a la cual se le han delegado poderes de decisión”,<sup>41</sup> mientras que el de órgano “materializa un reparto de atribuciones dentro de la misma persona pública, no ya la creación de un ente diverso y ajeno a ella, pero que se le dota de facultades para su actuación y decisión, asimismo imparcial”.<sup>42</sup> En otras palabras, los legisladores podrán determinar si establecen organismos garantes, con personalidad jurídica y patrimonio propios, o bien si los constituyen simplemente como una unidad especializada y autónoma dentro de la propia entidad gubernamental.

Esta diferencia se explica por la dificultad de resolver en el texto constitucional el diseño institucional de estas entidades respecto de realidades tan diversas como las que presenta el escenario nacional. Así, por ejemplo, el problema del diseño de los órganos garantes no presenta las mismas características a nivel federal que estatal. La experiencia muestra que respecto de los estados y el Distrito Federal conviene la creación de un solo organismo que vele por el ejercicio del derecho respecto de todos los sujetos obligados. En el mejor de los casos, este órgano debería tener un nivel de organismo constitucional autónomo.<sup>43</sup> Esta situación no es igual en la Federación, donde convendría tener organismos u órganos diferenciados para cada sujeto obligado o al menos para un grupo de ellos.

Ahora bien, estos órganos u organismos deben tener ciertas características. La primera de ellas es la especialización. Ello parece excluir, por ejemplo, que las facultades de revisión se le otorguen a los tribunales de lo contencioso administrativo, pues éstos difícilmente pueden ser considerados como órganos especializados en materia de acceso a la información. La necesaria especialización de estos organismos sugiere además que debería establecerse la creación de un servicio civil de carrera para sus funcionarios. La segunda característica es la independencia. Se trata de un mandato claro que busca impedir la subordinación de estos organismos a cualquier otra autoridad en el ámbito de su competencia. Para ello se les dota de tres autonomías: operativa, de gestión y de decisión.

41 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública con Proyecto de Decreto que reforma el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2207-II, martes 6 de marzo de 2007.

42 *Idem.*

43 Este es el caso por ejemplos de los Estados de Chihuahua, Morelos, Tlaxcala. En otros estados los órganos garantes tiene el rango de organismos autónomos, pero no a nivel constitucional.



El propio Constituyente, en el dictamen, expuso el contenido específico de estas autonomías:

...operativa, que consiste en la administración responsable con criterios propios; de gestión presupuestaria que se refiere a la aprobación de sus proyectos de presupuestos y ejercer su presupuesto con base en los principios de eficacia, eficiencia y transparencia sujetándose a la normatividad, la evaluación y el control de los órganos correspondientes... y finalmente la de decisión, que supone una actuación basada en la ley y en la capacidad de un juicio independiente debidamente fundado y motivado, al margen de las autoridades en turno.<sup>44</sup>

Debe notarse que el constituyente no les otorgó de manera expresa la autonomía presupuestaria; sin embargo, quiso implicarla en la autonomía de gestión. Por ello, nos parece que no existen obstáculos para que los legisladores puedan otorgársela en beneficio de una mayor independencia para estos organismos.

El diseño de las atribuciones de los órganos garantes admite varias posibilidades. Su primera e ineludible función es la de sustanciar los recursos de revisión, es decir, la de resolver las controversias que se generan entre los particulares y los sujetos obligados tanto respecto de las solicitudes de acceso como de las del ejercicio de los derechos ARCO. Junto con esta facultad, existen otras, que pueden o no ser atribuciones de estos órganos, tales como las de administración de la ley y supervisión de su cumplimiento; de promoción del ejercicio de los derechos de acceso y protección de datos personales; de órgano regulador en la materia, incluyendo las cuestiones relacionadas con los archivos; de órgano sancionador, y de administración y relaciones interinstitucionales. Finalmente, los órganos garantes podrían tener atribuciones adicionales para actuar subsidiariamente en materia municipal, supliendo a los municipios en el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley.

