



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**CONSIDERACIONES DEMOCRÁTICAS SOBRE EL
DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN:
RAZONES PARA SU GARANTIZACIÓN EN MÉXICO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
FROYLAN ROLANDO HERNANDEZ
PEÑA**

**ASESORA DE TESIS:
MTRA. JANETTE YOLANDA MENDOZA
GANDARA**



MÉXICO

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A la Familia. A MIS PAPAS. Con mucho amor y agradecimiento. Por sembrar en mi la primera semilla del bien. Por brindarme lo mejor, A ellos con mucho amor y agradecimiento. **A mis hermanos,** por vivir siempre cerca mí; con mucho cariño **A Daniela:** a quien dedico este trabajo; "porque no hay mas que esperar a los hijos y a los nietos si hay tiempo para la espera; ellos sacaran a la luz el alma de sus abuelos, el alma que sus mismos abuelos no se dieron cuenta" , **A Rosario** por estar siempre conmigo y por lo que venga "*singin songs of love to pass the time*", "*think in wasps*"; a mi tío **Froylán Rolando,** por brindarme una primera oportunidad que me ha traído cosas muy positivas. **Marina,** por todos los buenos tiempos en que hemos estado, por ser buena amiga. **Marisol,** por tu amistad, porque ayudarte me ha ayudado. **Paola, Josué, Jukila, Verónica,** por su amistad

A mi asesora de tesis **Mtra. Janette Mendoza Gandara,** por sus aportaciones y su paciencia.

A todos los profesores que han contribuido considerablemente con su enseñanza.

A la **Universidad Nacional Autónoma de México,** y a la **Facultad de Estudios Superiores "Aragón"** por la gran labor que realiza para nosotros, sus estudiantes y para México.

A todos ellos Muchas Gracias.

“Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”

Immanuel Kant

“La mayor felicidad del mayor número es el fundamento de la moralidad y el derecho”

Jeremy Bentham

INDICE

CONSIDERACIONES DEMOCRATICAS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: RAZONES PARA SU GARANTIZACIÓN EN MÉXICO.

INTRODUCCIÓN	<i>Pág.</i> I
CAPITULO PRIMERO	
GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	
1.1 DEFINICION DE INFORMACIÓN PUBLICA	1
1.2 CONCEPTO DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA	4
1.3 LA TRANSPARENCIA Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS	9
1.4 EL HABEAS DATA	11
1.4.1 DERECHO A LA INTIMIDAD	14
1.4.2 LA INFORMACIÓN SENSIBLE	17
1.5 SUJETOS DE DERECHO	18
1.5.1 SUJETOS PASIVOS	18
1.5.2 SUJETOS ACTIVOS	24
1.6 OBJETO DE DERECHO	26
1.7 DERECHO SUBJETIVO	30
1.8 RESPONSABILIDADES Y SANCIONES	31
CAPITULO II	
ANÁLISIS AL REGIMEN JURÍDICO DE LAS LIBERTADES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO	
2.1 CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	39
2.2 TRATADOS INTERNACIONALES	47
2.3 LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA GUBERNAMENTAL	
2.3.1 EL PROCESO DE CREACIÓN DE LA LEY	53
2.3.2 PRINCIPIOS ADOPTADOS	54
2.3.3 MEDIDAS DE TRANSPARENCIA	59
2.4 LEYES ESTATALES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA	63
2.4.1 ORGANOS REVISORES ESTATALES	63
2.4.2 SUJETOS ACTIVOS DENTRO DE LAS LEYES ESTATALES	65
2.4.3 SUJETOS OBLIGADOS POR LAS LEYES	66
2.4.4 RECURSOS QUE CONTEMPLAS LAS LEYES	66
2.4.5 INFORMACIÓN CLASIFICADA	69
2.4.6 MEDIDAS DE TRANSPARENCIA	70

CAPITULO TERCERO
EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN REGÍMENES
DEMOCRÁTICOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

3.1	EUROPA	73
3.1.1	ESPAÑA	73
3.1.2	FRANCIA	79
3.1.3	ITALIA	85
3.2	AMERICA DEL NORTE	
3.2.1	ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	90
3.2.2	CANADA	98
3.3	LATINOAMERICA	
3.3.1	ARGENTINA	101
3.3.2	PERU	117
3.3.3	PANAMA	111

CAPITULO CUARTO
CONSIDERACIONES DEMOCRATICAS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO.

4.1	PROBLEMÁTICA	116
4.2	ALGUNAS RAZONES PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO MEXICANO.	
4.2.1	CONSOLIDACION DEL PRINCIPIO DE LA AFIRMATIVA FICTA	118
4.2.2	PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD	126
4.2.3	ESTABLECIMIENTO DE LA PRUEBA DE DAÑO	131
4.2.4	ENTE REGULADOR TOTALMENTE INDEPENDIENTE	135
4.2.5	EL DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACION	144
4.2.6	DETERMINACION DE ADECUADAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY	151
4.3	EXCEPCIONES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, NO VINCULADAS A LA DISCRECIONALIDAD	
4.3.1	INFORMACIÓN CLASIFICADA COMO RESERVADA Y CONFIDENCIAL	157
4.3.2	LA SEGURIDAD NACIONAL Y SU LIMITACIÓN CONCEPTUAL	161
4.3.3	UN PERIODO DE RESERVA PRUDENTE	170
4.3.4	LA NECESARIA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	174
4.4	REFLEXIONES FINALES	184

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La democracia en México es un proceso que aun no termina. Dio sus primeros pasos con la transición de poder, pero se han dejado de lado muchos otros aspectos que permiten construir un país con mayor igualdad entre sus ciudadanos. El estado desde su gestación debe ceñirse de legalidad como un principio constitutivo y organizativo; de este principio parte la reflexión respecto del Estado de Derecho con la intención de introducir al debate la necesidad de un mínimo normativo que inocule toda pretensión autoritaria.

En este sentido, el Derecho de Acceso a la Información Pública viene a favorecer -estamos seguros- el clima de democratización que se pretende inunde el panorama político, social y jurídico.

El tema del acceso a la información ahora se ha convertido en parte de la agenda pública, seminarios y congresos donde participan organizaciones sociales, ciudadanos, periodistas y medios de comunicación que dan cuenta de ello. Esto hace que se incrementen considerablemente las posibilidades de observar la luz del otro lado del puente. En esta travesía, sin embargo, hay varios escollos que sortear como las excepciones y sus limitaciones frente a la libertad de informarse. La información es esencial para la buena marcha de un sistema democrático. La premisa es: el aumento de las capacidades de información y formación de la ciudadanía permite mejorar el tono deliberativo de las sociedades democráticas, al igual que el control que se ejerce sobre los poseedores del poder político.

Hay instituciones de la democracia directa que se suman a los sistemas de pesos y contrapesos, fundamentales como garantía orgánica de responsabilidad intraestatal. Estos diseños institucionales que nos hacen pensar que mecanismos de democracia directa se suman a estos sistemas, pese a que en general la teoría de los pesos y contrapesos se ha referido a las instituciones representativas. Así pues en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, tenemos un mecanismo de contrapeso directo y eso es lo que lo hace tan novedosa en el mundo, además de que la materia de transparencia y acceso a la información

supone una diversidad de diseños institucionales de los órganos garantes del acceso a la información de modalidades en el procedimiento de acceso y otras variantes, en lo que se ha destacado la LAI.

La pieza fundamental en el acceso a la información pública es el ciudadano y para la democracia es de suma importancia que los ciudadanos estén informados. Para Jürgen Habermas solo son legítimas las normas de acción que han sido aceptadas por todos los posibles sujetos a los que pueden afectar. Lo que implica un fundamento radical para la democracia, que sin el acceso a la información no podría llevarse a cabo.

Para continuar hay que destacar la existencia de una relación puntual entre administración pública y democracia, ineludible porque ambas forman parte de un orden establecido, de un poder constituido y son elementos indispensables para caracterizar el modo como funciona la vida pública, en este caso en la etapa de modernidad o modernización. Ese nexo también es independiente, "la democracia requiere de la administración pública, y ésta necesita ser orientada e influida por la vida democrática. Además, el vínculo entre ambas es un elemento funcional".

El gobierno también es una institución que debe ser objeto de reglas. La rendición de cuentas permite situar cómo los Estados son gobernados; es decir, los ciudadanos tienen el derecho de exigir responsabilidad y resultados a las autoridades responsables, entre otras, de conducir las entidades administrativas. Cuando el poder no tiene vigilancia ni contrapesos, estas acciones, -que son verdaderos males públicos-, aumentan y se multiplican. Lo importante de las instituciones en este régimen "no sólo es crearlas, definir su diseño o rediseño, sino que funcionen, y la administración es el gran marco de referencia o de orientación para identificar la actividad y las operaciones de la propia administración pública".

Este trabajo de investigación se centra en el postulado de "ciudadanos mayor informados, mayores posibilidades de alcanzar una democracia". Su vertiente es, sí en efecto una vez que se garantiza el derecho de acceso a la información pública contribuye a la democratización del Estado Mexicano y si éste derecho por sí solo, es un derecho democrático o necesita de ciertas cualidades para serlo.

La primera parte del trabajo muestra las generalidades del derecho de acceso que es la introducción al conocimiento del mismo, en la cual se explican los conceptos básicos del acceso a la información privada, sus diferencias con el habeas data, quienes conforman sus sujetos, que fines persiguen y sobre todo que es el derecho de acceso a la información pública. Es la parte elemental para el entendimiento del trabajo de investigación realizada para que cualquier persona interesada pueda conocer sin vaguedades los paradigmas del derecho de acceso a la información pública.

El segundo capítulo se centra en como está contemplado en nuestras diferentes leyes el acceso a la información, comenzando desde nuestra Constitución hasta las diversas leyes locales que han expedido la mayoría de los Estados de la República. Se trata de un estudio interpretativo de la legislación a través de sus diversas normas nos arrojan elementos para poder emitir nuestro juicio sobre en que hemos avanzado y cuales son las deficiencias que aun tiene nuestro régimen jurídico.

La tercera parte que conforma este trabajo desarrolla de una manera explicativa la manera en que algunos países democráticos (en cuanto a forma) contemplan el derecho de acceso, en donde algunos sobresalen por su desarrollo porque tienen aspectos paradigmáticos como el caso de Canadá, algunos otros caen en contradicciones en lo jurídico y lo político como lo es el caso de los Estados Unidos de América; así como los países a los que todavía no llega a desarrollarse del todo adecuado una legislación con suficientes sustentos para garantizar su cumplimiento como lo son los países latinoamericanos, o un derecho de acceso a la información como fundamento para otorgar mas confianza en el mercado en el aspecto económico, como lo es el caso europeo. Este ejercicio de derecho comparado nos sirve para ubicar a nuestro país en el contexto internacional y cuanto ha avanzado al respecto y que es lo que le falta por incorporar a la legislación nacional.

La parte central de este trabajo se ubica en su cuarto capítulo y es acerca de como el derecho de acceso a la información pública debe ser garantizado por el Estado y como puede por este hecho, ayudar a democratizar al Estado adoptando algunos principios y criterios democráticos en el sentido que ponderen el beneficio de los ciudadanos brindando mayor libertad para ejercer este derecho y disminuyendo las

facultades discrecionales de las autoridades que acotarían estas libertades informativas. Estas consideraciones democráticas tienen su origen en diversos documentos tanto internacionales como nacionales y son adaptadas para su aplicación en la legislación federal, concretamente en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Algunas de estas consideraciones ya han sido adoptadas por esta legislación federal, como el principio de la Afirmativa Ficta o el principio de Publicidad y sobre todo el criterio que da origen a la autoridad reguladora del acceso público, pero este apartado trata de justificar su permanencia argumentando en el sentido de su aportación a la democratización del Estado y sobre todo a garantizar su ejercicio en México. Algunas otras son innovadoras ya que han sido poco tratadas como el desarrollo de sistemas electrónicos como elemento democratizador y componente para garantizar el derecho de acceso al brindar facilidades para su ejercicio. Otra innovación es sobre las normas de interpretación del derecho de acceso, al respecto se sugiere que la Ley de Transparencia sea modificada para agregar normas de interpretación para la misma ley, ponderando al principio de Publicidad y los fines que persigue la propia ley. Este tema poco abordado en los foros del derecho a la información toma como referencias algunas legislaciones estatales e instrumentos internacionales como punto de partida. Otro aspecto que aun no contempla la Ley Federal de transparencia es la incorporación de la figura de la Prueba de Daño que obliga a la autoridad clasificadora a probar que la información pública que pretende clasificar puede perjudicar algún bien tutelado por la Ley su publicación y conocimiento general, bajo el criterio siguiente: "quien niegue una solicitud de información pública esta obligado a probar que su publicidad puede causar un perjuicio"

La segunda parte de este capítulo es sobre acotar las facultades discrecionales de la autoridad para poder ejercer con mayor libertad el derecho de acceso a la información. Así, esta conformado por algunos tópicos ya relacionados al acceso a la información, como son la Seguridad Nacional, la protección de datos personales, información clasificada y confidencial y sus periodos de reserva. Primero se aborda lo que se considera la información clasificada y confidencial y cuando se justifica que determinada información se encuentre fuera del escrutinio público. Sobre la Seguridad

Nacional se aborda la necesidad de conceptualizar dentro de la Ley a lo que se entiende por la misma y que sea lo mas clara posible para no dar margen a su utilización para vulnerar el acceso publico por encontrarse ambiguo este termino. Además se sugiere la adopción de un periodo acorde con la voluntad de apertura mucho mas prudente del existe actualmente en la legislación. Por ultimo el abordaje del tema de la protección datos personal y su necesaria protección a través de una legislación independiente ya que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Publica Gubernamental solo debe centrarse en la tutela de la información publica y una ley diferente debe tratar la protección de datos personales con la misma autoridad reguladora, o sea el IFAI, para que las autoridades tengan facultades mucho más controladas con el manejo de información personal que pertenece en primera y ultima instancia a los particulares, erradicando la discrecionalidad en el manejo de ellos y siendo mas acorde con los parámetros democráticos.

Así, este trabajo de investigación invita a la reflexión primero introduciéndonos al tema del derecho de acceso, luego mostrándonos como se encuentra la situación jurídica actual de nuestro país al respecto, posteriormente compara con otros estados democráticos donde estamos situados en libertades de acceso a la información a nivel internacional, y posteriormente sugiere y propone como puede ser garantizado este derecho y a su vez con el ejercicio del mismo, estar en condiciones de poder democratizar al Estado Mexicano.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.1 DEFINICIÓN DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Para dar inicio a la temática de este trabajo de investigación, es preciso señalar en primer orden que entendemos por “información pública” que constituye en gran medida el objeto de estudio de este nuevo derecho que esta desarrollándose en nuestro país.

La información como tal, constituye una herramienta fundamental para la toma de decisiones para cualquier individuo inclusive se utiliza en situaciones totalmente cotidianas, aun sin estar concientes de que estamos utilizando determinada información. De esta manera es necesario entender que es la información, por lo que, al respecto el maestro Edmundo Hernández nos define la información como:

“Es la materia prima del conocimiento que cubre todos sus sustentos, sonidos, palabras, textos. Imágenes, datos, señales electrónicas y hasta percepciones sensoriales; es el recurso de recursos del que dependen todos los demás, nos permite identificarlos, evaluarlos y utilizarlos; es el único recurso que no se pierde y hasta se enriquece cuando se comparte; es fundamentalmente, elemento esencial del cambio”¹

Concibiendo básicamente que la información es lo primordial para poder allegarse de algún conocimiento, las limitaciones que tendremos que hacer al concepto de información publica deben ser claras y precisas. En este sentido, uno de los significados del término “público” es una multitud ilimitada y anónima de hombres (aislados o reunidos) que son asequibles, en conjunto, a la comunicación. En opinión de algunos autores la información no cumple un servicio público en el sentido técnico del término, pero sirve en un sentido propiamente jurídico al interés público. La información desempeña así una función social de interés general. Esta función, sin llegar a constituir un servicio

¹ HERNÁNDEZ VEZA , Edmundo, Diccionario de Política Internacional, Porrúa, México, 2002, P. 156

público, determina la función pública informativa. En este orden de ideas, se observa que el carácter público de la Información del Estado reviste una importancia primordial para el ejercicio del derecho de los ciudadanos al acceso a esta información.²

Estas definiciones mencionadas permiten conocer los elementos que comprende la noción de información pública. Así pues, abarca desde textos normativos hasta datos sobre ejecuciones presupuestarias, planes operativos, balances patrimoniales, reportes y, en líneas generales, cualquier documentación que se encuentre bajo posesión o control del ente del Estado. En cuanto al soporte físico de la información, esta abarca desde el soporte tradicional de carácter documental hasta los soportes magnéticos y digitales (informáticos). Así mismo, la información pública en sentido estricto, se extiende a cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, independientemente que sea administrada por un ente público o privado.

