

EL PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO

Fausto KUBLI-GARCÍA*

Cuando estos déspotas os traten así en lo sucesivo, corred a vuestros jueces y decid a gritos: Constitución, Constitución [...] indagad, preguntad, y no descanséis hasta saber lo que os favorece en el nuevo código; pues sabiéndolo, podréis reclamar los abusos que padecéis a vuestros ayuntamientos y juntas de provincia, que no podrán remediar lo que ignoran.

La Malinche de la Constitución (1820)

SUMARIO: I. *Breve nota sobre don Emilio O. Rabasa*. II. *Introducción*. III. *Constitución, derechos fundamentales e interpretación*. IV. *Principios y reglas*. V. *Principio de centralidad en la persona*. VI. *Derecho a la información*. VII. *Derecho de acceso a la información en posesión de entidades y dependencias públicas*. VIII. *Principio de máxima publicidad*. IX. *El caso de la publicidad de las averiguaciones previas*. X. *Consideraciones finales*.

I. BREVE NOTA SOBRE DON EMILIO O. RABASA

En 2001 conocí a don Emilio O. Rabasa, así como tantas cosas pasan en la vida: por casualidad. El excanciller de México había hablado con el director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diego Valadés, sobre

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

El autor agradece al investigador emérito Jorge Carpizo Mac Gregor y a la licenciada Carol Arriaga que lo hayan invitado a participar en esta obra; asimismo, expresa su más profundo respeto y admiración a don Ángel Trinidad Zaldívar, quien lo ha encausado en el fascinante mundo del derecho de acceso a la información.

sus problemas visuales y su posible salida de Jurídicas. Sin embargo, el director no permitió semejante retirada y le preguntó al coordinador del Área de Derecho Internacional, Ricardo Méndez Silva, con quien yo trabajaba, si podría recomendar a alguien para que ayudase a don Emilio. Finalmente, la responsabilidad recayó en mi persona. Mi estatus era de pasante de licenciatura, pero con muchos deseos de participar en tantos proyectos como se me presentaran, por lo que acepté gustoso colaborar con tan célebre personaje.

Podría escribir todo un anecdotario sobre la vivencia que tuve con el doctor Rabasa, sin embargo, sólo me voy a referir a algunos recuerdos que tengo bien cimentados en mi memoria. Don Emilio era una persona firme, decidida y profesional; siempre me aconsejó y me brindó su apoyo; cuando me entrevisté con él para fungir como su becario, golpeando el escritorio con su mano llena de sabañones, puso reglas muy claras y me dio posesión total de su cubículo, además me puso a leer dos hermosas obras de derecho constitucional: *American Constitutional Law*, libro clásico de Lawrence H. Tribe y *Constitutional Law of Canada* de Peter W. Hogg. Con el tiempo comenzamos a trabajar en el libro denominado *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos de América y México*, el cual vio la luz en el año de 2003, editado por Porrúa y la UNAM, después de largas —pero interesantes— reuniones de trabajo.

En el camino de becario me recibí de licenciado e ingresé a la maestría, Emilio O. Rabasa me propuso para dar clases en la Facultad de Derecho y le debo a él y a don Fernando Serrano Migallón la oportunidad para entrar como catedrático. A partir de eso, fuimos juntos a varios eventos del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho; en una oportunidad que se presentó, conseguí que incorporaran a don Emilio en un ciclo de conferencias magistrales conmemorativas del 450 aniversario de la primera cátedra de derecho. Esa conferencia llevada a cabo en el Aula Magna “Jacinto Pallares” abrió con un discurso que elaboré a mi maestro, el cual me atrevo a transcribir:¹

Distinguido director de la Facultad de Derecho, doctor Fernando Serrano Migallón

Maestro emérito, Jorge Mario Magallón Ibarra

¹ Discurso pronunciado por el licenciado Fausto Kubli-García, para dar paso a la conferencia magistral de don Emilio O. Rabasa, “Pasado, presente y futuro del constitucionalismo mexicano”, dictada en el marco de celebraciones del 450 Aniversario de la Facultad de Derecho en el año de 2003.

Maestro emérito, Fernando Flores García

Querido doctor Emilio O. Rabasa

Maestros y alumnos de esta Facultad

Hace 450 años un águila real sobrevolaba la Nueva España. Bajó de su vuelo y acicalando su plumaje se posó enfrente de una edificación. Dentro del recinto se encontraba don Bartolomé de Frías y Albornoz, quien impartía la primera cátedra de derecho, la *Prima Leyes Instituta*. Se oía perfectamente cómo enseñaba a sus alumnos el trivio, las reelecciones de Francisco de Vitoria, la inoperancia de las donaciones alejandrinas bajo el fundamento del *Ius Inventionis* y algunas otras instituciones de derecho romano y castellano.

Haciendo vuelo, el águila retoma su lugar al lado de las nubes. Desde lo más alto ve la evolución de la Escuela de Jurisprudencia, la cual atravesó innumerables vicisitudes al lado de su pueblo: el cambio de la dinastía Habsburgo a la Borbónica, la afrenta criolla independentista, la fundación de la República federal, el desmesurado Supremo Poder Conservador, la pérdida de más de dos millones de kilómetros cuadrados, la separación de la Iglesia y el Estado, el Porfiriato.

Cansada, el águila reposa en una pequeña ventana del Teatro Iturbide. Es el año de 1917, varios de los diputados hablan de un jurista que marcaba el rumbo de la nueva Constitución: Emilio Rabasa. Sin embargo, el águila voltea incesantemente, no lo ve. Se da cuenta de que no está físicamente, pero si presente con sus ideas plasmadas en sus libros. Años más tarde, Emilio Rabasa recoge a su nieto y le apunta al cielo para que observe al águila. El nieto crece, se llama Emilio O. Rabasa.

En su incesante volar, el águila ve con curiosidad, se acerca, se detiene y acurruca. Mira con atención al exrector de la Universidad, Luis Garrido, está escribiendo *El tiempo de mi vida*, un libro de sus memorias. Se acuerda del momento en que existía la necesidad de crear una dependencia en la Universidad dedicada a la enseñanza e investigación de las ciencias sociales, y apunta:

Habíamos considerado ya la creación de una nueva escuela en la que se estudiaran las disciplinas políticas y sociales, cuando, a principios de 1950, el licenciado Emilio O. Rabasa, quien había concluido sus estudios de doctorado en derecho y había sido nombrado secretario de esa nueva rama de estudios, me habló de la necesidad de crear una Facultad de Ciencias Sociales.

Cobra aliento el águila y echa vuelo.