Una revisión de las facultades antes enunciadas permite agruparlas en cuatro funciones: supervisión, regulación, promoción y solución de controversias. Conceptualmente puede objetarse el otorgamiento a los mismos órganos de facultades de regulación y resolución de controversias, pues los hace “juez y parte”. No obstante, la práctica ha demostrado que en realidad es mejor agrupar todas estas funciones en la misma entidad,

44 *Idem.*

pues le dota de mayor eficiencia. En todo caso, el diseño debe atribuir estas facultades de manera expresa e inequívoca a algún órgano u organismo, para asegurar una correcta operación de la ley.

En cuanto a su integración, conviene que se constituyan como cuerpos colegiados, de tres a cinco miembros, en según las cargas de trabajo. Los cuerpos colegiados están mejor dotados para resistir presiones y adoptar mejores decisiones, resultado de un debate público.

Una condición adicional es la calidad de las personas que los conforman. Para ello, los legisladores deberán establecer claramente el perfil de los integrantes de los órganos garantes, y procedimientos claros y objetivos de selección. En esta dirección, la experiencia muestra que es deseable la participación de al menos dos poderes en la designación de las personas que tendrán la responsabilidad de integrar a los órganos garantes. Además, resulta altamente recomendable la participación de las organizaciones de educación superior y de la sociedad civil.

## VIII. LOS PROCEDIMIENTOS

Un buen diseño procedimental es fundamental para asegurar un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la información. Ésta es, sin embargo, una cuestión que suele descuidarse en el diseño legislativo. Ello genera procedimientos largos, onerosos, complejos, con amplios márgenes de discrecionalidad en su sustanciación, y sin las debidas garantías para los ciudadanos.

El diseño de los procedimientos debe responder a algunos principios básicos, entre los que debemos señalar los de máxima publicidad; simplicidad y rapidez; gratuidad del procedimiento; costo razonable de reproducción de la información; suplencia de la queja; auxilio y orientación a los particulares; claridad en las etapas procedimentales; plazos cortos, pero razonables, y definitividad de las resoluciones.

Conceptualmente el procedimiento de acceso, así como aquellos relacionados con el ejercicio de los derechos ARCO, son procedimientos de naturaleza administrativa que tienen dos etapas. La primera se sustancia ante la autoridad que tiene (o debe tener) la información. Esta etapa se inicia con una solicitud presentada en la unidad de información o por medios electrónicos, que debe contener la información mínima necesaria para poder identificar los documentos que se requieren. En principio, la identificación (nombre) del solicitante no parece ser un requisito necesari-

rio, pues el principio de universalidad del derecho otorga legitimación activa a cualquiera persona. Tampoco se requiere justificar interés alguno o el uso que se dará a la información. El plazo para resolver estas solicitudes debe ser relativamente breve, pero no demasiado, para permitir una adecuada gestión de las solicitudes al interior de las dependencias y entidades. Plazos muy breves tienen resultados contraproducentes, pues simplemente resultan incumplibles. La experiencia muestra que un plazo de entre 10 y 20 días hábiles es adecuado para desahogar la mayor parte de las resoluciones.

Ahora bien, resulta importante que en el diseño de este procedimiento se prevea que cuando la información que se solicita esté clasificada o bien se vaya a declarar su inexistencia, exista un mecanismo interno de revisión de la clasificación o la inexistencia. Esta función puede recaer en los comités de información o en las unidades de enlace, y aseguraría una adecuada y uniforme aplicación de los criterios de clasificación —particularmente si consideramos que no existe en la práctica administrativa mexicana experiencia en esta materia—, un mejor desempeño de la prueba de daño, y una búsqueda exhaustiva de la información dentro de la dependencia o entidad. Se trata en realidad de un mecanismo de revisión interna que se dispara automáticamente sin la intervención del particular y que busca garantizar un mejor ejercicio del derecho.

La segunda etapa se sustancia ante el órgano u organismo garante, en el caso de que la autoridad haya negado el acceso a la información, declare su inexistencia, haya incumplido con los términos, plazos o modalidades de entrega requeridos en la solicitud de acceso, o menoscabe el ejercicio de alguno de los derechos ARCO. El procedimiento ante el órgano garante debe ser diseñado como un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, en el cual debe otorgársele a las partes derecho de audiencia, y su duración no debería exceder de tres meses. Es preferible, asimismo, otorgar a los órganos garantes facultades de conciliación que les permitan, cuando así sea posible, encontrar soluciones más rápidas, y que podrán ser plasmadas como resoluciones para darles la fuerza y definitividad necesarias.