El análisis sobre el concepto de información del Estado exige hacer algunas precisiones sobre los elementos y características que tienden a definir la información. En este sentido se observa que, según el autor y pionero del Derecho de la Información en el siglo XX en Francia, Fernand Terrou (fue el jurista que en 1939 definió y desarrollo el Derecho de la Información como disciplina jurídica autónoma), el término 'información' conlleva significados diversos. En el lenguaje corriente evoca, a veces, el acto de recoger y dar informaciones; en el lenguaje jurídico designa un procedimiento de búsqueda y constatación de una infracción. El término se aplica también al lenguaje científico en el que sirve para calificar a una de las teorías de la cibernética (tratamiento de la información), suministrando luego el derivado que la designa como informática. En el acceso a la información pública por parte del ciudadano, el significado que adquiere importancia es el que define la información como la acción que lleva al conocimiento de un público ciertos hechos u opiniones con la ayuda de procedimientos impresos, visuales, auditivos, incluyendo los digitales, los cuales constituyen mensajes inteligibles para el público y el ciudadano en general. Así la información es el resultado de

² FUENTE MAYOR ESPINA, Alejandro, El Derecho de los Ciudadanos a la Información Pública, UNESCO, Costa Rica, 2004, p. 50

esta acción sobre los destinatarios. Como se puede apreciar, la información se entiende en un sentido activo y pasivo. El sentido activo corresponde a la acción que emana del sujeto activo Estado enviando hechos y opiniones al conocimiento de los ciudadanos como sujetos pasivos; el sentido pasivo corresponde al estado del conocimiento del público y del ciudadano destinatario del mensaje ante la acción de la información. Así, dentro de la teoría del Derecho Administrativo, connotados tratadistas empezaron a estudiar el derecho a la información y de tal manera se analizó lo que era información del Estado, como fue el caso del francés André de Laubadère, quien distingue las siguientes categorías de información del Estado:

- La información administrativa: referida a la actividad que ejerce el Estado para comunicar a los administrados las medidas gubernamentales y administrativas que son de interés para la colectividad, la cual corresponde a la publicidad que deben tener las leyes y los actos administrativos. Esta información se manifiesta a través de las gacetas oficiales que publican los diversos Gobiernos.

- La información nacional: se refiere a la información que el Estado transmite al público sobre su propia acción, su política, sus proyectos, a escala tanto nacional como internacional.

- La información general: esta categoría está referida a la colecta y difusión de información. La intervención del Estado en esta categoría de información es considerada en la actualidad como necesaria debido a varios factores. La idea de un derecho de los ciudadanos a la información es una noción que progresivamente se ha desarrollado como una auténtica necesidad moderna y sobre la cual el Estado debe intervenir con la sola finalidad de asegurar la satisfacción de este derecho. Es decir, para garantizar, por una parte, que los ciudadanos no sean privados de información y, por otra, que la información que reciban sea lo más objetiva posible. Al mismo tiempo, el desarrollo de la información, consolidada hoy en día con los procedimientos audiovisuales y cibernéticos, impide que el Estado se desinterese de esta actividad; por tal razón se nos presenta como materia que puede constituir un servicio de interés público general.

De esta manera, a la información pública debe considerarse como un servicio de interés público general y por esto mismo no puede situarse dentro

de un monopolio del Estado, por esta razón este servicio de interés público que realiza el propio Estado debe interpretarse como una obligación que tiene frente al derecho del ciudadano de acceder a la información pública.

A consideración de la maestra Alicia Pierini, "la información pública es el elemento esencial para el control de la gestión... debe regularse su cumplimiento para hacerlo exigible como un derecho fundamental y esencial para el hombre. También, hacer nacer en los funcionarios públicos la conciencia del carácter meramente coyuntural del ejercicio de su función. La información pertenece a quien detente un cargo en forma indirecta, por su carácter de mandatario, y en forma directa al pueblo, por su condición de mandante."³

Como se puede apreciar, la apertura a la información pública es la regla general. Obviamente, existen informaciones del Estado que no son accesibles a los ciudadanos, como es el caso de informaciones de acceso restringido por razones de seguridad de Estado, informaciones personales e informaciones confidenciales. Este es el punto más álgido y difícil del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública del Estado, ya que estas excepciones pueden convertirse en cortapisa de este derecho, si estas no se consagran en su justa ubicación como regla taxativa de excepción al Derecho de Acceso a la Información Pública del Estado.

A nuestra consideración la información pública debe ser tutelada por mecanismos jurídicos para su conservación y disposición de carácter público. Deben crearse bases de datos tanto de archivos tradicionales como de manera electrónica, y éstos deben adecuarse para permitir el acceso público. El flujo de la información asegura su conservación. Por último podemos decir que el gobierno funge solo como administrador de la información pública y este no puede negarla solo en los casos en que la ley así lo establezca, por que en última instancia los gobernados son los titulares de dicha información.

1.2. CONCEPTO DE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Para realizar un concepto correcto del Derecho de Acceso a la Información Pública resulta prudente señalar en donde esta ubicado dentro del

³ PIERINI Alicia y VALENTIN Lorences, Derecho de Acceso a la Información, Universidad, Argentina, 1999, p.p.. 27 y 28

Derecho, en razón del régimen jurídico al cual pertenece. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis jurisprudencial que señala dos clasificaciones en que se divide el derecho positivo mexicano:

“La clasificación más amplia y general de los derechos de los individuos es aquella que los divide en derechos públicos y derechos privados. Cada una de estas categorías de derechos tiene su origen y un régimen jurídico diferente, pues en tanto que las primeras se generan por actos del Estado y se rigen por el derecho público, los segundos nacen de los actos particulares y están regulados por el derecho privado”⁴

De lo anterior y dado que el derecho de acceso a la información pública interviene directamente el Estado por medio de alguno de sus órganos o instituciones que son los sujetos que poseen la información, y también interviene un particular, que es el solicitante de información, y de acuerdo con el mencionado criterio que clasifica como público al derecho que emana de actos jurídicos del estado, luego entonces podemos entenderlo como un derecho público debido al régimen jurídico que protege y rige a los asuntos que se generen por actos del Estado.

Por otra parte, el Derecho de Acceso a la Información Pública pertenece a los derechos fundamentales o humanos de la llamada segunda generación y que son de reciente reconocimiento en las legislaciones internacionales, además proviene de la concepción del Derecho a la Información, que es una disciplina independiente y no proviene directamente del concepto de libertad de expresión y manifestación de ideas; actualmente el derecho a la información se estudia como un derecho particular junto con su otra vertiente que es el derecho de acceso, es una disciplina que está en pleno desarrollo en el mundo, y en México tiene muy pocos años que ha sido investigado y plasmado en una Ley que lo tutele, de ahí que recientemente haya sido legislado federalmente así como en muchos de los Estados de la República.

Es cierto que la vinculación del concepto de Derecho de Acceso a la Información Pública con el Derecho a la Información es evidente ya que al analizarlos concluimos que el primero deriva del segundo término, es decir el concepto de derecho a la información es un concepto en general y el

⁴ Semanario Judicial de la Federación, t. LXXI, p.931.

concepto de derecho de acceso a la información lo es en particular. Pero antes de continuar puntualicemos al derecho a la información que puede definirse como “la rama del derecho que tiene como objeto de estudio el conjunto de las normas jurídicas relativas al ejercicio, al alcance y a las limitaciones de las libertades de expresión e información por cualquier medio.”⁵

El derecho de acceso a la información pública básicamente es la posibilidad de los ciudadanos para obtener información del Estado, algunos de ellos reconocen este derecho en sus constituciones y leyes reglamentarias o secundarias, muchos otros no. Una situación invariable, que sucede en cualquier lugar en donde el derecho es reconocido es que esta sujeto a limitaciones, además estos Estados requieren se pague los costos que genera la búsqueda y/o la reproducción, antes de obtener la información que busca el ciudadano.

Asimismo, sus fuentes formales, como en todos los derechos que están plasmados positivamente, son: la Ley, entendiéndola como la misma Constitución y las leyes que de ella emanen; los Tratados Internacionales, que estén de acuerdo a lo que estipula el artículo 133 constitucional, las leyes reglamentarias y; la jurisprudencia que es la obligatoria interpretación que deberán seguir los tribunales además de lo establecido en el artículo 192 de la Ley de Amparo.

En otro aspecto este derecho dentro del ámbito jurídico ha sido a últimas fechas interpretado en una dirección democrática participativa y con esta voluntad se ha visto plasmada en las diversas legislaciones del mundo en donde le contemplan, y consideran que en un Estado de Derecho muchas libertades tienen una doble atribución, como la libertad de imprenta que significa el derecho de publicar escritos y también de leer estos; la libertad de religión, implica el derecho a practicar actos o ritos relativos a una creencia religiosa así como a la obligación de tolerar los ajenos o incluso los contrarios. Por lo anterior, el Derecho a la Información se compone de una facultad o atribución doble: el derecho a dar información y el derecho a recibir información. La manifestación, a lo sumo, puede referirse a la que el sujeto pasivo requerido debe exteriorizar o exponer frente a lo que le es pedido. Es

⁵ VILLANUEVA Ernesto, Temas selectos de derecho a la información, UNAM, México, 2004, P. 1

una obligación correlacionada de responder a lo solicitado proporcionando la información pertinente.

Podemos también decir que el derecho de acceso a la información no es un derecho de amplísimos alcances, ya que el derecho de acceso a la información es, en principio, general y de amplio espectro, mas, como todo derecho, no es absoluto, no se puede utilizar en forma indiscriminada, ni en perjuicio de otros derechos, ni afectar arbitrariamente la prestación de un servicio, ya que, de ser así, lejos de transformarse en un beneficio, se convertiría en un obstáculo para el desenvolvimiento de la administración general.

De esta manera, el derecho de acceso a la información pública no tiene un sentido arbitrario que vulnere los derechos de terceros o intereses públicos y/o privados tanto los sujetos poseedores de este derecho como los sujetos obligados a respetarlo, como las autoridades que con mayor facilidad pueden vulnerar las garantías que le otorga la ley a los gobernados. En este sentido, para el Dr. Alasdair Roberts el derecho de acceso a la información es considerado como: "... un instrumento para desalentar las decisiones arbitrarias por parte del estado y para proteger los derechos básicos a un debido procedimiento e igual protección ante la ley."⁶

Acerca de la importancia que tiene el derecho de acceso a la información para el ciudadano, el doctor Roberto Saba señala:

"Preguntarse si las personas tienen un derecho a acceder a la información que se encuentra en manos del estado no es irrelevante ni un mero ejercicio teórico. La respuesta afirmativa a ese interrogante tiene, al menos, dos consecuencias prácticas fundamentales. En primer lugar, ello justificaría exigir al estado decisiones, políticas y prácticas que tornen efectivo el ejercicio de ese derecho. Brindar información desde la autoridad estatal no sería meramente una buena o mala política pública decidida por el gobierno de turno, sino una exigencia constitucional que, además, se desprende de los compromisos contraídos en el marco de derecho internacional de los derechos humanos. En segundo término, el reconocimiento de un derecho que requiere que el estado tome medidas concretas

⁶ ROBERTS Alasdair, Acceso a la Información Gubernamental: Compendio de Temas, en Acceso a la Información: la llave para la democracia, edt. Laura Neuman, EUA, 2002, p. 9.

para su real vigencia, lo coloca en situación de ser objeto de ataque jurídico cuando esas medidas no son instrumentadas. Esto puede ser así toda vez que se entienda que la inacción del Estado es un modo de impedir o violar el derecho en cuestión."⁷

Estamos convencidos de que el derecho de acceso a la información tiene relevancia real y práctica para las personas que viven en condiciones de pobreza o marginación, particularmente en lugares donde los activistas de la sociedad civil pueden auxiliar a estas personas a acceder a dicha información y usarla. Pero para que la información sea útil, no debe presentarse en forma agregada y general, sino concreta y detallada.

El derecho de acceso a la información pública se puede concebir como la facultad que tiene toda persona para obtener de los órganos del Estado todos los datos, registros e informes que obren en ellos, y que les sean solicitados, siempre que no pertenezcan a aquellas categorías que legalmente puedan definirse como reservadas, tales como por ejemplo la información referente a la seguridad nacional, a la privacidad de las personas, la información propietaria o bajo reserva de derechos intelectuales ya sea de propiedad industrial o ya de derechos de autor, o la denominada información propietaria bajo reserva de secreto industrial o bancario –de no existir superiores consideraciones de interés público-, o todas aquellas informaciones jurisdiccionales que aún se encuentren en proceso.

Luego entonces a manera de conclusión, podemos definir al Derecho de Acceso a la Información Pública como una disciplina jurídica independiente y específica derivada del Derecho a la Información con un régimen jurídico propio, perteneciente al derecho público, que traducido como derecho subjetivo, es la facultad de una persona reconocida por la ley para acceder a cualquier tipo de información considerada pública que están en poder de entidades públicas, órganos u organismos descentralizados y desconcentrados a través del procedimiento correspondiente, que la misma ley señale, con excepción de las señaladas por ella misma.

1.3 LA TRANSPARENCIA Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

⁷ SABA Roberto, en Acceso a la Información Pública en las Américas (compilación), Dialogo Interamericano (ed), Washington, DC, EUA, 2004, p. 31.

Este aspecto es muy relevante para el Derecho de Acceso a la Información Pública ya que sin la transparencia se dificultaría la tarea fundamental de informar y publicar la información en manos del gobierno.

Dado que la transparencia consiste en abrir a las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, mediante sistemas de clasificación y difusión se reducen los costos de acceso a la información en manos del gobierno. La transparencia no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso usarla como mecanismo para sancionar en caso de que haya anomalías en su interior.

Cuando hablamos de transparencia materialmente nos referimos al flujo de información social, política económica de manera puntual y confiable, la cual es accesible para todos los actores relevantes, incluyendo por ejemplo, información sobre uso de créditos, acerca de cuentas de instituciones del gobierno debidamente auditadas, procedimientos de presupuestos, estadísticas monetarias y reales del banco central, provisión de servicios públicos, registros históricos de votaciones parlamentarias, datos de financiamiento a campañas políticas y actividades de instituciones internacionales. Para distinguirla con mayor facilidad en distintas actividades podemos utilizar un ejemplo a *contrario sensu*, la falta de transparencia acontece cuando un agente (pudiendo ser un servidor público, una institución pública, una corporación o un banco) deliberadamente restringe el acceso o distorsiona la información o no pueden asegurar que la información otorgada es puntual y de calidad y relevancia adecuadas.

La transparencia debe ser un principio general para las políticas gubernamentales aunque resulta difícil distinguir el grado en que una política pública es transparente, y el punto hasta el cual la transparencia de la política pública contribuye para lograr los objetivos o consecuencia de las mismas.

Luego entonces la finalidad de la transparencia y las políticas dirigidas hacia ella depende de que la información sea accesible y disponible para todos los usuarios, así una política pública es transparente si es comprensible la información que está disponible, si la rendición de cuentas es clara y si los ciudadanos saben que papel desempeña en dicha política.