Es un día con mucho sol en la década de los sesenta. En su planeo por los cielos, el águila ve, orgullosa, un texto escrito por Emilio O. Rabasa,

obra excepcional, glosa interpretativa, un clásico: *Mexicano: ésta es tu Constitución*.

Cada vez más grande el águila, vuela al norte y atraviesa esa dura década, ahora son los setentas. Se detiene en el valle de Mexicali. Ve a los campesinos tristes porque sus cosechas seguramente no se lograrán. El gobierno de los Estados Unidos se había obligado a abastecer a este valle de agua proveniente del río Colorado. Sí, sí llega el agua —dice un campesino—, pero es agua mala, no sirve, está llena de sales. Emilio O. Rabasa, desempeñado ahora como secretario de Relaciones Exteriores, consigue por la vía diplomática una solución definitiva a este problema. Los habitantes bajacalifornianos jamás lo olvidarán.

Ahora el águila lo ve trabajando en la creación del Instituto Matías Romero de estudios diplomáticos. También lo observa cómo, poco a poco y arduamente, trabaja en la elaboración de sus libros: *El pensamiento político del Constituyente de 1824*; *El pensamiento político del Constituyente de 1857*; *El pensamiento político y social del Constituyente de 1917*; *Historia de las Constituciones mexicanas*, y *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos y México*.

Hoy el águila aún nos ve, sobrevuela la Ciudad Universitaria. Está ansiosa de que empiece la conferencia magistral llamada “Pasado, presente y futuro del constitucionalismo mexicano”. En un instante rememora el año de 1553 y hace recuento de toda la pléyade que ha visto, de todos los grandes maestros, desde Bartolomé de Frías y Albornoz hasta Emilio O. Rabasa.

Muchas gracias.

Recuerdo muy bien a Emilio O. Rabasa y todo lo que me decía, me contaba su paso por el Banco de Fomento Cinematográfico, por la Secretaría de Relaciones Exteriores y cómo conoció a tantos jefes de Estado como Mao Tse Tung, Salvador Allende, Fidel Castro, era interesantísimo. La última vez que lo saludé fue en el edificio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se develó una estatua de su abuelo, ya ocupaba una silla de ruedas e hice cola para saludarlo. No puedo describir el gusto que me dio y que le dio a don Emilio reencontrarnos, con su mano temblando me tocó la cara y me dijo con su quebrada voz que le daba mucho gusto verme. Lo extrañamos en la academia, pero lo recordamos como una persona llena de alegría. A él le dedicamos este trabajo.

II. INTRODUCCIÓN

Derivada de la corriente de abrir los archivos públicos a la gente que no está dentro de funciones públicas, surgió una enorme actividad legislativa. El derecho de acceso a la información, otrora pensado como si fuera parte de la regulación y del control que se difunde en los medios de comunicación masiva, a partir de la expedición de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública en el 2002, encuentra un rumbo, un derrotero. Sin embargo, el trabajo no se acabó ahí: con el objeto de terminar con las asimetrías en la aplicación de este derecho y de las demás instituciones que lo circundan, en 2007 se reformó la Constitución general y se obtuvieron disposiciones más claras para la aplicación del derecho de acceso a la información tanto en ámbitos sustanciales como en dimensiones orgánicas. Entre las nuevas disposiciones constitucionales se incorporó el principio de máxima publicidad.

A partir de la reforma constitucional, se estableció en la fracción primera, segundo párrafo, del artículo 6o., que toda la información que se encuentre en posesión de cualquier entidad del gobierno, en cualquiera de sus ámbitos, debe ser pública, reconociendo explícitamente el derecho de acceso a la información pública. Esta prerrogativa está acompañada de una metodología interpretativa especial, al establecer que “en la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad”. Sin lugar a dudas, la intención de esta expresión es maximizar los efectos del derecho de acceso a la información pública. Máxima publicidad no sólo es un principio, es también el fin del derecho de acceso a la información, significa descubrir en su totalidad la actuación pública reflejada a través de los documentos que genera, con las salvedades legales. En este trabajo, pretendemos realizar el análisis del principio de máxima publicidad, proponiendo claves para determinar su alcance y contenido.

Es importante resaltar que previo a la reforma constitucional, se modificó el artículo seis de la Ley Federal de Acceso a la Información² y se estableció este principio, haciendo extensiva su aplicación al Reglamento y las disposiciones que establezcan los sujetos obligados de la Ley. Aunado a lo anterior, se estableció otro mecanismo interpretativo más específico, consistente en aplicar las normas del derecho de acceso a la información a la luz de la Constitución y de instrumentos internacionales de derechos

² *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 2006.

humanos, así como la interpretación de los órganos internacionales que hayan aplicado dichos instrumentos.

Varios elementos se abordan en el presente trabajo. En principio, la interpretación jurídica y en especial la interpretación constitucional; así como la interpretación de los derechos humanos. Esto deriva de que el esquema constitucional marcó sustancialmente el derecho de acceso a la información pública y lo instrumentó con el principio de máxima publicidad. Sin embargo, el marco constitucional no dejó establecido el uso y alcance de este principio, solamente lo menciona como herramienta interpretativa. Este artículo comprende básicamente dos partes: una parte general, en la que se pretende hacer un análisis de las normas constitucionales y las herramientas que se utilizan para su interpretación; el segundo eje es una parte especial en la que se aborda el tema del derecho de acceso a la información y su herramienta de interpretación, es decir, el principio de máxima publicidad.

III. CONSTITUCIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN

Es ambiciosa la estructura de este apartado en el entendido de que se han escrito sendas obras por insignes juristas sobre los temas que se abordan. Sin embargo, sin ser exhaustivo, pretendo elaborar la síntesis de algunos conceptos generales al respecto, asumiendo que toda la doctrina está en el plano teórico y no hay en muchos tópicos opiniones generalizadas.

En principio, no hay la menor duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema que rige y compila las disposiciones en determinado Estado. Desde la célebre sentencia de *Marbury vs. Madison*, de 1803, en la que se estableció la revisión judicial³ y se confirmó la superioridad constitucional, la doctrina se ha encargado de considerarlo así. Sin embargo, la cuestión se empieza a complicar si nos preguntamos qué es exactamente la Constitución. Pareciera ser que es muy sencillo responder que es el documento que establece en una parte dogmática, los derechos fundamentales de las personas; una parte orgánica, que norma la estruc-

³ Rabasa, Emilio O. y Kubli-García, Fausto (colabs.), *Las Constituciones de Canadá, los Estados Unidos América y México. Estudio comparativo. Sus orígenes, evolución, principios fundamentales y jerarquía con los tratados. Los textos positivos*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 47-49.

tura del Estado y los agregados constitucionales cuya su naturaleza no corresponde a ninguna de las dos primeras categorías.⁴ Esta concepción tiene meros alcances formales, porque, materialmente, la Constitución puede abarcar mayores elementos.