Las resoluciones que dicte el órgano garante deben tener el carácter de definitivas. Contra ellas no debe proceder recurso alguno por parte de la autoridad ni deben ser objeto de revisión por los tribunales administrativos. Un diseño legislativo que no prevea estas condiciones corre el riesgo de violentar el principio constitucional que asegura un procedimiento

de revisión expedito. Por otro lado, no debe perderse de vista que contra las resoluciones del órgano garante los particulares podrán siempre interponer un juicio de amparo. En efecto, por tratarse de un derecho fundamental, corresponde a los tribunales federales ser los garantes últimos de su ejercicio.

Una última consideración en esta materia obliga a advertir que el diseño del procedimiento deberá asegurar que sea posible utilizar medios electrónicos remotos. En este sentido, las leyes deberán establecer las previsiones necesarias para permitir el uso de medios electrónicos para la presentación de las solicitudes y recursos, para las notificaciones y aun para la presentación de pruebas y alegatos.

## IX. LAS SANCIONES

La fracción VII del segundo párrafo del artículo 6o. constitucional establece que la inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública deberá ser sancionada. Esta disposición no deja de ser peculiar en el texto constitucional, pues resulta una obviedad que la violación al ejercicio de un derecho fundamental requiere de una sanción. Al respecto, el dictamen de la Cámara de Diputados dice “la iniciativa quiere evitar la generalización de leyes imperfectas cuyo incumplimiento no tiene consecuencias”.<sup>45</sup> El concepto es loable, pero es cierto para cualquier ley.

Quizá sea una realidad que se ha mostrado reacia y resistente a la aplicación adecuada del régimen de responsabilidad y sanciones a los servidores públicos la que impulsó al constituyente permanente a subrayar esta condición. Sin embargo, también es cierto que se trata de un problema general, no limitado al problema del derecho de acceso a la información. Por ello, querer resolver un problema general en las leyes de acceso debe evitarse, pues simplemente no es el lugar apropiado y tiene que ver con condiciones legales y estructurales que se escapan a esta materia.

Resulta indispensable que las leyes de acceso contengan un catálogo bien estructurado de las conductas administrativas que ameriten una sanción por constituir violaciones a los derechos de acceso a la información y protección de datos personales. En esto hay un amplio consenso. El

<sup>45</sup> *Idem.*

problema se plantea respecto de quién debe aplicar las sanciones. Hay dos posiciones.

La primera de ellas considera que los órganos garantes, siguiendo el ejemplo de varias leyes estatales,<sup>46</sup> deben contar con facultades sancionatorias, las cuales deben incluir la destitución y la inhabilitación. Se sostiene que es una condición indispensable para un adecuado funcionamiento de estos órganos. La segunda considera que los órganos garantes, cuando identifiquen probables responsabilidades, deben limitarse a dar vista a los órganos internos de control (OIC) o sus equivalentes, quienes serían los responsables de iniciar los procedimientos administrativos que correspondan. En su caso, se ha propuesto que exista una obligación de los OIC de informar a los órganos garantes del resultado de esos procedimientos y que esta información deberá ser pública.

En nuestra opinión, la aplicación directa de sanciones por los órganos garantes resulta problemática. En primer lugar, menoscabaría su función como coadyuvantes en el desarrollo de las capacidades institucionales de los sujetos obligados en materia de derecho de acceso a la información. En efecto, los órganos garantes deberían conducir y facilitar el proceso de cambio organizacional y cultural, tarea no menor. Una operación adversarial y sancionatoria modificaría sus condiciones para llevar a cabo esta función. Desde otro punto de vista, la correcta aplicación de sanciones administrativas supone la generación de capacidades institucionales que desviarían recursos que podrían dedicarse a otras cuestiones más urgentes y necesarias. Finalmente, la aplicación de sanciones tiene innegables connotaciones políticas, que podrían politizar innecesariamente la operación de estos órganos. Por ello, considerados los riesgos, nos parece que los órganos garantes deben tener únicamente la capacidad de interponer denuncias en la materia.