Por otro lado la Rendición de Cuentas es el requerimiento a una organización ya sea pública o privada, para explicar a la sociedad sus acciones y aceptar consecuentemente la responsabilidad de las mismas. La rendición de cuentas favorece una mayor responsabilidad de las mismas y de todas las partes, mediante la mejora de los mecanismos de consulta y de diálogo para reforzar la legitimidad de las políticas y las acciones de las diferentes instituciones y organizaciones, así como la creación y el estímulo de oportunidades para la consulta y la participación activa de los ciudadanos y en la elaboración de las políticas públicas. Para el maestro Luis Carlos Ugalde la Rendición de Cuentas es:

“La Rendición de Cuentas es una traducción inexacta de la palabra inglesa *accountability*, que en su acepción original significa “ser sujeto a la obligación de reportar, explicar, justificar algo; ser responsable ante alguien de algo”. La rendición de cuentas se define como la obligación permanente de los mandatarios (o agentes) para informar a sus mandantes (o principales) de los actos que llevan a cabo como resultado de una delegación de autoridad que se realiza mediante un contrato formal o informal y que implica sanciones en caso de incumplimiento. Los mandantes supervisan también a los mandatarios para garantizar que la información proporcionada sea fidedigna”.⁸

A saber, la Rendición de Cuentas se puede clasificar en dos apartados: el primero de forma horizontal y el segundo de forma vertical. La primera clasificación se desarrolla entre instituciones del mismo nivel jerárquico, pero independientes entre sí. Ésta supone la vigilancia de los órganos del Estado a cargo de otras instituciones, también estatales, dotadas de autonomía para ejercer funciones de fiscalización. Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, deben rendirse cuentas entre sí y frente a otras instituciones autónomas cuya tarea es revisar su comportamiento, con base al principio de pesos y contrapesos. Sin embargo para un ejercicio efectivo de rendición de cuentas horizontal es necesario compartir el poder de modo que ningún actor sea tan poderoso como para decidir por sí mismo el proceso político de principio a fin. La segunda clasificación, la rendición de cuentas vertical está basada en el derecho a la libre expresión y el derecho a la libre asociación. Estos derechos

⁸ UGALDE, Luis Carlos, *La Rendición de Cuentas y la Democracia, el Caso de México*, página electrónica: www.ifai.org.mx/textos/culturatransparencia/mtm.pdf

permiten a los ciudadanos organizarse, defender causas e impugnar las decisiones del gobierno que los representa; asimismo promueven la participación en el cambio político. En la coyuntura política la falta de información, acerca de las estrategias gubernamentales que se discuten reduce la credibilidad del gobierno y disminuye el valor del derecho de expresión. En ausencia de información acerca de las decisiones del gobierno y de las implicaciones de éstas, el ímpetu de la libertad de asociación también queda limitado.

1.4. EL HABEAS DATA

Sin duda una de las figuras jurídicas más importantes para la comprensión de las diferencias que tiene con el derecho de acceso a la información y que en ocasiones puede haber confusiones. El habeas data es una garantía que tiende a que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos y a controlar su veracidad y difusión. Así, el habeas data es una institución relativamente reciente, vinculado con el auge de la informática y en consecuencia de la multiplicación de los archivos de datos acerca de las personas. Constituye una garantía que tiende a que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos a controlar su veracidad. Este puede ser amplio respecto de los archivos públicos y privados o solo respecto a los públicos.

El sentido etimológico de la palabra “habeas data” significa “que tengas los datos”, y tiene referencia con el “habeas corpus” (que tengas el cuerpo) que es la garantía típica respecto de la libertad individual, que trata de resguardar de toda actividad violatoria de la misma y tiende a que la actividad de la autoridad aporte la luz necesaria para determinar su procedencia, improcedencia o para que se rectifiquen las condiciones de su detención.

El maestro argentino Carlos Coinutti, asegura que “el bien jurídico protegido lo constituye sustancialmente la veracidad de la información”⁹, pero también lo es primordialmente el respeto al Derecho a la Intimidad y su Tutela Jurídica.

⁹ COINUTTI Carlos E., Derechos Humanos Constitucionales, Universidad, Argentina P. 231

Entendido como un derecho reconocido, individualizado y protegido por algunas constituciones latinoamericanas como Argentina, y Brasil, en donde en este ultimo caso el artículo 5° constitucional parte XXXIII, señala el derecho de “recibir de los organismos públicos las informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general que serán brindadas en el plazo establecido por ley, bajo pena de responsabilidad, exceptuándose aquellas cuya confidencialidad sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado”. Este Derecho le permite a una persona acceder a todo registro de datos, sea publico o privado a ella referido y sin importar su finalidad, para tomar conocimiento de los mismos y en caso de existir falsedad o discriminación con un medio legal expedito y urgente que le permiten suprimir, rectificar modificar, actualizar en todo o una parte, el dato en cuestión, para que se subsane la falsedad y el menoscabo que pudiera implicar. En consecuencia, el habeas data presupone la existencia de cinco objetivos principales:

- Que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o un banco de datos.
- Que se actualicen los datos atrasados.
- Que se rectifiquen los inexactos
- Que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y
- Supresión en los procesos de obtención de información del requisito de la llamada “información sensible” entre otras las que cabe mencionar la vida intima, ideas políticas, religiosas o gremiales y orientación sexual.

En ese tenor podemos señalar algunas diferencias entre el habeas data y el Derecho de Acceso a la Información; una muy clara es la referente a la información acceder en el habeas data la información a acceder es solo la referida a la persona del requirente, no así en el caso del derecho de acceso, ya que es mas amplio y abarca toda la información pública con determinadas excepciones. Los objetivos de cada una se refieren a garantizar el acceso a la información, por una parte el habeas data solo a información privada por parte del titular de dicha información, por otra el Derecho de Acceso a la Información Publica a toda información publica por parte de cualquiera persona.

Por otra parte, el objetivo real del habeas data no solo es conocer la información del propio interesado, sino también poder suprimir, rectificar, actualizar, que se asegure la confidencialidad y/o toda otra modificación tendiente a lograr que se subsane la falsedad y el menoscabo que de la misma emane.

Con relación a la legitimación del habeas data, ésta se encuentra de manera activa para acceder a la información por la persona a la cual esta referida, y en caso de fallecimiento o incapacidad, sus familiares más próximos y con un carácter restrictivo, muy diferente en el caso del derecho de acceso información que se funda en un derecho que reconoce el acceso general a toda persona.

De esta manera podemos decir que es evidente que la existencia de una relación de genero y especie entre el habeas data y el derecho de acceso a la información, como derechos humanos referidos a la accesibilidad de datos, ya que del primero se interpreta una necesidad general mientras que del segundo se vincula una necesidad especial y personal, ambos incuestionables dedicado a ámbitos y casos diferentes.¹⁰

El derecho de habeas data consiste en la autodeterminación sobre los propios datos personales, consiste en la prerrogativa de la persona para disponer de la información que sobre sí misma exista en los registros o bases de datos, a fin de que esa información sea veraz, íntegra, actualizada, no intrusiva, y con las garantías de seguridad y de uso conforme a la finalidad para la que fue proporcionada. Por protección de datos debemos entender *“el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad”*.¹¹

En México a nivel federal no existe una acción denominada habeas data, pero sus fines son tutelados dentro de la Ley Federal de Transparencia y

¹⁰ cfr. Ídem. P. 38

¹¹ Davara Rodríguez, Miguel Angel. - Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) 2002. Trabajos doctrinales especializados, boletines de actualidad, reseñas de interés jurídico, glosario de términos, preguntas más frecuentes y otras informaciones de interés. Fundación AIRTEL Vodafone – Davara & Davara Asesores Jurídicos. Madrid, 2002, 500 p 3.

Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI), que en su capítulo IV relativo a la protección de datos personales que contempla los elementos del habeas data, así como las diversas leyes estatales de acceso a la información que existen en nuestro país, tema que más adelante se tratará con más detalle.

1.4.1. DERECHO A LA INTIMIDAD

El aspecto del derecho a la intimidad ha sido muy controversial al querer delimitar el aspecto personal y público de un sujeto que en materia de derechos fundamentales el conflicto siempre está latente entre la libertad de la información y el derecho a la intimidad, que es sin duda uno de los problemas más complejos de nuestro tiempo.

En últimos años, la cultura jurídica de las sociedades occidentales ha perfilado un nuevo derecho subjetivo que ha sido designado desde su origen como el Derecho a la Privacidad o Derecho a la Reserva a la Vida Privada, a la Intimidad. Tales denominaciones encierran un sentido negativo, un propósito de exclusión. El derecho a la vida privada tiene ciertas características que el maestro Villanueva señala:

Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente a la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.

Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser solo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.¹²

En efecto, frente al derecho a la intimidad se contraponen el derecho a la información. El primero preserva lo íntimo, el deber de no inmiscuirse; el

¹² VILLANUEVA Ernesto, Temas Selectos de Derecho a la Información, op.cit. p.p.. 37 y 38

segundo, el derecho a investigar. Son valores opuestos que deben armonizarse al tenor de las finalidades que tiene una ley para otorgarlos. La actividad manipuladora de la información introduce nuevas formas de agresión al ciudadano, en orden a los riesgos y daños referentes a la falta de exactitud de los datos, su difusión indiscriminada o el desviado uso de ellos. "Es habitual que en los textos constitucionales exista la previsión del derecho a la intimidad como en los casos de la Constitución belga en su artículo 22, o en 26 de la Constitución portuguesa. En nuestro país las garantías de la intimidad hay que deducirlas, a falta de previsión constitucional expresa, de la libertad religiosa, de la libertad de expresión y de la inviolabilidad del domicilio."¹³

En la doctrina española se afirma que estamos en presencia de un derecho de la persona cuyo contenido parece determinado inicialmente por ella. Y en segunda instancia por las circunstancias concurrentes en cada caso y el valor cultural e histórico y en definitiva conforma el interés público del asunto sobre el cual se informa.¹⁴

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre en virtud del artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el artículo 17 del Pacto de la Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos, suscrito en 1966 ratifica esos términos. En la misma línea la Convención Americana de Derechos Humanos denominada Pacto de San José de Costa Rica, también contiene disposiciones relativas al derecho a la privacidad.

En una descripción del concepto de intimidad o vida privada deben jugar, en primer término una enumeración objetiva de aspectos que son vida privada, y en segundo lugar debe hablarse de los elementos relativos que afectan a dichos criterios objetivos y, en tercer lugar, debe hacerse referencia a una conducta. Lo anterior, revela que la intimidad tiene tanto un sujeto activo como uno pasivo. El sujeto activo es el individuo que puede moverse con libertad en las cosas que le son propias y el pasivo son todos los demás, que deben respetar ese campo de actuación del sujeto activo sobre ese catálogo de circunstancias que el desea mantener para sí. En esta vertiente en nuestro país la Constitución Mexicana protege el derecho a la intimidad en determinado

¹³ FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. Lo Público y lo Privado en Internet. Intimidad y Libertad de Expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, Pág.93

¹⁴ Cfr. Ferrer María A. Derecho a la Información, Habeas Data e Internet, Universidad, Buenos Aires, p. 76

aspecto, regulando en el primer párrafo del artículo 7º, que limita la libertad de prensa a la intromisión a la vida privada, éste prescribe:

“Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley, ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene mas limites que el respeto a la vida privada, a la moral y la paz publica.”

Asimismo, el artículo 16 primer párrafo de la Constitución establece un principio de legalidad, limitando la intromisión de la autoridad a la esfera privada, obligando a cumplir los requisitos que el mismo señala y a la letra dice:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

Esta es una garantía fundamental en un régimen democrático en la que presume un principio de legalidad en los actos de autoridad en este caso del derecho a la intimidad y por supuesto en muchos otros casos. Si contamos con una apreciación jurídica con criterios modernos sobre la intimidad, consideramos que la vida privada, es la esfera de cada existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado; por lo que dentro del sistema jurídico mexicano se extrae que no existe un derecho particular de la vida privada, sino un conjunto de éstos, que deben ser coherentes en todas las vertientes de nuestro sistema jurídico.

De esta manera podemos señalar que el derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraño significa un peligro real o potencial para la intimidad.¹⁵

1.4.2. LA INFORMACIÓN SENSIBLE

¹⁵ Cfr. CIENFUENTES Santos, Derechos Personalísimos, Astrea, 2ª, Buenos aires, 1995

Es llamada “información sensible” aquella que contenga o se refiera a cuestiones privadas cuyo conocimiento general puede ser generado del perjuicio o discriminación. Así, toda publicidad respecto de información relacionada con preferencias y comportamientos sexuales, religión, filiación política o gremial, raza, etc. encuadra exactamente en los parámetros a proteger para evitar que la información en cuestión sea borrada y se evita su publicidad, salvo que existan actividades claves de la persona que determinen que las cuestiones no son “sensibles”, para ella o que la misma se encargue de exponerlo públicamente.

Los datos sensibles obtenidos ilícitamente, pero dados a indebida publicidad son del resorte de responsabilidad de su operador, guardián o de quien los extrae si no se tomo el recaudo de implementar un sistema de seguridad para evitar que la injerencia se produjera. La finalidad del habeas data es impedir que en bancos o registros de datos se recopile información que otra referida a aspectos de su personalidad directamente vinculado con su intimidad, que no pueda encontrar a disposición del público o ser utilizado en su perjuicio por órganos públicos o entes privados. Se trata particularmente de información referida a la filiación política, las creencias religiosas, el desempeño laboral o académico, etc.

La idea sustancial del criterio transcrito o recogido por las legislaciones y doctrinas internacionales e inclusive jurisprudencias son en todos los casos la tendencia a preservar el derecho a la intimidad y el respeto sobre la información sensible, en el convencimiento de que la misma no debe utilizarse para el almacenamiento en base de datos alguna, por concernir la información tan solo a la persona propietaria de los mismos.

En este sentido la Asamblea General de las Naciones Unidas estipulo en el artículo 45 de la Declaración sobre la Regulación de Datos Personales Automatizados, establece que los datos sensibles son cierto tipo de datos personales cuya utilización puede dar lugar a la discriminaciones ilegales o arbitrarias, fijando entre los datos que no deben ser recogidos expresamente los referidos a raza, origen étnico, color, vida sexual, opinión política, religión, filosofía y otras creencias, así como el ser miembro de asociaciones o uniones sindicales.

1.5 SUJETOS DEL DERECHO

Aclarar esta parte del trabajo es fundamental para la comprensión del mismo, pues constituye saber que ente es el facultado para acceder a la información y cual el obligado a proporcionarla. Si vemos dentro de una postura positivista podremos decir que si queremos un sujeto del derecho este puede ser sino aquel cuya conducta comienza, continua o concluye la acción que la norma prescribe, por lo que analizaremos a la ley para determinar cuales son los que lo conforman.

Puesto que dentro del derecho existen relaciones entre diferentes tipos sujetos y cuando se trata de un procedimiento administrativo uno será la Administración Pública y el otro el administrado o particular. Cuando hablamos de Derecho de Acceso a la Información Pública el titular de dicho derecho será la persona que legítimamente lo posea, es decir el que la ley se lo reconozca y a esta persona se le denomina Sujeto Activo. Así mismo el Sujeto Pasivo lo conforma la Administración Pública o el órgano público que tenga la obligación de permitir el acceso a la información.

1.5.1 SUJETOS PASIVOS

Sobre este punto la Ley Federal de la materia establece en su artículo primero, la obligación de proporcionar información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal, es decir su rango de acción es amplia y no solo respecto de la administración pública federal sino dentro de los tres poderes que conforman el gobierno.

En Latinoamérica el criterio es similar, particularmente en el caso de Perú, Panamá y Ecuador en donde la obligación por parte de los Estados es permitir el acceso dentro de sus tres poderes en el ámbito federal ya que ellos no cuentan con legislaciones locales debido a que están conformados por provincias sin autonomías; desgraciadamente esta obligación en términos reales es transgredida en esos países por no ser garantizada con leyes e instituciones jurídicamente fuertes.