De acuerdo con la teoría del bloque constitucional de origen francés, ésta comprende además las interpretaciones de la Constitución, su preámbulo y las leyes constitucionales. Esto amplía la posibilidad de que el encargado de aplicar el derecho pueda fundarse no sólo en la Constitución, es decir, los meros artículos, sino también en los elementos de todo el bloque. Procede señalar que en el caso mexicano han surgido ideas en torno a considerar los tratados sobre derechos humanos con la misma jerarquía de la Constitución. Esta consideración derivaría en darles supremacía —como el código fundamental la tiene— a estos instrumentos de derecho internacional. El artículo 133, en la parte en la que se refiere a los tratados, establece que éstos deben estar “de acuerdo con la misma”. En este sentido, los tratados indudablemente no pueden ser superiores a la Constitución, sin embargo, su jerarquía sí puede atribuirse al mismo nivel de la Constitución.⁵

El texto constitucional argentino es contundente, expresamente considera a los tratados internacionales sobre derechos humanos con la misma supremacía. En su artículo 75 establece las facultades del Congreso, y en su inciso 22 señala una de ellas que consiste en:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre

⁴ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 1996, p. 59.

⁵ Corzo Sosa, Edgar, “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Fix-Fierro, Héctor (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV: *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 755.

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Esta disposición abre una enorme posibilidad interpretativa que no sólo se restringe a la utilización de los preceptos constitucionales como herramientas, sino también a los distintos derechos incorporados en los tratados internacionales a los que se obligó formalmente Argentina. De esta manera, se maximizan y potencian los efectos de los derechos fundamentales a la luz del bloque constitucional. Aunado a lo anterior, la reforma argentina abrió la posibilidad de existencia de derechos no enumerados, o también denominados como implícitos, provenientes de las fuentes internacionales.⁶ Es importante destacar que no sólo existe la posibilidad de contar con derechos no enumerados, también está abierta la existencia de facultades no enumeradas de los poderes públicos, históricamente comprobadas a partir de la interpretación constitucional.⁷

Es importante destacar que existen en las constituciones diversos tipos de normas, cuya naturaleza las hace diferentes unas de otras. Esta notoria diferencia se debe tomar en cuenta al momento de aplicar e interpretar. Es importante subrayar que en la doctrina se halla firmemente la existencia de las diferencias entre las expresiones constitucionales, sin embargo, hay discrepancia en su denominación y es su clasificación. No obstante a lo anterior, señalaremos algunas de las tendencias en torno a la clasificación de las normas constitucionales.

⁶ Bidart Campos, Germán J., “El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos”, en María Hernández, Antonio y Valadés, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1-7.

⁷ Rabasa, Emilio O. y Kubli García Fausto (colabs.), *op. cit.*, p. 47.

Para Héctor Fix Zamudio, de acuerdo con el contenido de la norma, existen tres tipos: capitales, fundamentales y secundarias. Las primeras se refieren a la naturaleza propia del Estado, no pueden ser modificadas porque sería atentar con la sustancia propia de la composición jurídico-política de la República.⁸ Por otro lado, las normas fundamentales se refieren a la estructura propia de los poderes públicos, esto es, la llamada parte orgánica; así como a las prerrogativas de las personas (parte dogmática), y a las normas que establecen el procedimiento de creación (modificación y derogación de leyes);⁹ finalmente, las normas secundarias —siguiendo a Fix Zamudio— son disposiciones contingentes cuyo establecimiento no es sustancial; sin embargo, el constituyente permanente las establece por considerarlo conveniente.¹⁰

En otro tenor, Alfonso da Silva clasifica las normas constitucionales atendiendo a la eficacia de las mismas. En este sentido, para el jurista hay normas de eficacia plena, contenida y limitada. La primera categoría se refiere a las normas que tienen características autoaplicativas y cuya mera promulgación produce efectos sin que haya actividad legislativa posterior, su independencia se debe a que la aplicación es directa, inmediata e integral;¹¹ por otro lado, las normas de eficacia contenida son aquellas que tienen efectos parcialmente plenos, esto deriva de que van acompañadas de expresiones que no pueden ser aplicadas de manera inmediata y requieren de un pronunciamiento posterior, puede ser Legislativo, a través de una ley que defina el alcance, reglamentarias por

⁸ En este caso, ejemplificando con la Constitución de México la soberanía nacional que reside esencialmente en el pueblo (artículo 39), todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución (artículo 1o.); voluntad del pueblo constituirse en una República representativa, democrática, federal (artículo 40). Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 60.

⁹ Ilustran esto la separación de poderes (artículo 49); el establecimiento del Poder Ejecutivo (artículo 80); el capítulo “De las Garantías Individuales”; artículos 71 y 72 que establecen el procedimiento para la elaboración, modificación y derogación de leyes. Véase *Ibidem*, p. 61.

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 4o. en la parte que establece el deber de los padres de preservar el derecho de los menores, o el 31, que establece las obligaciones de los mexicanos, entre ellas “hacer que sus hijos o pupilos acudan a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria”. Véase *Ibidem*, p. 62.

¹¹ Como ejemplo se puede citar el artículo 21 constitucional que establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de autoridad judicial; asimismo, el artículo 88 que establece que el presidente de la República no podrá ausentarse del territorio nacional sin permiso del Congreso de la Unión. Véase *Ibidem*, p. 64.

pronunciamiento del Ejecutivo o en virtud de una sentencia judicial;¹² en tercer lugar, se encuentran las normas de eficacia limitada, las cuales se caracterizan por requerir instrumentación legal posterior, su aplicación es indirecta, mediata y reducida, y estas normas pueden ser de dos tipos: institutivas y programáticas.¹³

Por un lado, las normas institutivas son aquellas que dan pie a la creación de algún órgano u organismo, también son denominadas normas de principio orgánico, las cuales establecen —de manera impositiva o facultativa— la necesidad de llevar a cabo determinada actividad legislativa para expedir las leyes que van a dar vida al ente público;¹⁴ por otro lado, las normas programáticas precisan, para su eficacia, actividad legislativa, administrativa o de cualquier órgano, generalmente se refieren a los fines del mismo Estado y otorgan discrecionalidad a los operadores, porque no definen contundentemente su fuerza normativa. Normalmente se refieren a los derechos que requieren para su satisfacción: la prestación de naturaleza social, tales como el derecho a la salud, a la educación y al crecimiento económico.¹⁵

IV. PRINCIPIOS Y REGLAS

Las categorizaciones de Fix Zamudio y Da Silva no son las únicas, existen bajo otros matices y conceptos otras más a las cuales nos referimos a continuación. Creemos conveniente establecer los criterios más aceptados sobre la concepción de los principios y las reglas. Esto deriva de que este estudio está enfocado en el análisis del principio de máxima publicidad y en las reglas que hay en su entorno.