## X. REFLEXIONES FINALES: MÁS ALLÁ DE LAS LEYES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La reforma al segundo párrafo del artículo 6o. constitucional en materia del derecho de acceso a la información fue para muchos un punto de llegada. Para otros, la mayoría, es apenas el principio de un largo cami-

<sup>46</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la leyes de Aguascalientes, Chihuahua, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco y Morelos, Nuevo León, Tlaxcala y Tabasco, entre otros.

no, cuyo horizonte es una transformación profunda de la vida institucional y de la cultura política en nuestro país. Como hemos afirmado, este derecho supone un giro de 180 grados en el manejo de la información pública y en los mecanismos institucionales de rendición de cuentas, e implica una nueva relación entre gobierno y ciudadanos. Es un instrumento para crear ciudadanos y fortalecer la democracia que, en el largo plazo, nos debe conducir a tener instituciones más fuertes y legítimas, a crear un entorno de confianza y responsabilidad, a transparentar y mejorar la gestión pública, a establecer principios de responsabilidad más efectivos y a generar una mayor y más sólida participación ciudadana. Todo ello es el sentido profundo del derecho de acceso a la información, y la revolución silenciosa que supone crear las condiciones para su ejercicio efectivo.

La reforma constitucional estableció los principios y bases del derecho de acceso a la información. Sin embargo, resulta necesario aún desarrollar su contenido preciso y crear el marco normativo que permita darle viabilidad al ejercicio del derecho, así como generar los incentivos adecuados para una implementación exitosa. En México hemos sido —debe reconocerse— muy ambiciosos en la creación de derechos, pero muy poco exitosos en la creación de las condiciones necesarias para su implementación. En general, nuestras leyes son técnicamente de mala calidad y frecuentemente producen resultados contrarios a los que se espera lograr. Tenemos que luchar contra el fetichismo legislativo, que parte de la creencia de que bastan reformas constitucionales o legales para transformar la realidad. Tenemos que entender cabalmente que los instrumentos jurídicos son apenas el marco que debe orientar las acciones de política pública, pero que un mapa de ruta mal diseñado lleva necesariamente a errar en el camino.

Los legisladores de todo el país tienen frente a sí un reto enorme. La reforma constitucional implica modificar el conjunto de las leyes de acceso a información en todo el territorio nacional. Pero los grandes retos ofrecen las mejores ventanas de oportunidad para avanzar, y las debemos aprovechar. A diferencia de 2002, en que poco sabíamos de esta materia, hoy hemos acumulado varios años de experiencia, y tenemos mejores instrumentos para el diseño de buenas leyes. Existen varias dimensiones a las que nos referiremos en seguida.

Una primera es el impacto de la reforma constitucional en el diseño de las leyes de acceso a la información. Resulta obvio que la mayor parte

de ellas requerirían cambios de fondo en diferentes aspectos, tales como el diseño de los procedimientos de acceso a la información, los criterios y procedimientos de clasificación de información, los sujetos obligados, las obligaciones de transparencia y el desarrollo de las pruebas de daño y de interés público.

Aunque mucho se ha avanzado en el conocimiento técnico en los últimos años, la masa crítica de expertos en el tema es aún muy pequeña. Los cambios de la reforma constitucional implicarán modificaciones importantes a la legislación vigente en todas las entidades federativas. En este sentido, cabría considerar —como en otros campos— el desarrollo de una “ley modelo”. Pero existen otras alternativas. Una de ellas, ya completada, ha sido el desarrollo de un Código de Buenas Prácticas que busca sistematizar la experiencia adquirida y ofrecer alternativas concretas para el diseño de estas leyes. Este instrumento, a diferencia de una ley modelo, no pretende establecer un camino único, sino contribuir al debate legislativo. Producto de un amplio consenso y de una participación significativa de diversos actores, el Código marca una ruta que deberá ser completada por los legisladores de todo el país.

Respecto de las cuestiones institucionales, deben diferenciarse dos ámbitos: en primer lugar el de los sujetos obligados, y en segundo el del diseño de los órganos autónomos responsables de administrar y aplicar la ley.