En los estados de la Republica Mexicana este acceso es afín ya que comprende a la entidad publica, por ejemplo en la Ley de Acceso a la Información Publica del Estado de Sinaloa en su articulo segundo, párrafo, establece " la información creada, administrada o en posesión de los órganos previstos en esta Ley, se consideran un bien publico accesible a cualquier persona en los términos previstos por la misma.". Posteriormente el articulo 26 a la letra dice: " las personas ejercen su derecho de acceso a la información ante la entidad publica que la posea..."; ahora bien debemos entender primero que se entiende por entidad publica y el propio legislador realiza una interpretación autentica en el articulo 5 fracción IV en la que señala:

"Articulo 5º. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

IV. Entidad publica. El Poder Legislativo del estado, el Congreso del estado, la Diputación Permanente del h. Congreso del estado y cualquiera d sus dependencias; el Poder Ejecutivo del estado, gobernador Constitucional del estado, todas las dependencias y entidades de la administración publica estatal y paraestatal; el Poder Judicial del estado y todos sus órganos; los tribunales administrativos estatales; los ayuntamientos de los municipios, presidente municipal, todas las dependencias y entidades de la administración publica municipal, todas las dependencias y entidades de la administración pública municipal y paramunicipal; los órganos autónomos previstos en la Constitución y en las leyes estatales; las demás entidades a las que la Constitución y las leyes estatales reconozcan el interés publico; los partidos políticos y las organizaciones políticas con registro oficial; y las personas de derecho publico y privado, cuando en el ejercicio de sus actividades actúen en auxilio de los órganos ante citados y cuando ejerzan gasto publico, reciban subsidio o subvención."

En el Estado de Michoacán su ley respectiva nos indica en el articulo primero: "La presente ley es de orden publico y tiene por objeto asegurar el derecho de las personas de acceder a la información de los poderes públicos del estado y sus municipios." De esta manera esta ley es también muy clara al obligar a los poderes públicos entendiéndolos como los tres que conforman al gobierno, que además obliga los municipios a respetar el derecho en estudio.

Esta tendencia a ampliar la categoría de Sujetos Pasivos u obligados es palpable en la Ley Modelo que preparo la Organización de Estados Americanos que señala:

“Artículo 1°. Derecho de Información y Acceso a los Expedientes y Actas de Carácter Administrativo. Toda persona tiene derecho a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada de entes autárquicos, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, empresas e instituciones autónomas, órganos desconcentrados de la administración, y en todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación en el capital o la formación de decisiones societarias; así como del Poder Legislativo y Judicial, salvo disposición en contrario, en cuanto a su actividad administrativa.

Este derecho de información también comprende el derecho a acceder a la información contenidas en actas y expedientes de la administración pública, así como a estar informada periódicamente, cuando lo requiera de las actividades que desarrollan entidades y personas que cumplen funciones públicas, siempre y cuando este acceso no lesione el interés público preponderante o el derecho a la privacidad e intimidad de un tercero.

Este derecho también incorpora la posibilidad de formular consultas sobre las competencias y atribuciones de las entidades y funcionarios públicos que en ella laboran y a obtener copia de los documentos que recopilen información sobre sus actividades en la ejecución de las competencias a su cargo.”

En esta misma tendencia la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en el artículo 61 obliga a las siguientes autoridades a realizar sus propios marcos jurídicos, éste señala:

“Artículo 61. El Poder Legislativo Federal, a través de la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados, la Comisión Permanente y la Auditoría Superior de la Federación; el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Consejo e la Judicatura Federal y de la Comisión de Administración del Tribunal Federal Electoral; los órganos constitucionales autónomos y los tribunales administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán mediante reglamentos o acuerdos de carácter general, los órganos, criterios y procedimientos

institucionales para proporcionar a los particulares el acceso a la información, de conformidad con los principios y plazos establecidos en esta Ley.”

Los postulados acerca de incluir en un mayor rango de sujetos obligados a empresas u órganos con peculiaridades especiales recaen en no dejar espacios dentro del poder para desarrollar la cultura de la secrecía. Sobre esto, el caso del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), con el problema que se presento acerca de negación de querer someterse a las reglas de transparencia por ser un organismo descentralizado *sui generis*, lo cual contiene argumentos pocos sólidos a nuestra consideración debido a que la LAI, dentro de su artículo primero establece que su finalidad es proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal , y cualquier otra entidad federal, y debido a que el INFONAVIT forma parte de la Administración Publica Federal porque es un entidad paraestatal prevista en el artículo 5 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, debe ser considerado como sujeto obligado y constreñido a las disposiciones que ella contenga.

Apoyando lo anterior se encuentra una tesis emitida por el Poder Judicial en el que se determina el siguiente criterio:

“que son organismos descentralizados las entidades creadas por Ley o decreto del Congreso de la Unión, del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten, el artículo 2 de la Ley del INFONAVIT establece que dicho instituto es un organismo público de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio y, en consecuencia, su naturaleza jurídica es la de un organismo descentralizado del Estado”¹⁶

Por desgracia el INFONAVIT ha determinado unilateralmente que no es sujeto de la LAI, aduciendo que dicho instituto tiene el carácter de órgano fiscal autónomo y que su naturaleza tripartita (Gobierno Federal, patrones y trabajadores) le otorga autonomía respecto del Poder Ejecutivo Federal. La interpretación anterior, se ha llevado a cabo sin contar con facultades para ello, en todo caso, tendría que ser el Poder Judicial quien a través de una

¹⁶ Novena época instancia: Tribunales Colegiados de Circuito fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo: IX, enero de 1999 Tesis: VII. 1º. A.T. 24 L página: 849 Materia: Laboral, tesis aislada.

interpretación de la LAI estableciera lo conducente. Pero el Congreso de la Unión ha realizado las reformas que solicitaba el INFONAVIT, que lo excluyen de la observancia de la LAI. Finalmente, cabe agregar que otros órganos fiscales autónomos de similar naturaleza a la del INFONAVIT como el IMSS o el ISSSTE, han cumplido con lo dispuesto por la LAI a la fecha.

Por otra parte existen criterios que señalan que a los partidos políticos también deben de considerarse como sujetos obligados debido a que reciben dinero del erario publico y por lo tanto seria obligación de ellos rendir cuentas a los ciudadanos del gasto del mismo, además de que es una especie de “fiscalización ciudadana” y se puede tener un mayor control fiscal del actual existente.

En este sentido, podría haber inconvenientes, porque los partidos políticos se rehúsan a estimular reformas considerables al respecto, como los que señala el doctor Villanueva:

“El argumento que esgrimen los partidos es que únicamente debe ser sujeto obligado para efectos de obtener el universo relacionado con la información electoral las comisiones u autoridades electorales, habida cuenta que estas instituciones están obligadas por ley a recibir informes de los partidos políticos registrados sobre el uso y destino de los recursos públicos recibidos, así como otra información de interés publico. Si bien es cierto que los partidos deben entregar informes a las autoridades electorales, también lo es, que existe una diferencia significativa entre la cantidad y calidad de información que se puede obtener de la autoridad electoral respecto de los partidos, que si el partido es directamente un sujeto obligado por dos razones: a) porque la información mínima de oficio que la mayor parte de las leyes establece es mucho mas amplia para los sujetos electorales que aquella sobre la que los partidos deben rendir cuentas a las autoridades electorales por mandato de la ley electoral; y b) porque la petición de información a petición de parte queda fuera de las posibilidades de las personas, circunstancia que reduce en buena medida su derecho a saber sobre los partidos políticos.”¹⁷

Sin duda no es el mejor panorama el que no exista una transparencia eficaz dentro de los partidos políticos, porque el tema del dinero aquí no es

¹⁷ VILLANUEVA Ernesto, *Derecho de Acceso a la Información Pública Estatal. Una Aproximación al Estado la Cuestión en México*, Concha Cantú, Hugo A.; López-Ayllón, Sergio y Tacher Epelstein, Lucy *Coordinadotes, Transparentar al Estado: La Experiencia Mexicana de Acceso a la Información*, UNAM, México, 2005, P. 85.

cosa común, ya que si nos referimos antes a la obligación que debe existir por los partidos políticos por transparentarse por recibir dinero público, también lo hacemos ahora por recibir dinero privado, un problema que se evidencia con el famoso caso “amigos de Fox”, en donde el partido Acción Nacional, rebasó el tope de campaña permitido por el IFE, por recibir dinero de la asociación Amigos de Fox. Esta situación pone en clara ventaja a un partido sobre otro, por lo que al parecer todos estaríamos de acuerdo sobre este punto en particular. Además el conocimiento del origen del dinero también es un tema importante, ya que el dinero particular siempre tiene intereses personales o de grupo, a los cuales se obligaría el candidato a cualquier cargo de elección popular al recibir dicho dinero. Esta información debe estar a disposición de los votantes ya que le da herramientas sobre los verdaderos intereses que manejan los candidatos y no sobre los que dicen tener, ya que estos intereses pueden ser comprobables y no así los de sus discursos. Así también acerca de los topes de donativos, tanto de personas afiliadas a un determinado partido político como a personas externas al mismo, “no es el mejor mensaje no tener topes de campaña. Sin ellos ¿Cómo puede haber mecanismos de rendición de cuentas?”¹⁸ También el doctor Villanueva propone la realización de una comisión de expertos, que sería integrada por especialistas en transparencia con la finalidad de dar seguimiento al financiamiento de las precampañas, para así dar mayor confianza a la sociedad sobre los recursos que se manejan, ya que si son los propios partidos los que fiscalizaran, serían en tal caso juez y parte y no ofrecerían garantía de confianza pública.¹⁹

Podemos cerrar diciendo lo que para el doctor Leo Zuckermann es una necesidad, “la única manera de impedir que los candidatos respondan a intereses de grupo es con transparencia”²⁰ y ésta urgentemente la necesita la incipiente democracia mexicana.

En esta vertiente existen argumentos a favor de la inclusión como sujetos obligados a las empresas privadas que realizan servicios públicos, es decir empresas privatizadas, en el sentido de que se controlaría su actuación para erradicar los monopolios o sujetar el abuso de poder, y precisamente este

¹⁸, VILLANUEVA Ernesto, Periódico El Universal, P. A1, México, 14 de enero de 2005.

¹⁹ Ídem.

²⁰ ZUCKERMANN Leo, El Universal, Op Cit.

es el argumento que considera mas sólido el doctor Alasdair Roberts frente a los que sostienen en si debe ser un sujeto obligado en razón de que los bienes de una empresa son propiedad publica. Sobre este debate, la inclusión como sujetos obligados a organismos privados que realizan actividades del sector publico como empresas privatizadas, pueden presentar problemas debido a que habría intromisiones a la privacidad de la propia empresa, aunque podría resolverse al señalar determinadas excepciones como actualmente existen dentro del derecho de acceso a la información publica, una de ellas es la confidencialidad comercial. Al respecto Richard Calland expresa:

“En el mundo entero, las privatizaciones y otras políticas similares como la subcontratación de terceros para la provisión de servicios públicos y el sector privado, han alterado visiblemente el panorama respecto al poder publico. Los servicios públicos municipales, como la recolección de residuos, se encuentran ahora en manos privadas. El sistema de transporte publico es provisto por una compleja coalición entre el gobierno y algunas grandes empresas. En algunos lugares, aun incluso las prisiones han sido puestas en manos privadas.”²¹

En México este tema debe tomar relevancia ya que en el país han existido diversas privatizaciones como la telefónica hace mas de diez años o la bancaria y hay una tentativa intromisión en la producción en la generación de energía eléctrica que posiblemente se concretara en un par de años.

1.5.2 SUJETOS ACTIVOS

Por otra parte, es necesario señalar que el Sujeto Activo que como ya lo señalamos es el poseedor de dicho derecho, y debe ser amplio para no dejar a ningún individuo o grupo social fuera de las hipótesis normativas. Por lo que nos parece un acierto que el artículo primero de la Ley Federal de Acceso amplió el rango de Sujeto Activo a “toda persona” y que textualmente dice:

“Artículo 1°. La presente ley es de orden publico y tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en

²¹ CALLAND Richard, citado por Laura Neuman, La Promoción de la Democracia a través del Acceso a la Información, Centro Carter, EUA, 2004, p. 44.

posesión de los poderes de la Unión y los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal.”

Dentro de las legislaciones estatales no se da esta misma apertura para ejercer este derecho, como en el Estado de Sinaloa en donde se dejan fuera a grupos sociales para acceder a información de carácter político siendo la legitimación restrictiva, ya que en el artículo tercero de la ley respectiva señala:

“Artículo 3°. Para ejercer el derecho de acceso a la información pública no es necesario acreditar derechos subjetivos, interés legítimo, o las razones que motiven el pedimento, salvo en el caso del derecho de habeas data.

En materia política, solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos mexicanos.”

A decir por el texto legal quedan fuera para acceder a la información pública en materia política los menores de edad y los extranjeros, ya que estos no pueden ser considerados como ciudadanos mexicanos de acuerdo al artículo 34 constitucional, por lo que nos parece poco afortunado debido a que la información clasificada como restringida o confidencial es la que no debe proveerse, no así toda la demás información pública que debe ser accesible para “toda la persona” que lo solicite y la excepción la han entendido mal los legisladores, ya que la segregación que debe operar es con relación a la información no en cuanto a las personas.

Un criterio muy similar es el que adoptó la Ley de Acceso del Estado de Michoacán, por citar otro ejemplo de ley restrictiva en cuanto a sujetos activos.

La legitimación del derecho, consideramos que debe ser amplia, como apunta el maestro Roberto Saba:

“La información debe poder ser requerida por *cualquier persona* y no sólo por aquellas que la administración considere poseen la legitimación para ello fundando esa decisión en razones restrictivas del acceso a la información. Dado que, a pesar de que este argumento sea aparentemente convincente, es esencial que una Ley de Acceso a la Información establezca claramente el modo amplio en que debe entenderse la legitimación activa para solicitar información, invirtiendo, de algún modo, el principio que rige en el derecho administrativo para actuar frente a la administración. El primer artículo de una ley de este tipo debería precisar que: *“Toda persona tiene derecho a solicitar información...”*. De modo semejante se

manifiestan la Constitución y la ley de Perú en lo que se refiere a la legitimación activa para solicitar información, al igual que las leyes respectivas de México, Panamá, Guatemala y Jamaica. La ley chilena de Probidad también establece un principio similar.”²²

En México este derecho nace de la interpretación del artículo 6 constitucional, situado dentro de las garantías individuales y la propia Constitución señala en su artículo primero: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales podrán no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la misma establece.” De esta manera podemos asegurar que todas las legislaciones de acceso a la información pública que priven a algún grupo o individuo por razones diversas es a todas luces una legislación violatoria de garantías individuales ya que dicho derecho es para todos los sujetos que se encuentren bajo la protección de la Constitución ya que en nuestra Constitución en el artículo 6° , prescribe que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, esto indica que el estado dentro de todos los órganos que lo conforman así como todas sus esferas es decir el federal, local y municipal están obligados a crear los medios necesarios para respetar dicho derecho.

1.6 OBJETO DEL DERECHO

El objeto jurídicamente hablando es el medio a través de cual se va establecer la relación jurídica entre los sujetos de derecho y tiene una doble connotación; pudiendo constituir según la teoría clásica en un dar, un hacer o un no hacer, en cuyo caso se habla del objeto directo, la finalidad de la norma y puede decirse que es el objeto jurídico de la misma. Por otra parte tenemos el objeto que podemos llamar indirecto o material que es la cosa que las partes se comprometen a realizar, a entregar o a omitir.