Se ha hecho una diferenciación entre reglas y principios, los cuales encuentran distinción desde su naturaleza, su composición. Por un lado, las reglas están acotadas en su interpretación, esto es que su aplicación es inmediata, literal y directa; mientras que los principios dan lugar a varios sentidos, pueden aplicarse en distintas formas por la apertura semántica en la que están redactados. Han quedado identificadas cinco variables

¹² Existen varias expresiones que atenúan el ejercicio de las normas como “derechos de terceros”, “moral”, “derechos de la sociedad”. *Ibidem*, p. 66.

¹³ *Ibidem*, p. 67.

¹⁴ Por ejemplo, las normas que señalan la existencia de los organismos descentralizados o los constitucionalmente autónomos.

¹⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 71.

que distinguen las reglas de los principios. De acuerdo con ello, los principios tienen una composición fluida, vaga y determinada; la segunda variable establece que los principios son más generales y se dirigen a actitudes y no a comportamientos; una tercera dimensión establece que los principios no poseen la estructura lógica en la que están establecidas las reglas, la aplicación de los principios no está restringida a ningún ámbito específico; en cuarto término, los principios están distinguidos por su carácter fundamental, del cual derivan otras normas, y en quinto término se establece que los principios no pueden ser interpretados de manera literal.¹⁶

Hechas algunas precisiones sobre la diferencia entre principios y reglas, daremos cuenta de las clases o tipos de principios que hay en el marco de la doctrina, aclarando que este tema puede fácilmente entrar al campo de la filosofía y teoría del derecho, sin que sea esa la vocación de este ensayo. La primera clasificación que adoptamos es la existencia de principios constitucionales y principios legales. Los primeros se encuentran en el cuerpo de la Constitución o bien, como lo vimos, su nivel jerárquico es, al menos, constitucional; pero la Constitución o el bloque de constitucionalidad no son la única fuente del principios, se pueden encontrar en otras normas secundarias, como por ejemplo en materia ambiental, el principio precautorio.

Por otra parte, hay que destacar que los principios sirven como “brújula” para aplicar las reglas. Esto es que tienen un carácter teleológico, lo que se traduce en guiar a la norma a sus fines. Por lo mismo, los principios en muchas ocasiones son llamados metanormas o normas de segundo grado, lo que implica que son herramientas para los operadores que aplican las leyes. Asimismo, es importante destacar que no todos los principios están descritos, ya que puede haberlos implícitos en la norma constitucional o en el *corpus* legal. Sin embargo, hay otros que sí están enunciados explícitamente, los cuales siempre tienen una formulación categórica.¹⁷ Consideramos que el texto citado de Jaime Cárdenas ilustra muy bien la clasificación de los principios, por ello transcribimos esta parte:

¹⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 92 y 93.

¹⁷ *Idem*.

Principios fundamentales del ordenamiento. Se denomina así a los valores ético-políticos que informan el ordenamiento y que le dan fundamento o justificación.

Principios de un sector de la disciplina jurídica. Informan a una institución particular o a un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo, principio del *favor rei*, y principio *in dubio pro operario*, etcétera).

Principios fundamentales de una materia determinada. Son aquellos relacionados con un aspecto singular del ordenamiento (el suelo, el medio ambiente, la estructura federal del Estado, etcétera).

Principios ulteriores sin especificaciones. Son aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o de una regla.¹⁸

En síntesis, los principios coadyuvan en la aplicación de otro tipo de normas, como las reglas. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, dada la apertura y los distintos sentidos que se pueden dar al derecho, los principios pueden convertirse en instrumentos alejados de los fines y valores propios del mismo, o al menos de la voluntad que les dio origen. En este sentido, la correcta aplicación de los principios y las reglas le corresponde al operador del derecho, quien es el que directa e inmediatamente tiene la puerta abierta para proceder a discreción, lo que puede conducir al uso político de ellos mismos.

Aunado a lo anterior, en la aplicación precisa de las normas no sólo están conjugados los principios y las reglas, asimismo, hay que tomar en cuenta los fines y los valores. De esta manera, y asumiendo todos los elementos para decidir y aplicar el derecho, el operador debe hacer un examen axiológico, valorativo. Todo el entramado en conjunto ha sido denominado por Germán Bidart Campos como “enjambre axiológico”. Así, es preciso ponderar principios, valores, fines y derechos al tiempo de llegar a decisiones; de igual manera, considerar tanto normas explícitas como implícitas. Todo este armazón constitucional —para el maestro emérito argentino— brinda la posibilidad de maximizar e incorporar los derechos humanos en el corpus jurídico constitucional de los estados.¹⁹

Es importante destacar que los fines se refieren a la acción programática del Estado en establecer políticas públicas para su consecución. Esto es que los fines acarrear los bienes, materia de los derechos; la vida, la salud, la vivienda —los cuales tienen bivalencia—, por un lado son bie-

¹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, pp. 1-7.

nes, desde el punto de vista material, pero también son fines desde el punto de vista objetivo del derecho, como una meta, un logro social.

Al acreditar esta óptica, que subsume todos los elementos para maximizar el contenido teleológico de los derechos humanos e incorporar todo el “enjambre” (principios, valores, fines y derechos), se está en la posibilidad de que se maximicen los efectos de los derechos. Aunque algunos autores cuestionan la aplicación de parte del entramado, para Bidart “la eficacia jurídica de los valores y de los principios queda, para nosotros, fuera de duda, y provee de un rico material a los operadores —sobre todo los jueces— que deban decidir cuestiones y conflictos que comprometen a los derechos”.²⁰ En este tenor, también se reconoce la superioridad de todo el entramado con respecto a las leyes secundarias y demás normas inferiores a la Constitución.

Es importante destacar que en el marco de la Convención de Viena sobre Celebración de Tratados de 1969 se establece (artículo 31.1) que tanto el fin como el objeto de los tratados deben considerarse al tiempo de su aplicación, es decir su interpretación. En términos constitucionales, y sobre todo tratándose de derechos fundamentales, también es válida esa aseveración.

En este tenor, se encuentra ampliamente reconocida la aplicación de los derechos fundamentales orientándolos a la superación de sus efectos para el mayor beneficio de todos los hombres y mujeres, cuestión que procedemos a analizar en el siguiente apartado.