En cuanto a la primera cuestión, parece necesario avanzar en la especificidad de la aplicación de la ley a los diferentes órganos estatales. En efecto, las administraciones públicas tienen modelos organizativos, y manejan información diversa a las de los poderes legislativos o judiciales. Si bien resulta pertinente considerar que el derecho de acceso es universal y obliga a todos los órganos del Estado, también es necesario reconocer las diferencias y establecer modelos de gestión de información específicos a cada órgano.

En todo caso no debe perderse de vista que la reforma constitucional en la materia implica cambios organizacionales mayores en el conjunto de los órganos públicos, y que su implementación es costosa, difícil y requiere recursos técnicos y de infraestructura importantes. En esta materia, resulta urgente profundizar en la reflexión y en el acopio de las experiencias exitosas que existen en el país, que permitan un diseño adecuado y específico, muy en particular si una reforma con el ámbito que aquí hemos discutido ha de aplicarse el ámbito municipal.

En cuanto a los órganos responsables de la administración de la ley, deben considerarse los aspectos relacionados con su integración (el número de sus miembros, los mecanismos para su selección, designación y remoción, así como el establecimiento de los perfiles profesionales y éticos que deben tener), sus facultades, presupuestos, mecanismos de rendición de cuentas y relaciones con los poderes judiciales.

En particular, respecto de sus facultades debe evaluarse si resulta pertinente que concentren la facultades de resolución de controversias, promoción regulación, supervisión y sanción, o diferenciarlas de manera que aquéllas relacionadas con la regulación, la supervisión y la sanción queden en manos de las secretarías estatales de contraloría o función pública, y limitar las del órgano a la resolución de controversias y promoción del derecho. La experiencia muestra que el otorgar a estos organismos facultades sancionatorias, si bien ha sido útil —y aun necesario— en algunos estados, es también cierto que al otorgárselas se crean conflictos jurídicos potenciales de larga duración, enorme desgaste político y desvió de sus funciones como promotores del derecho, pues necesariamente deben asignársele recursos a la sustanciación de los conflictos que se generan.

El otro aspecto central tiene que ver con los recursos presupuestales para estos órganos. Resulta obvio que en un contexto de recursos escasos es difícil otorgarles el nivel óptimo, pero también lo es que con recursos insuficientes, los órganos no tendrán condiciones para ejercer sus funciones adecuadamente. Por ello, es indispensable entender que el acceso a la información supone costos que deben ser considerados y que, en este cálculo, una adecuada distribución de funciones facilita su distribución eficaz.

También es necesario reconocer que carecemos de los recursos humanos capacitados para implementar las leyes de acceso a la información, en particular en materia de gestión documental y archivos. El país necesita hacer un enorme esfuerzo institucional para generar en un tiempo corto estos recursos humanos, sin los cuales resulta ilusorio pensar que lograremos los objetivos de la reforma constitucional recientemente aprobada.

Desde otra perspectiva, requerimos capacitar a los funcionarios de todos los niveles de gobierno. Esta capacitación tiene ciertamente una dimensión técnica, pero también una política ligada estrechamente al ejercicio de la función pública en un entorno democrático.



Finalmente, debemos insistir en que la rendición de cuentas tiene implicaciones profundas en la construcción de la ciudadanía. La democracia se ejerce plenamente sólo cuando existen ciudadanos capaces de exigir una adecuada rendición de cuentas, y funcionarios y políticos convencidos ética y políticamente de la necesidad de rendirla.

Por ello, una auténtica política de transparencia debe entenderse como una política de Estado que va más allá de generar flujos de información. Ésta se construye desde la perspectiva de la cultura política de los ciudadanos —y por ello la necesidad de capacitar y orientar acciones para generar conocimiento y capacidad social de usar instrumentos como las leyes de acceso a la información— y de la visión política y ética de políticos y funcionarios que entiendan que el acceso a la información no es una carga o lujo, sino una parte inherente al ejercicio del poder en una sociedad que se quiere democrática. De ahí que una reforma constitucional debe ser vista como un punto de partida de una responsabilidad compartida entre el Estado y sus ciudadanos, y un enorme desafío para los legisladores de todo el país, a quienes corresponde ahora dar un nuevo aliento al ejercicio del derecho de acceso a la información en sus diferentes dimensiones. Este es el tamaño del reto.