En el caso del derecho de acceso a la información pública, el objeto directo o jurídico es la presunción de cualquier persona a acceder a la información que resguarda y pertenece al Estado, por los medios legales que

²² Saba Roberto, op.cit, p. 33.

existan, entendiéndolo como la obligación de los órganos del Estado de permitir el acceso y la permisión de cualquier persona a solicitarlos y acceder.

Por otra parte el objeto material es la información pública en sí, es decir aquella a la cual se quiere acceder particularmente a través de alguna solicitud en donde se determina cual es la información deseada.

Con relación al objeto que persigue la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, podemos señalar al Art. 2 que a la letra dice:

“Artículo 2°. Toda la información gubernamental a que se refiere esta Ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que esta Ley señala.”

En este artículo podemos observar que se habla de una presunción de acceso a la información pública a la cual los particulares podrán tener derecho siempre y cuando sea en los términos que establezca la propia ley.

Dentro de esta misma clasificación se encuentran los objetivos de la Ley Federal, en donde de manera más difusa se pueden encontrar algunos enunciados que refieren al objeto jurídico, y que prescribe lo siguiente:

“Artículo 4°. Son objetivos de esta Ley:

1. Proveer lo necesario para toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimiento sencillo y expedito.
2. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados;
3. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados.
4. Favorecer la reducción de cuentas a los ciudadanos, de manera que pueda valorar el desempeño de los sujetos obligados;
5. Mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos, y
6. Contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de Derecho.”

Para poder ejemplificar el objeto material tendremos que particularizar un caso concreto, como la solicitud de acceso o corrección de datos realiza por una persona en la Unidad de Enlace de alguna clínica del IMSS para poder

solicitar el expediente médico del solicitante. En este caso el objeto material lo constituye los datos personales en posesión del IMSS solicitados en el documento, particularmente el expediente clínico, al cual tendrá derecho a poder acceder a él o hacerle modificaciones pertinentes, o cuando un periodista acuda a una secretaria de estado para pedir le proporcionen los gastos de viaje que ha realizado el secretario por motivos del desempeño de su trabajo en un año determinado, aquí el objeto material será esa información que contenga el balance de los gastos de viaje de ese año que puede estar contenida en cualquier soporte, así en cada caso concreto el objeto material tendrá variaciones, pues lo constituye la información que es pedida en cada solicitud tramitada.

De esta manera coincidimos con las opiniones que señalan que el objeto del derecho de acceso a la información es primordialmente mejorar la calidad de vida de las personas al otorgarles herramientas para la toma de decisiones, debido a que esta opinión resulta de una interpretación teleológica de este derecho. Si bien, el estar informado no es una garantía de superación en la calidad de vida, si proporciona elementos para desarrollarla. Si no fuera el caso entonces valdría preguntarse: ¿de qué sirve el derecho de acceso a la información y que fines persigue? Estamos seguros que la finalidad que persigue es sin duda el mejoramiento de nuestras vidas, porque en primer orden debe garantizar la libertad a poder acceder a la información pública, información que nos interesa como gobernados, y esta a su vez nos otorga bases para poder tomar una decisión más adecuada a nuestros intereses o los de nuestra comunidad. La desinformación constituye un gran lastre en nuestro país, que genera desigualdad y pocas oportunidades de mejorar social y económicamente, por lo que el derecho de acceso a la información tiene sin duda como una de sus finalidades el contribuir a la segregación de la desigualdad y discriminación.

Creemos que el acceso a la información pública es un proceso en el cual el gobierno se hará más abierto y el poder será más responsable en manos de la gente. Pero el acceso a la información no es una cura mágica a los problemas sociales. Puede ser una herramienta muy útil en el mejoramiento de la sociedad, pero solo aprovechándola de manera adecuada puede brindar alguna transformación radical.

En este sentido debemos considerar que los ciudadanos en la mayoría de los casos no solicitan información de esferas de poder altas o gerenciales de alto mando, por razón de simple desconocimiento o por no interesarle, y esta información podría ser de mayor importancia debido a los asuntos y el nivel de impacto que causaría si se comunicara, debido a que estas personas solo les motiva buscar información que afecte directamente en su esfera jurídica.

También existen las empresas o individuos que cuentan con capacidad para allegarse de diversa información de suma importancia como sujetos que conforman un estado, pero solo lo harán cuando el acceder a determinada información contrae un provecho a sus intereses privados.

Para estos casos es necesario concienciar y sensibilizar tanto a la administración pública ya que debería estar fundamentalmente orientadas a los ciudadanos y proyectarse como entidades conscientes de que su misión principal es el servicio y la atención de las necesidades de la población y de sus demandas razonables, como a la misma población, ya que la información pública es de gran utilidad como gobernados, porque se puede participar en la decisiones que nos interesan porque nos afectan, y podemos hacerlo ya sea directamente como ejercer derechos políticos, o indirectamente como desarrollar adecuadamente una actividad económica, esto sin duda, establece las bases para que la ciudadanía este informada creando una sociedad civil mas activa, analítica y critica de los sucesos actuales; esta sociedad racionalizada es necesaria en estados que se están desarrollando democráticamente, como el estado mexicano en donde existe la oportunidad de que el derecho de acceso a la información pública pueda contribuir a hacerlo.

1.7. DERECHO SUBJETIVO

El derecho subjetivo de un sujeto implica el deber o la relación jurídica de otro; así el derecho subjetivo viene a ser el poder o facultad jurídica de su titular (Sujeto Activo) para exigir de otro sujeto (Pasivo) un deber jurídico, consistiendo esto en la exigencia normativa para el obligado de no impedir la actividad o prerrogativa del Sujeto Activo, titular del derecho subjetivo y

debiendo someterse a las pretensiones de este, en virtud a que su derecho es de carácter imperativo.

El carácter imperativo del derecho subjetivo se desprende del deber jurídico, el cual se relaciona con el bien jurídico tutelado; de ninguna manera debemos confundir por tanto el derecho subjetivo con el bien jurídicamente tutelado, en virtud de que el interés que se protege a través del derecho subjetivo es el interés que establece para ser protegido.

En este sentido, el derecho subjetivo del derecho de acceso a la información pública lo constituye la garantía de acceso a la información pública para cualquier persona que se pueda considerar un sujeto activo, por eso el derecho subjetivo contiene la posibilidad que tiene el sujeto activo de exigir la protección de un bien jurídico de la esfera de sus derechos, a través de medios legales idóneos.

Considerando lo anterior, en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, en su artículo primero se induce el derecho subjetivo, que a la letra dice:

“Artículo 1°. La presente Ley es de orden público. Tiene como finalidad promover lo necesario para garantizar el acceso a toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal.”

Por otra parte, el bien jurídico protegido lo constituye el control y el derecho a acceder a la información pública, en donde existe la presunción de información pública, presunción básica para un régimen democrático al cual pretende llegar nuestro país. De manera similar existe el criterio de que “el bien tutelado es el acceso, pero este, como todo derecho no puede entenderse ni ejercerse en forma abusiva ni ilimitada...que, lejos de significar un beneficio para la sociedad, lo transforma en una pesada carga y un perjuicio de tal envergadura que entorpece la realización de un servicio.”²³

Por todo lo mencionado, podemos concluir que las normas jurídicas garantizan y reconocen el acceso a cualquier persona (derecho subjetivo) a la información pública del estado (bien jurídico protegido) y el acceso a una

²³ PIERINI Alicia, op. cit, p.p.. 32 y 33

determinada persona, y el acceso a una determinada persona a los datos personales en posesión de algún órgano del estado que pertenezcan a ella.

1.8. RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

Dado que el Estado cuenta con imperio para hacer valer el derecho, coaccionando y aplicando castigos al obligado que incumpla, sin embargo de manera estricta debemos de pensar que para el caso de que la norma se cumpla, también debe recaerle una sanción por el Estado, pero esa sanción va a tener un carácter positivo, es decir no es un castigo, sino va a ser un premio (sanción premial) para el sujeto obligado que respeta y cumple con las hipótesis normativa, lo anterior dentro de la estructura formal de la norma jurídica. Los incentivos son medidas que sirven para alentar el ejercicio de una actividad determinada (económica p. Ej.) que trae consigo un beneficio colectivo. Estas formas de alentamiento son medidas que consisten en proveer de medios necesarios para el desarrollo de una actividad encaminada a un fin.

Nosotros no le daremos el sentido de sanción premial, sino el de castigo entendido como una clase de sanción. Para algunos teóricos también es llamada ejecución forzosa. Esta debe entenderse como una consecuencia que atribuye la norma a la inobservancia de lo que establece la misma. Básicamente reúne los siguientes requisitos: a) es un acto coercitivo, es decir que es un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien la ejerce debe estar autorizado por una norma válida, y d) es consecuencia de la conducta de algún individuo. "De otra suerte, un derecho sin sanciones correlativas al deber que implica suele quedarse en buenas intenciones, sobre todo en las democracias emergentes donde no hay bases para una apropiada cultura jurídica, circunstancia que hace necesario introducir en el articulado de la ley respectiva, todas las garantías posibles que aseguren el derecho tutelado. Las sanciones constituyen disuasivos potenciales para reducir la cultura de la secrecía de los sujetos obligados a informar de sus actividades por la ley."²⁴

Para una legislación que regula acceso de los ciudadanos a la información pública sea acatada y cumplida por los funcionarios públicos

²⁴ VILLANUEVA, Ernesto, Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica, UNAM, México, 2003, P. LXVIII

responsables de los entes de la administración pública del Estado, se requiere el establecimiento de sanciones contra aquellos que incumplan y violen los preceptos que regulan el ejercicio de dicho derecho constitucional.

En este sentido, el incumplimiento por parte de un ente de la administración pública, es decir, el no suministrar una información pública que esté bajo su control o posesión, acarrea consecuencias como la configuración de la lesión del derecho a la información del ciudadano. Esta lesión, a su vez, puede acarrear daños y perjuicios tanto al solicitante como también al patrimonio público del Estado. Todo depende del conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que pueden concurrir en la petición de un derecho de acceso a la información pública del Estado y las consecuencias de su negativa a suministrarla. Las legislaciones, además de consagrar sanciones administrativas para el funcionario, establecen sanciones penales que tipifican la conducta como delito penal.²⁵

La importancia de la sanción para poder garantizar este nuevo derecho, esta sustentado en que el deber y la sanción es el fundamento de las normas jurídicas, así pues alguien tiene el deber de hacer algo cuando la omisión de esa acción significa incurrir en una sanción.

La LAI, no contiene las sanciones que corresponden a la desobediencia de lo estipulado en las normas que dentro de ella se encuentran, solo las responsabilidades que se pueden configurar por la omisión. La ley que determina la sanción para el incumplimiento de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Para que se pueda determinar una sanción es necesario acreditar una responsabilidad en este caso administrativa. La responsabilidad puede ser definida (Kelsen) como la situación normativa en la que se encuentra un individuo que es susceptible de ser sancionado por la comisión –propia o ajena- de un acto ilícito determinado.

En este sentido es de resaltar que existen diversas propuestas para la elaboración de una ley que proteja el derecho de acceso a la información pública y en las cuales se establecen diversos sistemas de sanciones, como por ejemplo

²⁵ cfr. FUENMAYOR ESPINA Alejandro, op. Cit., pag. 59

la ley elaborada por Alfredo Chirinos que en su parte conducente a las sanciones propone lo siguiente:

"Artículo 33: De las infracciones administrativas. Se considerará para los efectos de la aplicación de sanciones administrativas contenidas en la legislación nacional, la siguiente ponderación de infracciones de carácter administrativo:

1. Las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves.
2. Son infracciones leves:
 - a) No proceder ante solicitud de las personas o instituciones legalmente habilitadas para ello, a la entrega de la información solicitada, o entregarla de forma incompleta.
 - b) No cumplir las instrucciones dictadas por la administración, ente u órgano público encargado de la supervisión de los servicios de acceso a la información.
 - c) No conservar información actualizada de interés público sobre el cumplimiento de los servicios y de las competencias públicas.
 - d) Cualquiera otra que afecte cuestiones meramente formales o documentales y que no constituya infracción grave o muy grave.
3. Son infracciones graves:
 - a) Entregar a la ciudadanía informaciones inexactas o falsas sobre los asuntos que son de su interés.
 - b) No disponer la publicación de los reglamentos y actos de carácter general en los términos de la presente ley.
 - c) Entregar datos personales protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible.
 - d) Entregar o utilizar informaciones reservadas con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuanto no constituya infracción muy grave.
 - e) El impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de acceso y la negativa a facilitar información que sea solicitada.

f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara.

g) La vulneración del deber de guardar secreto, cuando no constituya infracción muy grave.

h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos e carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.

i) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

4. Son infracciones muy graves:

a) La entrega de informaciones reservadas en forma engañosa y fraudulenta.

b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.

c) Recabar y tratar de forma automatizada los datos de carácter personal a los que se refiere esta ley cuando no medie el consentimiento expreso del afectado.

d) Desviar del fin público para el que fueron originalmente solicitadas informaciones reservadas al amparo del fin de colaboración entre administraciones que contiene la presente ley.

e) La transferencia, temporal o definitiva, de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al existente en el país.

f) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia la presente ley."

Por su parte el artículo 63 de la Ley Federal de Transparencia, señala las siete causas de responsabilidad administrativa en que puedan incurrir los servidores públicos y son las siguientes:

1. Usar, sustraer, destruir, ocultar, inutilizar, divulgar o alterar total o parcialmente y de manera indebida información que se encuentra bajo custodia a la cual tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión.

2. Actuar con negligencia, dolo o mala fe en la sustentación de las solicitudes de acceso a la información o en el difuso de la información a que están obligados conforme a esta Ley.

3. Denegar intencionalmente información no clasificada como reservada o no considerada confidencial conforme a esta Ley.

4. Clasificar como reservada, con dolo, información que no cumple con las características señaladas en esta Ley. La sanción solo procederá cuando exista una resolución previa respecto del criterio de clasificación a ese tipo de información del Comité, el Instituto o las instancias equivalentes previstas en el artículo 61.

5. Entregar información considerada como reservada o confidencial conforme a lo dispuesto por esta Ley.

6. Entregar intencionalmente de manera incompleta información requerida en una solicitud de acceso, y

7. No proporcionar la información cuya entrega haya sido ordenada por los órganos a que se refiere la fracción IV anterior o el Poder Judicial de la Federación.

De acuerdo al artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos los sujetos que se pueden hacer acreedores a una sanción son:

“Artículo 2.- son sujetos de esta ley, los servidores públicos federales mencionados en el párrafo primero del artículo 108 constitucional, y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales.”

El artículo 13 de la misma ley determina el tipo de sanción que se aplicara cuando un servidor público incurra en los supuestos del artículo 63 de la LAI y dice a la letra lo siguiente:

“Artículo 13.- Las sanciones por falta administrativa consistirán en:

- I. Amonestación privada o pública;
- II. Suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días ni mayor a un año;
- III. Destitución del puesto;
- IV. sanción económica, e
- V. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio publico.”

Cuando no se cause daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, se impondrán de seis meses a un año de inhabilitación.

Cuando la inhabilitación se imponga como consecuencia de un acto u omisión que implique beneficio o lucro, o cause daños o perjuicios, será de un año hasta diez años si el monto de aquellos no excede de doscientas veces el salario mínimo general mensual vigente en el distrito federal, y de diez a veinte años si excede de dicho limite. Este último plazo de inhabilitación también será aplicable por conductas graves de los servidores públicos.

En el caso de infracciones graves se impondrá, además, la sanción de destitución.

En todo caso, se considerara infracción grave el incumplimiento a las obligaciones previstas en las fracciones VIII, X A XIV, XVI, XIX, XXII y XXIII del artículo 8 de la ley.

Para que una persona que hubiere sido inhabilitada en los términos de la ley por un plazo mayor de diez años, pueda volver a desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio publico una vez transcurrido el plazo de la inhabilitación impuesta, se requerirá que el titular de la dependencia o entidad a la que pretenda ingresar, de aviso a la secretaria, en forma razonada y justificada, de tal circunstancia.