V. PRINCIPIO DE CENTRALIDAD EN LA PERSONA

Los derechos fundamentales y el criterio de centralidad de la persona, incorporados en todas las constituciones pertenecientes a la tradición jurídica en la que está inmerso el sistema mexicano, tienen preeminencia. Esto obedece a la necesidad de establecer un régimen en el que las prerrogativas mínimas humanas tengan el más alto valor jurídico. Esta visión es añeja, recordemos cómo no se adoptó la Constitución de Estados Unidos de América, sino hasta que incorporara un catálogo de derechos fundamentales en el año de 1787.²¹ Otro criterio que se centra en la persona humana es la llamada cláusula Martens, creada en la elabora-

²⁰ *Idem.*

²¹ Lindop, Edmund, *Birth of the Constitution*, Nueva Jersey, Enslow Publishers, 1987, p.100.

ción de los tratados de derecho internacional humanitario, a finales del siglo XIX, cuyo contenido establece que ante la ausencia de normas en conflictos armados se debe garantizar la preeminencia de los principios generales del derecho, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública.²²

La superioridad de los derechos fundamentales es absolutamente incontrovertible. Por esa razón, se han desarrollado —así denominados por Bidart— los principios de centralidad de la persona. Sin ser exhaustivos, encontramos: el principio *pro homine*, el principio *pro actione* y el principio *favor debilis*. Esto es que toda la estructura del sistema de derechos humanos en los que se incluyen los valores, los fines y los principios están focalizados en favorecer a la persona.²³

De los tres principios mencionados queremos destacar el llamado *pro homine* o también denominado *pro persona*, el cual identificamos ampliamente con el principio de máxima publicidad, bajo los argumentos que exponemos en este breve ensayo en apartados posteriores. En principio, hay que señalar que el principio *pro homine* es una herramienta para interpretar derechos fundamentales. En el entender de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han hecho múltiples referencias a este principio, al establecer en el primer caso que conoció que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.²⁴

Dentro del sistema jurídico mexicano está reconocido el principio *pro homine* a través de interpretaciones del Poder Judicial. De acuerdo con una tesis aislada, se lee en su rubro “Principio *pro homine*. Su aplicación es obligatoria”,²⁵ el texto establece:

²² La misma fórmula se encuentra en varios instrumentos de derecho internacional humanitario: artículo 63 del I Convenio de Ginebra; artículo 62 del II Convenio de Ginebra; 142 del III Convenio de Ginebra; 158 del IV Convenio de Ginebra; y en el artículo 1o., párrafo segundo, del Protocolo Adicional I. Véase Villegas Delgado, César A., “El marco jurídico de las personas que participan en actos de violencia. Una respuesta desde el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, vol. VII, p. 712.

²³ Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, p. 5.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de Viridiana Gallardo y otras*, resolución de 13 de noviembre de 1981, Serie A, No 101/81, párrafo 16.

²⁵ Tesis I.4o.A.441 A, de rubro “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2385.

El principio *pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el siete y veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

Opera el funcionamiento del principio *pro homine* cuando existen varias vías al aplicar un derecho fundamental. Se pueden encontrar distintos escenarios cuando existen varias normas que regulan el mismo fenómeno; asimismo, cuando la estructura gramatical de alguna norma admite atribuirle varios sentidos, esto es, que un mismo precepto puede ser interpretado de distintas maneras. En todo caso —preferencia normativa o preferencia interpretativa— de acuerdo con el principio *pro homine* se debe tomar la vía que favorezca más a la persona.²⁶

Por lo que respecta al contexto en el que existan dos o más normas y que se tenga que elegir la que más beneficia a la persona (preferencia normativa), debemos señalar que a su vez ésta encuentra dos vertientes: elegir a la norma más protectora y, en el caso de que opere o se invoque el principio de *lex posteriori derogat priori*, conservar la norma que aunque sea anterior, proteja más a la persona. En ambos casos la aplicación legal va dirigida a aplicar las normas en función de que el valor máximo es la persona y sus derechos fundamentales.

En el mismo sentido, pero tratándose de preferencia interpretativa, esto es que un mismo precepto tenga cabida a varias interpretaciones y se opte por la que maximice los derechos fundamentales, también existen dos variables: la primera —interpretación extensiva— se refiere a aplicar el sentido que optimice el derecho fundamental, maximizando sus efectos; por otro lado, la otra variable —interpretación restrictiva— se refiere a los límites de los derechos fundamentales, los cuales, si tienen cabida

²⁶ Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 20, enero-junio de 2009, p. 71.

a dar varias interpretaciones, se debe optar por la que restrinja lo menos posible al derecho.

El principio *pro homine* no significa —ni tiende a— aplicar el derecho con ligereza o fuera de lo circunscrito. Es una herramienta que sirve para los operadores del derecho, jueces, magistrados, ministros o cualquier autoridad que aplique normas jurídicas, incluyendo quienes las elaboran. Además de ser una referencia importante para establecer la dirección de la norma cuando están involucrados derechos fundamentales, constituye la expresión más pura del derecho, la cual se traduce en la creación de normas que busquen el bien común. Hechas estas breves notas, a continuación la parte especial de este trabajo: el derecho de acceso a la información.

VI. DERECHO A LA INFORMACIÓN

Diariamente en todos los ámbitos se está generando información, en entidades públicas, privadas, por todas partes. Las nuevas tecnologías coadyuvan a que se generen y sistematicen las fuentes de información. Archivos electrónicos, bases de datos y demás recursos son la nota específica de esta era de la información. El Estado —comprendiendo todo el espectro público— por un lado, tiene la oportunidad de generar y contener información; por otro lado, tiene la posibilidad de influir en la información que reciben las personas, a través de muchas instituciones, por ejemplo, está regulada la información que transmiten los medios de comunicación masiva, asimismo la que involucra medidas sanitarias, electorales, prevenciones, contenidos, la cual puede ser proporcionada por particulares o por entidades públicas.

En este sentido, podemos identificar el papel del Estado ante la información, dimensionándolo en prerrogativas distintas de la persona y en actividades públicas distintas.

1) En principio, el derecho de acceder a la información que está en posesión de cualquier entidad pública.

2) En segundo término, la información que está bajo el control público, de fuente privada o pública, en este sentido nos referimos a dos dimensiones:

a) Información enviada por los medios de comunicación en uso de la libertad de expresión, e

b) información —de fuente pública o privada— proporcionada a las personas con intención específica de comunicar contenidos, ingredientes, precauciones, restricciones, componentes, caducidades.