La contravención a lo dispuesto por el párrafo que antecede será causa de responsabilidad administrativa en los términos de la ley, quedando sin efectos el nombramiento o contrato que en su caso se haya realizado.”

De igual manera también existe una responsabilidad penal o civil en determinados casos cuando las conductas o hechos además de ser encuadrados en las causas de responsabilidad administrativa también constituyan un incumplimiento a las leyes de esos órdenes, al respecto el artículo 64 de la LAI nos indica:

“Artículo 64. Las responsabilidades administrativas que se generen por incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior, son independientes de las del orden civil o penal que procedan.”

Al respecto, se debe considerar que la lesión al derecho a la información de un ciudadano solamente puede acarrear responsabilidad penal cuando el

hecho ilícito crea un grave daño al patrimonio público del Estado o al del ciudadano solicitante.

En este orden de ideas, es prudente aclarar que la configuración de delito penal sobre la negativa a dar información pública por parte del sujeto obligado exige la concurrencia de algunos de los siguientes supuestos:

1) Que, como consecuencia directa e inmediata de la negativa, omisión o negligencia del funcionario responsable de dar la información solicitada, se configuren delitos colaterales.

2) Que, como consecuencia directa e inmediata de la negativa, omisión o negligencia del funcionario responsable de dar la información solicitada, se produzca una lesión grave al patrimonio público del Estado o del solicitante.

3) Que se compruebe que la negativa, omisión o negligencia en dar la información solicitada constituye una complicidad o autoría en la comisión de un delito contra el patrimonio público.

También puede ocurrir el supuesto en que el funcionario público revele una información personal, confidencial o de acceso restringido, caso en el cual pueden configurarse ilícitos administrativos o delitos penales cuando la revelación acarrea peligro inminente para la seguridad del Estado o daños graves a un ciudadano en particular. En todo caso tanto las sanciones administrativas como penales deben ser enunciadas de manera taxativa y proceder en supuestos precisos y objetivos.²⁶

El incumplimiento por parte del funcionario público responsable de dar la información pública solicitada por el ciudadano es en esencia un acto ilícito administrativo. Según la gravedad de la falta este acto ilícito administrativo puede causar sanciones pecuniarias, amonestación, suspensión o destitución del cargo.

²⁶ Cfr. FUENMAYOR ESPINA, Alejandro, Op. Cit, p. 60.

El organismo encargado de imponer las sanciones administrativas debe ser el ente administrativo que actúa en primera instancia como árbitro y velador del libre acceso a la información pública. En cambio, la sanción penal o civil solo puede ser aplicada por la jurisdicción penal o civil competente en la materia.

CAPITULO II

ANALISIS AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LIBERTADES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye la “Ley Suprema” en el régimen jurídico mexicano, acorde con las posturas jurídicas modernas que consideran a la constitución de un estado como la “idea de norma fundamental” como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico.²⁷ Es decir que de ella se deduce la validez de una norma jurídica, y así de esta manera se pueden interpretar determinados actos humanos como actos jurídicos, o sea, como actos productores de normas jurídicas y considerar a las normas jurídicas como el sentido de estos actos.

Nuestra Constitución pertenece a lo que doctrinariamente se conoce como sistema decimonónico en materia de libertades informativas, esto quiere decir que la constitución reconoce genéricamente las libertades de expresión, de prensa e imprenta, además de establecerse un deber de abstención del Estado, por lo que creemos prudente señalar que esta clasificación se desprende del análisis del texto constitucional del artículo sexto que a nuestra opinión debe ser modificado y adecuarse a parámetros internacionales, en lo cual ayuda el análisis comparado de diversas constituciones modernas.

La idea de establecer claro y preciso el derecho de acceso a la información pública, proviene de las modificaciones constitucionales que han hecho países como España, Portugal, Suecia, inclusive Brasil y Perú, en donde se han incorporado dentro del texto constitucional “al menos tres instituciones adicionales del derecho a la información o la inserción de garantías jurídicas para el mejor desarrollo de las libertades informativas, ... para proteger al individuo no solo de la injerencia de los poderes públicos sino de otros poderes sociales susceptibles de obstaculizar o impedir la formación de una opinión pública libre. Se puede advertir en estos sistemas que los artículos dedicados a las libertades informativas ocupan un segmento amplio dentro de los derechos

²⁷ KELSEN Hans, Que es la Teoría Pura del Derecho?, Fontamara, México, 1998. P. 20

fundamentales reconocidos,²⁸ perteneciendo según a la clasificación del doctor Ernesto Villanueva al Sistema Paradigmático o de democracia participativa.

Como podemos ver los problemas de la indeterminación de conceptos abstractos que contengan libertades fundamentales comienzan desde la propia Constitución, ya que para determinar si existe en el derecho mexicano un derecho de acceso a la información, es necesario preguntarse si existe una norma de derecho fundamental que establezca tal derecho en la Constitución mexicana. La respuesta a esta pregunta es, en primera instancia, afirmativa, pues la parte final del artículo sexto constitucional establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Sin embargo, este enunciado no nos dice qué es ese derecho, es decir en que consiste, ni como, en su caso, lo garantiza el Estado. En realidad, esto no es un problema exclusivo del “derecho de acceso a la información”. Las normas de derecho fundamental expresadas directamente por el texto constitucional son frecuentemente abiertas, tanto semántica como estructuralmente. Son abiertas semánticamente debido a la imprecisión de las expresiones que contienen y estructuralmente porque el mandato no se infiere si una situación ha de ser creada por acciones del Estado o consiste en omisiones del mismo, y si la existencia o realización de esta situación presupone o no derechos subjetivos.

Así se ha llegado a afirmar que nuestra Constitución es su artículo sexto no define el derecho de acceso a la información. De ahí se sigue una argumentación persistentemente utilizada, en el sentido de que esto es un defecto técnico tan grave que imposibilita lograr su definición. Como consecuencia errónea, se concluye que se debió dejar irregulada la nueva facultad que otorgó el poder constituyente permanente.

Al artículo sexto constitucional se le adiciono un enunciado en el cual se plasmó el derecho a la información; textualmente dice: “**...El derecho a la información será garantizado por el Estado.**” Para algunos doctrinarios este derecho forma parte específica de la genérica libertad de manifestación de la ideas y vinculan en que puede ser referida a las libertades políticas. Alguien puede solicitar legítimamente con apoyo en él artículo sexto constitucional, que el Estado le informe de alguna cuestión que conviene a sus particulares

²⁸ VILLANUEVA V. Ernesto, Derecho Comparado de la Información, 2ª Edic, Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2002, P. 33

intereses ya que informar es una forma *sui generis* de manifestar o expresar ideas.

Nosotros creemos que el Derecho a la Información es un derecho independiente en donde encuentra su origen el Derecho de Acceso a la Información Pública, es decir el Derecho a la Información pertenece a una definición amplia y el Derecho de Acceso a la Información a una particular, como se menciono con anterioridad. En nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación, coincide con la identificación del derecho de acceso a la información en la definición *stricto sensu* y no solo en *latu sensu* que es el derecho a la información, pero esto no ha sucedido siempre así, ya que anteriormente este derecho no era reconocido por la Suprema Corte e incluso sostenía que no se había pretendido establecer una nueva garantía individual que por medio de ella el individuo en el momento que desee solicitar determinada información de parte del Estado, ejerza el cumplimiento del artículo sexto y el Estado estará obligado a proporcionárselo.

La necesidad de darle certidumbre constitucional a tal derecho resulta evidente al darnos cuenta de las diversas interpretaciones que se han hecho del ya citado artículo sexto constitucional que han variado en el tiempo por parte del Poder Judicial y de los doctrinarios en derecho constitucional.

Para demostrarlo, primero citemos un ejemplo de la inadecuada interpretación por parte de la doctrina constitucional. En este caso, la del doctor Burgoa Orihuela que trata en primer orden de definir el concepto de información diciendo:

“En el derecho judicial o procesal, dicho concepto implica la averiguación de un hecho o un delito y la presentación de documentos o testigos que los abogados de las partes realizaran ante algún tribunal... implica ciertos procedimientos judiciales tendientes a la comprobación de determinados hechos o derechos subjetivos con la información de dominio, verbigracia...En su connotación mas generalizada, información es el acto de enterar o de dar noticia de algún suceso, situación o persona. Antiguamente informar equivalía a educar o instruir, sin que en la actualidad esta equivalencia sea muy usual.”²⁹

²⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Porrúa, México 2002, P. 674

Posteriormente el doctor Burgoa traslada su interpretación directamente al texto constitucional del artículo sexto y comenta:

“Es evidente que el derecho a la información previsto en el artículo 6 constitucional no se refiere a ninguna de las dos primeras acepciones apuntadas, sino a cualquiera de las segundas (de las que están transcritas anteriormente). No existe ningún otro significado de la palabra información a no ser que contrariamente a su denotación gramatical y conceptual de le atribuya algún diverso sentido con gran quebranto del idioma español. De esta consideración se infiere lógicamente que, según la disposición constitucional invocada, el Estado al garantizar el derecho a la información debe asegurar el derecho de todo gobernado a ser enterado de cualquier cosa o a ser instruido o educado. En esta última hipótesis la pretendida reglamentación a tal derecho es completamente inútil, pues la educación que imparte el Estado ya está regida por el artículo 3° de la Constitución y su Ley Orgánica.”³⁰

Como se puede observar la interpretación realizada es errónea ya que no toma en cuenta los antecedentes que causaron su modificación en 1977 por las denominadas “reformas políticas”, además de no considerar al derecho a la información como un nuevo derecho pues lo relaciona con la educación pública.

En diferente sentido otros doctrinarios previeron otra interpretación, como la que realizó el doctor Juventino Castro y Castro, que sin duda fue visionaria ya que la formuló en 1981, utilizando una interpretación sistemática y que transcribo parcialmente a continuación:

“...el derecho a la información se compone de una facultad o atribución doble: el derecho a dar información y el de recibir información. El derecho a dar una información —especie de la expresión o manifestación de las ideas y de los pensamientos— ya estaba suficientemente previsto y tan solo se ratifica y realiza con la adición.

Lo importante, lo destacado es el derecho a recibir la información. Expresar un pensamiento es un movimiento de dentro hacia fuera. Recibir una información por el contrario implica una acción de fuera hacia dentro. La manifestación o

³⁰ Ídem, P. 675

exteriorización, a lo sumo, puede referirse a la que el sujeto pasivo requerido debe exteriorizar o exponer frente a lo que le es pedido. Es una obligación correlacionada de responder a lo solicitado, proporcionando la información pertinente.

Pero ¿quién es que puede pedir la información? La segunda pregunta esta contestada textualmente en el artículo sexto: el Estado. Es éste el obligado, el que debe garantizar que se de la información. La primera pregunta la responde el artículo inicial de Nuestra Carta Magna: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo goza de las garantías que otorga esta constitución..."³¹

Mediante esta interpretación sistemática, la definición arduamente buscada ya esta constituida: "es aquel derecho que faculta a todo individuo a expresarse libremente dando información, y a recabar del Estado la que este se encuentre en posibilidad de proporcionarle y asegurarle"³²

En este sentido coincidimos con la opinión del maestro Castro y Castro, en que la definición adecuada se encuentra en los elementos del texto constitucional; pero como sabemos existen diversas opiniones como en todos los ámbitos del derecho y esta opinión a cambiado entre los estudiosos del derecho y en los órganos correspondientes a través del tiempo, estamos seguros que para que dicha opinión sea en la valoración democrática que le estamos otorgando se debe plasmar en la Constitución de una manera clara (y llamar al Derecho de Acceso a la Información Pública por su nombre) para quedar bien sustentado dicho derecho, que es lo que han realizado algunas democracias consolidadas.

Asimismo en la reforma de 1977, que adicione en su parte final el artículo sexto, se aseguro que era una reforma de carácter político que involucraba particularmente a los partidos políticos a acceder a los medios masivos de comunicación y se estipulaba que no concedía una garantía individual ni social ya que los ciudadanos no podrían solicitar por ningún medio. De esta manera en la exposición de motivos nos muestra que el propósito de esta reforma es otorgar a los partidos políticos, el acceso y uso a los medios masivos de comunicación, con la obligatoriedad por parte del estado de garantizarlo, no obstante simultáneamente existieron reformas al artículo 41 de

³¹CASTRO Y CASTRO, Juventino Víctor, Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional, Oxford. México 2002, P. 207 y 208

³² ídem, p. 208

la Constitución en las que se le adicionaron varios párrafos, entre ellos el siguiente: "la ley garantizara que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades. Por tanto, tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la misma". Al respecto el maestro Sergio López Ayllón indica: "todo parece indicar, que la iniciativa solo pretendió garantizar el acceso a los partidos políticos a los medios de comunicación. Para lo anterior hubiera sido suficiente el párrafo que se le añadió al artículo 41, sin embargo el hecho de haber adicionado el artículo sexto dio lugar a pensar que se estaba consagrando una nueva garantía".³³

De esta manera se presentó un problema relativo a la reglamentación del derecho a la información pública, con el objeto de delimitar sus alcances, límites y tendencias. Esto provocó la afectación de intereses económicos y políticos importantes. También hubo una confusión en cuanto a los posibles alcances de una reglamentación, situación que aprovecharon los intereses que pretendían mantener el mismo estado de las cosas.

La Suprema Corte de la Nación ha emitido diferentes criterios en momentos históricos distintos. Podemos decir que son tres esos momentos en los cuales pasó de una interpretación como garantía social para terminar como una garantía individual.

Así, primero se originó la interpretación en el sentido que era considerarla como una garantía social, ya que su necesidad había nacido de las graves deficiencias y deformaciones que se habían mantenido en los medios de información masiva, debido a los intereses y a la posición ideológica política de los sujetos dueños de estos medios.

La interpretación que dio la Suprema Corte de Justicia de la Nación era que el derecho a la información era una garantía social, relacionada con el derecho que protege la libertad de expresión, y tenía un carácter estrictamente político ya que se originaba de la mencionada "reforma política"; igualmente la parte conducente a la definición del Derecho a la Información se pensaba que era tarea de la legislación secundaria correspondiente. Incluso se aclaraba que el derecho a la información no pretendía ser una garantía individual

³³ LOPEZ AYLLON, Sergio, Derecho a la Información, UNAM-Mcgraw-Hill, Mexico, 1997

consistente en que el gobernado en cualquier momento pueda solicitar y obtener determinada información gubernamental.³⁴

Afortunadamente el criterio fue desarrollándose a acorde con las exigencias de la sociedad, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió al derecho a la información consagrado en el artículo sexto constitucional como una garantía vinculada con el respeto de la verdad. “Derecho básico para mejorar la conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea mas enterada, situación esencial para el progreso de nuestra sociedad”.³⁵

En consecuencia de los avances de tipo democrático que ha tenido el país en los últimos años la siguiente interpretación es más acorde con criterios internacionales de Derechos Humanos de segunda generación como lo podemos observar en la siguiente tesis:

“Inicialmente la Suprema Corte establece que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6° Constitucional, adicionado mediante reforma publicada el 6 de diciembre de 1977, estaba limitada por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a constituir, solamente una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones a través de los medios masivos de comunicación (Semana Judicial de la Federación, Octava Época, Segunda Sala, Tomo X, Agosto 1992 p. 44). Posteriormente en resolución cuya tesis LXXXIX/96 aparece publicada en el semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio 1996, p.513, este Tribunal Pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave de las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos resueltos tanto en la Segunda Sala (AR2137/93 fallado el 10 de enero de 1997) como en el Pleno (AR3137/98, fallado el 2 de diciembre de 1999) la Suprema Corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también

³⁴ cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XI, abril de 2000, tesis: P. LXI/2000, P. 71.

³⁵ Tesis pronunciada por la SCJN, a petición del Presidente de los EUM, Ernesto Zedillo Ponce de León, para esclarecer el sentido y los alcances del derecho a la información, derivado de la solicitud 3/96. tesis LXXXIX/1996

como garantía individual, limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad así como por el respeto a los derechos de tercero.”³⁶

Como observamos, los criterios de interpretación de un mismo enunciado, en este caso la parte final del artículo sexto constitucional ha variado y pasado de un sentido a otro muy diferente, tanto doctrinariamente como judicialmente tal y como apuntamos al principio del este capítulo. Si entendemos que el derecho es en parte la interpretación que se hace a los textos normativos, para nuestro caso concreto el texto constitucional, entonces debe considerarse que un enunciado claro y preciso que tutele el derecho de acceso a la información en el ámbito constitucional, sería muy adecuado para garantizarlo como ha sucedido en otros países como Guatemala, España o en un caso extraordinario el de Suecia que otorga dos capítulos de su constitución relativos al derecho a la información; por consiguiente tenemos la certeza en que si se esclarece y se ponen todos los elementos en el contexto constitucional, o sea dentro de un artículo, con un enunciado sencillo pero preciso, podremos dar mayor certidumbre de lo que actualmente se realiza para el aseguramiento y protección del derecho de acceso a la información pública en México, y así dejamos a la interpretación constitucional para casos difíciles.

Sin embargo la Constitución dejó el camino libre para legislar en la materia y se desperdiciaron muchas oportunidades hasta que se elaboró la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental para tutelar esta garantía y debemos señalar que es un paso sumamente importante aunque también se necesita una voluntad política, es decir, la convicción de que las cosas pasen porque hay una transformación de la cultura política.

Por otro lado actualmente en México, existe un debate sobre constituir en materia de acceso a la información una ley reglamentaria del artículo sexto constitucional que tendría un ámbito de aplicación en todos los estados de la República, al respecto señalamos que México como todos sabemos, es un estado federal y esto evidentemente tiene implicaciones muy importantes en el diseño del ejercicio de los derechos fundamentales, que entre otras

³⁶ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta t. XXIII, Junio d 2001, tesis p/o 2001, p. 579.

implicaciones destaca que es un sistema de facultades expresas en donde la Federación solamente pueda hacer aquello que expresamente le otorga la Constitución, según estipula el Artículo 124 constitucional.

Esto que a primera vista parece simple es en realidad mucho muy complejo, por esa razón no abordaremos esa cuestión y tan solo dejaremos la pregunta siguiente: ¿cuáles son las facultades que permitieron al Congreso Federal expedir una Ley de Transparencia y Acceso a la información? De lo cual podemos mencionar que si leemos con cuidado el Artículo 73, lo que encontraremos es que en ninguna de sus facultades aparece esto. Entonces, sólo cuando llegamos a la fracción XXX encontramos lo que la doctrina ha llamado como las facultades implícitas, es decir, aquellas que dice la Constitución que son necesarias para el ejercicio de una potestad constitucional.

Y entonces leyéndolo junto con el artículo sexto se realiza una construcción que dice: “Si el Estado debe garantizar el derecho a la información y esto lo tiene que hacer mediante la expedición de una legislación, el Congreso federal tiene facultades para hacerlo”.

En este sentido y aquí queremos también ser muy claros, **la Ley de Acceso es una ley reglamentaria del artículo sexto aunque no lo diga implícitamente.** Y lo que sucede con las entidades federativas, es que en este país la Constitución faculta a los estados de la Republica de poder regular las materias relacionadas con el ejercicio de los derechos, de las garantías individuales. Por este motivo las entidades están legislando en esta materia

2.2 TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales constituyen una de las fuentes del derecho positivo mexicano, tienen su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 89, Fracción X, que otorga al Presidente de la República la facultad de celebrarlos; el artículo 76, Fracción I, concede a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión la facultad de aprobarlos y, el artículo 133 establece que los tratados son Ley Suprema de toda la Unión si están de acuerdo con la propia Constitución.

De esta manera los tratados internacionales serán Ley Suprema cuando reúnan los requisitos marcados en el artículo 133 constitucional que dispone lo siguiente:

"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Una vez que el tratado ha sido aprobado por el Senado de la República y se han concluido los trámites para que entre en vigor internacionalmente, el texto del tratado se publica en el Diario Oficial de la Federación para que surta efectos de Ley Suprema de toda la Unión.

Asimismo de acuerdo a tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece la jerarquía de los tratados internacionales suscritos por el gobierno mexicano con las formalidades antes señaladas, en donde se encuentra por debajo de la Constitución y arriba de las leyes federales. Dicha tesis textualmente estipula:

"Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo

133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."³⁷

De esta manera podemos aseverar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación comprende que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados

³⁷ Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46 Materia: Constitucional Tesis aislada.

internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Un principio toral, universal del derecho internacional es que todas las normas y obligaciones internacionales deben de cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio está reiterado por jurisprudencia internacional, la Carta de Naciones Unidas en su preámbulo, su artículo 2.2 y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados; también por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre derecho de los tratados.

Así, los tratados internacionales que suscribe el Estado Mexicano de acuerdo al artículo 133 constituyen Ley y deben ser respetados y acatados por las autoridades de todos los ámbitos(federal, local, municipal). Los tratados en materia de derechos humanos son los que han contemplado el respeto al derecho a la información; algunos suscritos hace mas de cincuenta años, no lo señalaban expresamente, pero a través de una interpretación de sus artículos se puede contemplar su regulación. Analicemos los tratados más representativos en esta materia y descubramos sus peculiaridades para regular dicho derecho.

De acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, nos establece: “ Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; y este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

De la definición señalada se desprende 3 importantes aspectos que componen dicha garantía:

A. El derecho a atraerse información. Que incluye facultades de acceso a los archivos, registros y documentos públicos y la decisión de que medio se escucha, se lee o se contempla.

B. El derecho a informar. Que incluye las libertades de expresión y de imprenta y el derecho de constitución de sociedades y empresas informativas.

C. El derecho a ser informado. Incluye las facultades de recibir información objetiva y oportuna, y la cual debe ser completa, es decir el derecho a enterarse de todas las noticias y con el carácter universal. O sea que la información es para todas las personas sin exclusión alguna³⁸

Igualmente del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se desprende claramente que el derecho a la información es un derecho de doble vía en virtud de que incluye en forma muy importante, al receptor de la información o sea quien la percibe y quien tiene facultad de recibir objetiva e imparcial.

Bajo el mismo criterio se encuentra la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica), suscrita por México el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado en 1980, y puesta en vigor el 24 de marzo de 1981, documento del cual se desprende de su artículo 13 lo siguiente:

“Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión: toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información o ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”

En este precepto, el derecho de acceso a la información se desprende de la libertad de pensamiento y expresión, consistente en la libertad de buscar, recibir y difundir información o ideas, sin embargo no establece una obligación del estado para proporcionar información

³⁸ Cfr. CARPIZO Jorge, y VILLANUEVA Ernesto, El Derecho a la Información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México, en Valadez Diego y Gutiérrez Rodrigo, Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III, México, UNAM, 2001 P.. 77

solicitada por un particular expresamente, que se puede subsumir de la libertad de buscar y recibir, en donde se entiende que para ejercer estas libertades es necesaria la participación del estado ya que éste es el que puede buscar la información que esta en sus archivos al igual que éste es el que tendrá que proporcionarla, es decir sin estas obligaciones el estado no pueden ejercerse estas libertades de los particulares.

En términos muy similares, el Pacto Internacional de Derechos Políticos que vincula la libertad genérica de la libertad de expresión con el derecho de acceso a la información. Dicho precepto establece en su artículo 19 lo siguiente:

“Artículo 19. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma escrita o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Ahora bien, toda esta normatividad se ha encontrado sin posibilidades procedimentales de cumplimiento, ya que contienen derechos abstractos que sirven de referencia para modificaciones legislativas al marco legal de libertades de información, pero que no se cumplieron y por lo tanto no pudieron ejercer bajo estos parámetros los gobernados.

En términos prácticos, si alguna persona solicitaba información a determinada autoridad fundamentando su petición en algunos de los artículos mencionados de los diversos tratados internacionales sería poco afortunada ya que ninguna autoridad se sentiría obligada ante un instrumento que contempla derechos humanos de manera abstracta.

Además como vimos en el anterior tema, si el respeto al derecho de acceso presentaba problemas con su regulación en la Constitución, por sus diversas interpretaciones, mucho más presentaba problemas el respeto a este derecho regulado en tratados internacionales, que hasta no ver la luz en una legislación reglamentaria o federal pudo realmente ser tutelado por el régimen jurídico mexicano.

2.3 LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL

2.3.1 EL PROCESO DE LA CREACIÓN DE LA LEY

En nuestro país el derecho de acceso a la información pública materialmente se inaugura con la entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI) el 12 de junio de 2003, en donde se obliga al gobierno a abrir sus archivos a toda persona que lo solicite a las instituciones federales, cualquier documento que contenga información pública y obtenerla de manera rápida y sencilla.

El proceso que dio origen a la nueva ley fue un panorama democratizador en donde muchos organismos no gubernamentales, académicos y especialistas propusieron ideas para la creación de dicha ley. Al final no todos quedaron satisfechos, aun así el 11 de junio de 2002 fue publicada en el Diario Oficial y de esta manera el comienzo de las críticas en el sentido de reformarla para subsanar las deficiencias a las exigencias de los especialistas.

En vista de que es el orden político el que se encuentra en proceso de cambio, este no debe renunciar a cumplir sus funciones y responsabilidades básicas entre las que se encuentran la dirección del proceso de cambio democrático y la definición de los instrumentos jurídicos adecuados para hacer posible el ejercicio del derecho a la información, cuyo sujeto universal es cualquier persona y no tan solo el ciudadano.

Antes de seguir enumerando las figuras jurídicas que contempla la LAI, podemos mencionar brevemente las circunstancias de su creación. La contemplación de legislar en materia de acceso a la información fue parte del

proyecto del nuevo gobierno que encabeza Vicente Fox a partir de 2000, coordinación a cargo de Carlos Arce y Cesar Nava, quienes presentaron el proyecto al Ejecutivo Federal. Así se pusieron a trabajar conjuntamente la Secretaría de Gobernación, de la Contraloría, de Comunicaciones, la Conserjería Jurídica del Ejecutivo Federal y la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer), ésta última realizando un estudio comparado de leyes internacionales sobre la materia en las que contemplaba las de Estados Unidos, Canadá, España, Reino Unido, Francia, Italia, la Unión Europea, Irlanda, Bulgaria e India. Además intervinieron sujetos de la sociedad civil como organizaciones no gubernamentales, entre las que destaca por su participación muy activa al respecto, el denominado grupo Oaxaca. Este grupo dentro de sus aportaciones realizó un proyecto por su Comisión Técnica integrado por especialistas en la materia y periodistas, entre ellos Ernesto Villanueva, Jorge Islas, Issa Luna, Salvador Nava, Miguel Carbonell, Juan Francisco Escobedo, Luis Javier Solana, Miguel Bernardo Treviño, Jenaro Villamil, Roberto Rock, y Luis Salomón.

De esta manera hubo propuestas y contrapropuestas por parte del Ejecutivo Federal, los Grupos Parlamentarios y el Grupo Oaxaca. Finalmente la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública, elaboró una versión final del dictamen para someterlo a votación, siendo la LAI aprobada por unanimidad en el Pleno de la Cámara de Diputados, el 24 de abril de 2002, con modificaciones realizadas por parte del PRI, por ejemplo el nombre de la misma fue modificado de Ley Federal de Acceso a la Información Pública al nombre que posee actualmente.

2.3.2 PRINCIPIOS ADOPTADOS

Afortunadamente la ley federal es bastante avanzada ya que incorpora figuras jurídicas como el principio de la positiva ficta entre otros, que comparándola con casos como el de las leyes que existen en Latinoamérica que no lo contemplan, por lo que podemos aseverar que se trata de una ley moderna. Así también esta ley obliga a entregar información de los poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, así como a los órganos constitucionales autónomos, a los partidos políticos y a las universidades, y su

éxito dependerá del uso que le dé la población, en fortalecimiento de combatir la discrecionalidad y el ocultamiento burocrático.

También algo innovador es la incorporación de tecnología por mandato de la Ley, para agilizar todos los tramites, y darle inmediatez a las peticiones de los sujetos interesados. De esta manera se obliga a las instancias del gobierno federal publicar en sus respectivas páginas de Internet toda la información sobre dicha institución gubernamental como presupuestos o los nombres de sus funcionarios. A esta situación los especialistas la denominan transparencia es decir el acceso a determinada información pública sin realizar ningún tipo de trámite y que el gobierno simplemente la proporciona para aquel que este interesado en poseerla.

Además es muy positivo el avance al cual llegó la Ley, ya que determino la creación de un “ente revisor” que es el Instituto Federal de Acceso a la Información Publica (IFAI) que es el organismo encargado fundamentalmente de resolver sobre las solicitudes de acceso que fueron negadas o que por alguna circunstancia se le puedan pedir a dicho instituto en primera instancia además de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso. La autonomía que le otorga el marco normativo de acceso a la información publica es relativa a nuestro parecer ya que es un órgano desconcentrado de la Administración Publica Federal, por lo que en el cuarto capitulo se hablara de esta situación con mas detalle.

La Ley de Acceso también obliga al gobierno a la creación de las Unidades de Enlace, que son los responsables de facilitar el acceso a la información en sus respectivas áreas de trabajo, como lo estipula el artículo 28 de esta ley:

“Articulo 28. Los titulares de cada dependencia y entidades designaran a la unidad de enlace que tendrá las funciones siguientes:

1. Recabar y difundir la información a que se refiere el Artículo 6, además de propiciar que las unidades administrativas la actualicen periódicamente
2. Recibir y dar tramite a las solicitudes de información referidas a los articulo 24, 25 y 40.
3. Auxiliar a los particulares en la elaboración de solicitudes y, en su caso, orientarlos sobre las dependencias o entidades u otro órgano que pudieran tener la información que solicitan

4. Realizar los tramites internos de cada dependencia o entidad, necesarios para entregar la información solicitada además de efectuar las notificaciones a los particulares;
5. Proponer al Comité los procedimientos internos que aseguran la mayor eficacia en la gestión de las solicitudes de acceso a la información:
6. Habilitar a los servidores públicos de la dependencia o entidad que sean necesarios, para recibir y dar tramite a las solicitudes de acceso a la información,
7. Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información, sus resultados y costos y
8. Las demás necesarias para garantizar y agilizar el flujo de información entre la dependencia o entidad y los particulares."

Estas unidades deben ocupar un nivel medio superior en la estructura de la dependencia o entidad, para solicitar y obtener información de áreas de la secretaria u órgano descentralizado. Existen solo dos supuestos en los que la Unidad de Enlace no podrá acceder a la información y estos los da el artículo 65 de la Ley, y que consiste en que cuando la información recibida de las dependencias y entidades para que el Instituto conozca, verifique u ordene su clasificación o desclasificación y otro supuesto es la contenida en los expedientes de los recursos de revisión que no hayan causado estado.

También existen los Comités de Información que son creados en cada una de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Es un cuerpo colegiado constituido por el contralor interno, el titular de la unidad de enlace y un servidor público designado por el titular de la dependencia, y tienen la responsabilidad de negar solicitud de acceso, establecer si es inexistente un documento solicitado, y generar criterios de clasificación y desclasificación de documentos.

Siguiendo con el análisis del la LAI, encontramos que no contempla expresamente el principio de gratuidad, ya que esta dispone lo siguiente:

- I. "Artículo 27. Los costos por obtener la información no podrán ser superiores a la suma de:
- II. El costo de los materiales utilizados en la reproducción de la información, y
- III. El costo de envío.

IV. Las cuotas de los derechos aplicables deberán estar establecidas en la Ley Federal de Derechos. Los sujetos obligados deberán esforzarse por reducir los costos de entrega de información.”