En distintas latitudes existe la acción procesal denominada *Habeas Data*, la cual contiene distintas vertientes. El caso peruano lo ilustra perfectamente, pues en su Constitución, en el artículo 200, numeral 3, el *Habeas Data* está establecido como garantía constitucional, consistente en 1) solicitar y obtener información de entidades públicas; 2) asimismo en que los servicios públicos o privados no suministren información que afecte la intimidad personal o familiar, y 3) en proteger el honor y la buena reputación, intimidad personal, imagen propia, y rectificar afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por algún medio de comunicación masiva.²⁷

Para efectos de este ensayo, nos quedamos solamente —que ya es mucho decir— con la intención de analizar brevemente la parte relacionada con el acceso a la información en posesión de las entidades públicas y de su principio interpretativo de máxima publicidad, consagrados en la Constitución mexicana en virtud de la reforma de 2007.

VII. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN POSESIÓN DE ENTIDADES Y DEPENDENCIAS PÚBLICAS

Está absolutamente justificada la existencia de un derecho que otorgue la facultad de acceder a la información en posesión de cualquier organismo, órgano, dependencia, entidad pública. Por un lado, es parte de la concepción actual de la democracia ideal y prescriptiva²⁸ —que no sólo está restringida a los derechos políticos— cuyos alcances están dirigidos a inculcar la participación de la sociedad en la toma de decisiones; por otro lado, es importante enfatizar que las cuestiones públicas deben extenderse a la sociedad, el arcano con el que el Estado era manejado debe irreversiblemente desaparecer, ahora las políticas públicas deben orientarse a establecer canales de comunicación entre los administrado-

²⁷ Eguiguren P., Francisco J., *Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Habeas Data en el constitucionalismo peruano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 40.

²⁸ Córdova Vianello, Lorenzo, “La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias reales en América Latina”, *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 51.

res y las personas,²⁹ estos lazos fortalecen la democracia y evidencian la labor del Estado. Además, este derecho fundamental —puesto correctamente en práctica— es consecuente con el buen gobierno, la participación ciudadana, la eficiencia en la administración pública, la rendición de cuentas y el combate a la corrupción, el fomento del periodismo de fondo, el desarrollo humano, la inclusión social, sumando que el ejercicio de este derecho conduce al logro de otros derechos de tipo sociales, económicos, políticos y civiles.

En el plano internacional, está por demás confirmado y reconocido el derecho de acceso a la información en posesión de entes públicos. Desde la expresión multilateral del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pasando por el plano regional, que en el ámbito interamericano está expresado este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 13) y el reconocimiento pleno en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* de 2006, confirmando y reconociendo este derecho fundamental. Recientemente, el Comité Jurídico Interamericano, en su 73 sesión de invierno austral, en el Palacio de Itamaratí, Río de Janeiro, Brasil, promulgó el documento *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, que contiene 10 disposiciones al respecto.³⁰

En México se insertó en el orden constitucional desde el año de 1977, sin embargo, su alcance, operatividad y funcionamiento se llevó a cabo mucho tiempo después. Durante lustros se consideró que la expresión constitucional “El derecho a la información será garantizado por el Estado” se refería a la facultad de los órganos públicos de controlar la información que recibe la población a través de los medios de comunicación.³¹ De las primeras intenciones de regular este derecho, figura la materia

²⁹ Queremos resaltar que el derecho de acceso a la información es un derecho humano universal y por ello recae en todas las personas, sin que se restrinja o acote a ciudadanos o nacionales. Esto es que cualquier persona es titular del derecho de acceso a la información pública.

³⁰ Comité Jurídico Interamericano, 73° Período Ordinario de Sesiones, del 4 al 14 de agosto de 2008, Río de Janeiro, Brasil, CIJ/RES. 147 (LXXIII-O/08). *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, disponible en http://www.oas.org/CJI/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf.

³¹ Véase documento de 1985, Rectoría-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, UNAM, 1985, pp. 17-19.

ambiental, en 1996 se adicionó la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, estableciendo un sistema rudimentario de acceso a la información.³² Por su parte, los criterios interpretativos del Poder Judicial también fueron oscilantes y fue hasta 2003 que se institucionalizó el derecho de acceso a la información pública, a través de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Un buen número de instituciones están operando para satisfacer este derecho. Empezando por las normas que imponen obligaciones de transparencia a las entidades públicas, lo cual se refiere a la información que debe entregarse sin que medie solicitud; asimismo, resalta el marco de las solicitudes y la composición de órganos autónomos que revisen la legalidad de las respuestas. De igual manera, los criterios para reservar y clasificar la información en virtud de que se encuadre en las causales establecidas en la ley. Sin embargo, lo que pretendemos destacar en este ensayo, es la reforma de 2007, que adiciona el artículo 6o. constitucional, el cual obedece a la disparidad normativa y el tratamiento desigual que se daba a este derecho en toda la República, en específico abordaremos el principio de máxima publicidad.

VIII. PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD

De acuerdo con la reforma, quedó establecido en el texto constitucional la existencia de principios y bases que regirán el derecho de acceso a la información pública. En este sentido, se ha considerado —aunque

³² Cabe destacar que fue novedoso el derecho a la información en el año de 1996. A pesar de ello, dicho derecho se consideraba como accesorio de la participación social y la gestión ambiental. Las normas adicionadas en la LGEEPA se referían a la creación del Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales (159 bis); asimismo, el mandato que se impone a la Secretaría para elaborar y publicar un informe bianual, así como la edición de una Gaceta con la normatividad y resoluciones trascendentes (159 bis 1 y 159 bis 2); de igual manera, el derecho a la información en tanto que “toda persona tendrá derecho a que la Secretaría, los Estados... pongan a su disposición la información ambiental que les soliciten...” (159 bis 3); correlativamente la reforma instauró los casos de excepción al derecho a la información ambiental, es decir, cuando sea confidencial, perteneciente a algún procedimiento judicial, información aportada por terceros, entre otras (159 bis 4); finalmente, los requisitos de forma, los plazos de la autoridad ante las solicitudes de información y la responsabilidad del manejo adecuado de la información otorgada (159 bis 5 y 159 bis 6). Véase Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 167.

la Constitución no lo señale— que los principios están contenidos en las fracciones I, II y III, los cuales tratan temas sustantivos de este derecho fundamental; por lo que respecta a las fracciones IV, V, VI y VII son las bases que establecen normas instrumentales sobre la ejecución de este derecho.³³ Se debe subrayar que todas las fracciones están directamente relacionadas y se deben apreciar en conjunto y armonía, porque constituyen un sistema de derechos y facultades en materia de información pública.

La estructura del derecho de acceso a la información establecido en la fracción primera, del segundo párrafo, del artículo 6o. de la Constitución, es la siguiente:

- Se considera la información en posesión de cualquier ente público, esto amplía la posibilidad de que se contemple no sólo la información generada, sino también toda aquella que se encuentre bajo el resguardo del órgano público;
- En este orden de ideas, se estableció que el ámbito personal recaía en “...cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal...”, ampliando también la posibilidad de que este derecho se extienda a toda la gama de figuras públicas;
- Por otro lado, igual que otros derechos, el de acceso a la información pública es relativo, esto es que su ejecución comprende excepciones, por lo que la información que se solicite, eventualmente puede ser reservada, por su naturaleza, insistiendo que esta excepción es temporal, en tanto se desvanezcan los motivos de la reserva;
- Finalmente, el establecimiento de una herramienta hermenéutica para darle dirección a este derecho fundamental: el principio de máxima publicidad.

Es importante destacar que la autoridad poseedora de información podrá reservarla —en armonía con la legalidad— fundando y motivando sus negativas de entregarla, constatando el daño que pueda provocar la liberación de la información. La propia Constitución establece que las causas de reserva se fijarán en las leyes, lo que otorga el fundamento; respecto del motivo, son las situaciones de hecho que dan pie a que se aplique la norma. En este tenor, también procede señalar que la protección de

³³ *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, México, IFAI, 2007, pp. 24-33.

los datos personales son fundamento y motivo para que no se entregue la información a quien la solicite, en virtud de ser confidenciales. Sin embargo, está prevista la creación de versiones públicas de la información en las que se testen u oculten los datos personales, con ello se favorece la publicidad y se protege la confidencialidad.

Por su parte, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) actualiza el funcionamiento del derecho de acceso a la información, creando normas claras y precisas para su cumplimiento. Esta Ley aplicable a plenitud a toda la administración pública federal, y parcialmente a otras entidades nacionales, refrenda el principio de máxima publicidad y —en virtud de una reforma hecha en 2006— añade una lista de tratados sobre derechos humanos como instrumentos para interpretarla. Era lógica la incorporación de los instrumentos internacionales para interpretar el derecho a la información. En palabras de Jorge Carpizo, en 2003, “el derecho a la información en nuestro país no puede ser contemplado únicamente a través de las normas expedidas por nuestro Congreso, sino que además tiene que ser contemplado con aquellas contenidas en los instrumentos internacionales que México ha ratificado”.³⁴ De acuerdo el artículo 6o., la LFTAIPG establece que:

En la interpretación de esta ley y de su reglamento, así como de las normas que den carácter general a las que se refiere el artículo 61, se deberá favorecer el principio de máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados.

El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Aunque no se determine explícitamente en la Constitución, en la Ley y en otras disposiciones el alcance preciso del principio de máxima publicidad, existe la concepción generalizada de que su vocación es la aper-

³⁴ Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, en María Hernández, Antonio y Valadés, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 32.

tura de la información en posesión de las distintas entidades públicas, es decir, favorecer la publicidad. Sergio López-Ayllón identifica algunas implicaciones del principio de máxima publicidad, al respecto:³⁵

- En primer lugar, este principio opera para la información en posesión de entidades públicas, no así tratándose de datos personales;
- Una segunda característica es que está dirigido a todas las autoridades, esto es, al Poder Legislativo, en la entrega de información y en su función de elaborar normas, debe observar este principio; al Poder Judicial, en la entrega de información y en la aplicación del principio en que esté involucrado el derecho de acceso a la información; al Poder Ejecutivo y los órganos, organismos constitucionales autónomos y los demás, llamados por la ley, “otros sujetos obligados”.

El principio de máxima publicidad tiene como consecuencia que haya excepciones claras, precisas y minoritariamente restrictivas. Esto se traduce en que las causales que impiden temporalmente la satisfacción de este derecho deben ser mínimas.³⁶

Para otros publicistas del derecho, el principio de máxima publicidad solamente significa que la autoridad que posea información debe entregarla. En este sentido, consideramos precisar la dicotomía que existe entre el derecho y el principio; el primero es la norma general de acceso a la información pública, mientras que el segundo es la herramienta constitucional y legal para interpretar el derecho.

Desde nuestra óptica, el funcionamiento del principio de máxima publicidad —sin perjuicio de las opiniones de los colegas— se puede comparar con la herramienta general de interpretación de los derechos humanos que describimos *supra* como el principio *pro persona*. Esto significa

³⁵ López-Ayllón, Sergio, “La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales?”, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias*, México, UNAM-IFAI, 2008, pp. 6 y 7.

³⁶ Todos los derechos fundamentales tienen restricciones o determinadas hipótesis de inaplicabilidad. Sin embargo, estas restricciones a su cumplimiento siempre deben ser específicas, concretas, justificadas y redactadas de tal manera que no den pie a una multiplicidad de sentidos.

que el principio de máxima publicidad tendría dos vertientes: la normativa y la interpretativa.

- Estamos ante el escenario de aplicación normativa del principio de máxima publicidad cuando hay dos normas que regulen el acceso a la información pública, en virtud del principio se optará por la norma que más favorezca la divulgación de la información.
- Por lo que respecta a la aplicación interpretativa del principio de máxima publicidad, tendría lugar cuando a alguna norma se le puedan atribuir varios sentidos, por lo que se aplicaría el sentido que más favorezca a la publicidad.

En la actualidad, existe un buen ejemplo que ilustra cómo podría el principio de máxima publicidad determinar la observancia y validez de las normas. Nos referimos al tema de la publicidad de las averiguaciones previas, el cual se ha convertido en una de las diferencias institucionales más relevantes en la aplicación de este derecho.

IX. EL CASO DE LA PUBLICIDAD DE LAS AVERIGUACIONES PREVIAS

El procedimiento de la averiguación previa está establecido en los códigos de procedimientos penales, inicia con denuncia, acusación o querrela y concluye con la consignación a los tribunales penales o con el decreto de no ejercicio de la acción penal. Su formulación está a cargo del Ministerio Público, y la idea es que en su desarrollo se integren los elementos suficientes para esclarecer algún hecho delictivo y, en su caso, someter al juez penal. Las averiguaciones previas tienen el eminente carácter de información pública en posesión de autoridad, eso es incontrovertible, por ello caen indefectiblemente en el régimen de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.

Es menester señalar que la Ley Federal de Transparencia de Acceso a la Información Pública reconoce la naturaleza restrictiva de su publicidad; por ello, el artículo 14 establece que las averiguaciones previas se consideran información reservada; no obstante, la misma ley también reconoce que a la conclusión de la averiguación (no ejercicio de acción penal o consignación ante juez), la información contenida en ella podrá

ser pública, “protegiendo la información confidencial que en ella se contenga”. Desde que comenzó a operar la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en el 2003, se aplicaba esta disposición y existía la armonía suficiente para entregar versiones públicas de las averiguaciones o reservar la información cuando así procediere, favoreciendo la publicidad de la información. Pese a lo anterior, la situación se tornó distinta cuando la Procuraduría General de la República —desobedeciendo lo dispuesto por la ley— se negó a entregar la información, a pesar de que se había revisado su legalidad a la luz del Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.³⁷

Posteriormente, vino la reforma del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, contraviniendo el derecho de acceso a la información pública, tanto en la ley, como en la Constitución, porque establece que jamás podrán hacerse públicas las averiguaciones previas (párrafo tercero) y los nombres de los funcionarios que intervienen en ellas (párrafo quinto). Las porciones del artículo 16 que se consideran contrarias a la Constitución son:

[Párrafo tercero] Para efectos de acceso a la información pública gubernamental, únicamente deberá proporcionarse una versión pública de la resolución de no ejercicio de acción penal, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de prescripción de los delitos de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Federal, sin que pueda ser menor de tres ni mayor de doce años, contado a partir de que dicha resolución haya quedado firme.

[Párrafo quinto] En ningún caso se podrá hacer referencia a información confidencial relativa a... servidores públicos o cualquier persona relacionada o mencionada en la indagatoria.

En virtud de esta reforma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) interpuso en términos del artículo 105 constitucional una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por considerar que el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales tiene flagrantes, evidentes y contundentes violaciones al

³⁷ IFAI (pronunciamiento oficial), *Consideraciones del IFAI en relación con la reciente reforma al artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales*, México, IFAI/04608, 17 de diciembre de 2008, disponible en http://www.ifai.org.mx/pdf/sala_prensa/publicaciones/comunicados/2008/ComunicadoIFAI046.pdf.

artículo 6o., fracción II *in fine* de la Constitución general, porque constituyen exceso en la excepción de reserva de la información pública.³⁸

En la página 6 de la demanda de Acción de Inconstitucionalidad, la CNDH califica la reserva permanente de las averiguaciones previas como injustificada. Desde nuestra apreciación, esta calificación tiene doble sustento: en primer lugar, por la naturaleza de las averiguaciones previas, que son documentos públicos, comprendidas como actos públicos; en segundo término, por la permanencia en la reserva, contraria a la temporalidad establecida en la Constitución. Por otro lado, la CNDH invoca en la página 24 de sus pretensiones el “Principio de Máxima Publicidad” establecido en la Constitución, también violentado por la reforma del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual puede ser utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de acuerdo a lo siguiente:

El principio de máxima publicidad es una herramienta para interpretar el derecho de acceso a la información pública. Este derecho está siendo vulnerado por la reforma del Código Adjetivo Penal, por la sencilla razón de que no favorece la publicidad.

Como elemento interpretativo, se refiere a que debe favorecerse la entrega de información pública como regla general y sólo exceptuada la información que sea de interés público (seguridad pública, seguridad nacional) y de interés privado (datos personales). El principio de máxima publicidad es una variable específica del principio aceptado universalmente para la interpretación de los derechos humanos: el principio pro persona (*pro homine*).

De acuerdo a lo anterior, el principio opera en dos supuestos: cuando una norma tiene la posibilidad de ser interpretada de varias maneras, se favorecerá la interpretación que se incline por la entrega de la información; el otro supuesto es cuando exista antinomia (contradicción normativa) y distintas disposiciones se enfrenten, se observará la que favorezca el derecho fundamental. Siguiendo esta segunda postura, la LFTAIPG y el CFPP son contrarios, sin embargo el primero favorece a la persona, por lo cual debe predominar; en consecuencia, se deben eliminar las porciones del CFPP consideradas anticonstitucionales.

Se debe tomar en cuenta que las excepciones a los derechos fundamentales —en este caso por interés público y privado— deben ser limita-

³⁸ <http://www.cndh.org.mx/lacndh/accionesIncontit/COFEPROCPEN.pdf>.

das, y en el caso de la reforma combatida, no expresa un límite temporal en la reserva de las averiguaciones previas, por lo que es ilimitada y consecuentemente excesiva e inconstitucional.

Adicionalmente, la reserva de los funcionarios públicos también está comprendida en la reforma del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo cual constituye, como lo establece la demanda en sus páginas 29, 40, 41 y 42 un atentado al sentido de la concepción actual de la democracia. La Procuraduría General de la República es una de las instituciones socialmente menos aceptadas por los números e indicadores de corrupción que arrojan los innumerables estudios que se han realizado y las evidencias incontrovertibles. La transparencia en su actuación ayudaría a recobrar la confianza social perdida, además de que las personas tienen el legítimo derecho de saber quién o quiénes están interviniendo en la labor de investigar los delitos.

Según los dictámenes invocados por la demanda en las páginas 34 y 35, elaborados por los legisladores, la reforma del Código Federal de Procedimientos Penales obedece a la salvaguarda de los intereses de las partes del proceso. Esto es falaz, en virtud de que esos intereses estaban perfectamente salvaguardados antes de la reforma, porque se ordenaba la entrega de averiguaciones previas concluidas y en versiones públicas, dejando reservados los intereses de las partes como sus datos personales.

X. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma constitucional de 2007 significó un avance en el derecho de acceso a la información, sin embargo, no está acabada la cruzada en pro de la transparencia. Hacen falta todavía muchos elementos para que se maximice este derecho, entre ellos, se debe eliminar la cultura de algunos funcionarios que todavía piensan que los archivos son un arcano y que las personas ajenas no los pueden revisar; resultado de lo anterior, el malintencionado uso de las instituciones de transparencia y acceso a la información, cuya aplicación es demagógica en ocasiones. Se debe promover —ante instituciones, sociedad civil, planteles educativos— que el derecho de acceso a la información tiene aplicaciones directas e inmediatas, además de servir como instrumento anticorrupción y de rendición de cuentas, puede coadyuvar a que las personas accedan a información que le puede causar sendos beneficios; por otro lado, se debe difundir su

carácter de derecho humano fundamental, universal, cuya existencia es elemental.

Los instrumentos reconocidos para la interpretación constitucional, en todo caso promueven inclinarse en la maximización de los derechos. En el caso particular del derecho de acceso a la información en posesión de entidades públicas es absolutamente incontrovertible, irrefutable, que se debe favorecer la entrega de la información y las excepciones a ello deben ser temporales, específicas, concretas. Ante esta lógica, la reforma del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales es contraria y contradictoria a la estructura ordenada en el artículo 6o. de la Constitución. Salvo que en lo particular se encuadren en las hipótesis de reserva de la Ley, las averiguaciones previas concluidas indubitadamente deben ser públicas; los funcionarios que trabajan en la elaboración de ellas deben conocerse, el argumento es “máxima publicidad” y está esgrimido en este breve trabajo.