Es muy importante el principio de gratuidad del acceso a la información pública, ya que asegura que un mayor número de personas acceda a esta información; éste principio es fundamental si comparamos otras leyes de acceso, para hacer efectivo el derecho ya que se considera como propósito del costo de reproducción, el mantenimiento del servicio de búsqueda, reproducción y envío de materiales, sin perseguir en ningún caso, fines de lucro, ahorro o alguna ganancia para la entidad.

En este caso el principio de gratuidad se subsume a partir del señalamiento que se establece en el artículo 27 relativo a que solo tiene costo los materiales utilizados para la reproducción y el envío, por lo tanto el servicio de acceso a la información no tiene costo. Consideramos que es mejor establecer este principio clara y expresamente como en el caso de Sinaloa que en su ley respectiva señala:

“Artículo 28. El examen que soliciten las personas de la información será gratuito. No obstante, la reproducción o el proceso de búsqueda de información pública que no se encuentre disponible en la oficina donde se formuló la consulta, habilitará a la entidad pública a realizar el cobro de un derecho por un monto de recuperación razonable que se establecerá en la Ley respectiva.

Los costos por obtener la información no podrá ser superior a la suma de:

- I. El costo de los materiales utilizados en la reproducción de la información, y
- II. El costo de envío.
- III. Los sujetos obligados deberán esforzarse por reducir los costos de entrega de información.”

Lo sobresaliente del anterior artículo, es el enunciado normativo que establece la gratuidad del acceso, que actualmente es considerado como uno de los principios que contribuyen a que sea ejercido este derecho por más personas

Siguiendo con el tema de los principios contemplados en la LAI, podemos mencionar también el de presunción de publicidad, que lo encontramos de la siguiente manera:

“Artículo 2º. Toda la información gubernamental a que se refiere esta Ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala.”

Podemos entender de lo anterior bajo el contexto de la Ley que a) la información que posea y produzca el Estado es pública. b) Podemos exceptuar a la información reservada o confidencial por orden expresa de la propia ley dentro de los artículos 13 y 14. c) también es una excepción la información relativa a los datos personales protegidos dentro del capítulo IV de la Ley; d) así también no es necesario justificar la petición de acreditar interés alguno o personalidad alguna, bajo el carácter público de la información y e) se favorecerá la publicidad por medio de la interpretación de la LAI, establecido en el artículo sexto de la misma.

El ámbito de aplicación que tiene esta ley es muy amplio ya que en su artículo tercero fracción XIV nos señala cuáles son los sujetos obligados y enumera de la siguiente manera:

“Artículo 3º. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

XIV. Sujetos obligados:

1. El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República;
2. El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente, y cualquiera de sus órganos;
3. El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal;
4. Los órganos constitucionales
5. Los tribunales administrativos federales y
6. Cualquier otro órgano federal.”

De hecho la LAI es única en el mundo al respecto, ya que ninguna otra ley contempla tan amplio el ámbito de aplicación. En su título primero establece las disposiciones comunes para los sujetos obligados y en el tercero establece “el acceso a la información en los demás sujetos obligados”, que son las pautas en que deben de versar cuando elaboren su propia normatividad los demás

sujetos obligados facultados por ley para elaborarla y asegurar el acceso publico. Acerca de este ultimo punto la Ley señala:

“Artículo 61. El Poder Legislativo Federal, a través de la Cámara de Senadores, la Cámara de diputados, la Comisión Permanente y la Auditoría Superior de la Federación; el Poder Judicial de la Federación a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Consejo de la Judicatura Federal y de la Comisión de Administración del Tribunal Federal Electoral; los órganos constitucionales autónomos y los tribunales administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán mediante reglamentos o acuerdos de carácter general, los órganos, criterios y procedimientos institucionales para proporcionar a los particulares el acceso a la información, de conformidad con los principios y plazos establecidos en esta Ley...”

Así también lo establece el artículo cuarto transitorio que a la letra dice:

“Cuarto. Los sujetos obligados a los que se refiere el Artículo 61 deberán publicar las disposiciones correspondientes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la Ley.”

De esta manera podemos observar que la LAI es sin duda una de las leyes que obliga a una mayor cantidad de sujetos obligados, lo cual resulta a primera vista que traería innumerables problemas pero que ha ido gradualmente adaptándose a la normatividad requerida para que funcione moderadamente.

2.3.3 MEDIDAS DE TRANSPARENCIA

Otro principio introducido dentro de la Ley muy relevante es el relativo a la transparencia ya que ésta obliga a las instancias del gobierno federal a hacer pública en sus páginas de Internet información sobre directorios de funcionarios, licitaciones, presupuestos, programas de trabajo y servicios.

La transparencia la podemos entender como la actividad que realiza una dependencia de gobierno orientada a hacer pública una información en manos del mismo, sin que haya mediado una solicitud requiriendo esa información, es decir se deja la información a la vista para que quien este interesado la pueda obtener. La transparencia es considerada como un instrumento para atacar a

la corrupción y mejorar el desempeño de la gestión pública, pero para lograrlo es necesario impulsar, generar y consolidar esta nueva “cultura de la transparencia” por parte de los servidores públicos y toda la gestión gubernamental y con las atribuciones que la Ley le otorga al IFAI realizar programas permanentes de difusión, capacitación, asesoría orientación y una serie de elementos que favorezcan la eficiencia y calidad del gobierno a través de la transparencia y rendición de cuentas. Al respecto el artículo 7º obliga a los sujetos obligados a tomar medidas relativas a la transparencia, así este artículo estipula:

“Artículo 7. Con excepción de la información reservada o confidencial prevista en esta ley, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar, en los términos del reglamento y los lineamientos que expida el instituto o la instancia equivalente a que se refiere el artículo 61, entre otra, la información siguiente:

I. Su estructura orgánica;

II. Las facultades de cada unidad administrativa;

III. El directorio de servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento o sus equivalentes;

IV. La remuneración mensual por puesto, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes;

V. El domicilio de la unidad de enlace, además de la dirección electrónica donde podrán recibirse las solicitudes para obtener la información;

VI. Las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos;

VII. Los servicios que ofrecen;

VIII. Los trámites, requisitos y formatos. En caso de que se encuentren inscritos en el registro federal de trámites y servicios o en el registro que para la materia fiscal establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberán publicarse tal y como se registraron;

IX. La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos que establezca el presupuesto de egresos de la Federación.

en el caso del ejecutivo federal, dicha información será proporcionada respecto de cada dependencia y entidad por la secretaria de hacienda y crédito publico, la que además informara sobre la situación económica, las finanzas publicas y la deuda publica, en los términos que establezca el propio presupuesto;

X. Los resultados de las auditorias al ejercicio presupuestal de cada sujeto obligado que realicen, según corresponda, la secretaria de contraloría y desarrollo administrativo, las contralorías internas o la auditoria superior de la federación y, en su caso, las aclaraciones que correspondan;

XI. El diseño, ejecución, montos asignados y criterios de acceso a los programas de subsidio. así como los padrones de beneficiarios de los programas sociales que establezca el decreto del presupuesto de egresos de la federación;

XII. Las concesiones, permisos o autorizaciones otorgados, especificando los titulares de aquellos;

XIII. Las contrataciones que se hayan celebrado en términos de la legislación aplicable detallando por cada contrato:

A) Las obras publicas, los bienes adquiridos, arrendados y los servicios contratados; en el caso de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico;

B) El monto;

C) El nombre del proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato, y

D) Los plazos de cumplimiento de los contratos;

XIV. El marco normativo aplicable a cada sujeto obligado;

XV. Los informes que, por disposición legal, generen los sujetos obligados;

XVI. En su caso, los mecanismos de participación ciudadana, y

XVII. Cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante, además de la que con base a la información estadística, responda a las preguntas hechas con mas frecuencia por el publico.

La información a que se refiere este articulo deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad,

oportunidad y confiabilidad. las dependencias y entidades deberán atender las recomendaciones que al respecto expida el instituto."

De igual manera el artículo 10 contribuye a fortalecer esta obligación, al respecto el artículo en mención señala:

"Artículo 10. Las dependencias y entidades deberán hacer públicas, directamente o a través de la consejera jurídica del ejecutivo federal o de la comisión federal de mejora regulatoria, en los términos que establezca el reglamento, y por lo menos con 20 días hábiles de anticipación a la fecha en que se pretendan publicar o someter a firma del titular del ejecutivo federal, los anteproyectos de leyes y disposiciones administrativas de carácter general a que se refiere el artículo 4 de la ley federal de procedimiento administrativo, salvo que se determine a juicio de la consejería o la comisión federal de mejora regulatoria, según sea el caso, que su publicación puede comprometer los efectos que se pretendan lograr con la disposición o se trate de situaciones de emergencia, de conformidad con esa ley."

Para el Poder Judicial el artículo 8 obliga a publicar las sentencias que ya hayan causado estado, éste señala lo siguiente:

"Artículo 8. El Poder Judicial de la Federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria; las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales."

Esto es sin duda un nuevo enfoque que asegura el acceso a la información, y que esta acorde con prácticas realizadas en otros países.

El procedimiento establecido en la Ley en su Capítulo III, es relativamente sencillo, existen veinte días hábiles para recibir la notificación de que la información es pública o no, para que dentro de un plazo no mayor a diez días, la Unidad de Enlace entregue la información, si se encuentra como información no clasificada (art. 44). En caso de una negación, podrá interponer un recurso de revisión ante el IFAI, dentro de los 15 días posteriores a la notificación negativa. Este Instituto tiene 50 días hábiles para emitir una resolución ante el recurso. La resolución será definitiva respecto a las autoridades, no así para el actor ya que puede interponer un juicio de amparo ante la resolución no favorable. Al respecto la Administración Pública Federal han presentado ocho amparos, de los cuales se han resuelto seis y todos en

sentido favorable al IFAI, sin contar seis amparos que fueron desechados por ser considerados notoriamente improcedentes.

2.4 LEYES ESTATALES DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Es un hecho que la tendencia en el mundo, es realizar leyes con contrastes democráticos como las de acceso a la información, situación en la que México se encuentra en una muy buena posición ya que poseen en la mayoría de los estados de la Republica una ley sobre la materia. Algunas de ellas son sobresalientes por la creación de nuevas instituciones del Derecho de Acceso acorde con los parámetros internacionales, otras realmente no ofrecen seguridad jurídica para su cumplimiento. Actualmente se han aprobado 28 leyes estatales, inclusive 26 municipios ya cuentan con reglamentos que regulan el acceso.

2.4.1 ORGANOS REVISORES ESTATALES

Analizando las diferentes leyes de acceso a la información publica que tienen los estados, podemos decir que algunas contemplan la creación de un organismo revisor que funge como la autoridad ultima en las decisiones de acceso a la información, claro que siempre los órganos jurisdiccionales decidirán acerca de violaciones que se pueda cometer acerca de derechos consagrados en la Constitución; otras leyes no crean ningún organismo.

Dentro de las leyes en donde no se crea algún organismo revisor, esta la Ley de Transparencia e Información Publica del Estado de Aguascalientes en la cual el articulo 14 estipula:

“Articulo 19. Los dictámenes que nieguen o limiten el acceso a la información emanadas de una autoridad en el desempeño de sus atribuciones pueden ser impugnadas mediante recurso de revisión, el cual se interpondrá por el solicitante y se substanciara en los términos previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo del estado.”

En este mismo sentido la Ley de Transparencia e Información de Jalisco, establece:

"Artículo 19. El recurso de revisión debe interponerse ante el superior jerárquico del servidor que emitió la resolución impugnada, dentro del plazo de veinte días hábiles contados a partir del día siguiente en que la resolución se notifique o se haga del conocimiento del o los interesados, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo del estado de Jalisco y sus Municipios."

Sin embargo existen legislaciones locales que si le dan certidumbre al Derecho de Acceso a la Información Pública creando organismos revisores ya sea denominándolos institutos o comisiones pero con características muy similares. Podemos mencionar sobre este punto a la Ley respectiva de la materia del estado de Colima que menciona:

"Artículo 35. Como órgano de autoridad, promoción, difusión e investigación sobre el derecho de acceso a la información pública, se crea la Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública como autoridad encargada de la promoción, difusión e investigación sobre el derecho de acceso a la información pública con carácter de organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios y autonomía de operación y de decisión."

En la misma dirección la Ley de acceso a la Información de Durango estipula:

"Artículo 38. Como ente público de autoridad, promoción, difusión e investigación sobre el derecho de acceso a la información pública, se crea un organismo con autonomía patrimonial, de operación y decisión que se denominan Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública"

De igual manera el estado de Michoacán crea la Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública señalando en el artículo 39 de su ley de acceso:

"Artículo 39. Como órgano de decisión, autoridad, promoción difusión e investigación sobre el derecho de acceso a la información pública del estado de Michoacán como un organismo con autonomía patrimonial, de operación y de decisión, integrado por 3 comisionados de los cuales uno será presidente."

Asimismo se encuentran en una vertiente similar las comisiones creadas por los Estados de Nuevo León (Art. 21), San Luis Potosí (Art. 42) y Sinaloa (Art.37).

Con la denominación de Instituto de Acceso a la Información Pública, la ley de la materia del estado de Guanajuato con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Todos estos organismos cuentan con una autonomía relativa en relación a sus decisiones, ya que la designación de los comisionados son designados o propuestos por el ejecutivo local, además de ser organismos desconcentrados pertenecientes a la administración pública local.

Consideramos muy acertado las designaciones que hacen las leyes de Querétaro y Morelos a su Comisión e Instituto respectivamente de acceso a la información pública, ya que las elevan a rango constitucional. En Querétaro la Comisión estatal de Información Gubernamental es un organismo constitucional autónomo (Art. 29); y en Morelos el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística (IMIPE), es un órgano constitucional autónomo de acuerdo con lo previsto en el artículo 23-A de su Constitución Política.

2.4.2. SUJETOS ACTIVOS DENTRO DE LAS LEYES ESTATALES

En las leyes que actualmente han sido promulgadas por los diversos estados contemplan una legitimación activa en donde no es necesario acreditar interés alguno como derechos subjetivos, interés legítimo, o razones que hagan necesario motivar su pedimento, claro está que en los casos de habeas data o información personal si será necesario acreditar ser el interesado, ya que esta información es intransferible.

Algo que se mencionó anteriormente es la restricción al ejercicio del derecho de acceso a la información pública que realizan algunas legislaciones locales a los **no ciudadanos mexicanos** en materia política, es decir la legitimación activa es restrictiva para los menores de edad y para los extranjeros; esta situación consideramos muy desfavorable para garantizar este derecho en nuestro país.

Dentro de las leyes que adoptan este criterio se encuentran la Ley de Sinaloa (Art. 3), la de Michoacán (Art. 3), la del Distrito Federal (Art. 8), la de Durango (Art. 6), la de Querétaro (Art. 4); todas estas leyes restringen el derecho en mención, con un enunciado normativo similar, el cual en todos los casos es en este sentido: ***“En materia política solo podrán hacer uso de este derecho los ciudadanos mexicanos”***.

2.4.3 SUJETOS OBLIGADOS POR LAS LEYES

Las diversas legislaciones estatales obligan a las autoridades pertenecientes a la administración pública local para resolver las solicitudes de acceso a información en posesión de su administración. Así también se regula el acceso a los poderes legislativo y judicial local.

Otros sujetos obligados son los municipios comprendiendo toda su administración incluyendo el ayuntamiento y la presidencia municipal, así como entidades paramunicipales. Igualmente los órganos autónomos previstos en sus diversas constituciones estatales.

Anteriormente se habló de considerar a los partidos políticos como sujetos obligados a proporcionar información de carácter público, y de las finalidades que esto persigue en la construcción de una democracia como en el caso de México. Afortunadamente en las leyes estatales ya contemplan algo al respecto; entre las leyes estatales que si los incorporan en su articulado como sujetos obligados (a los partidos políticos) se encuentran las de Sinaloa, Coahuila, Michoacán, Morelos (parcialmente porque no los menciona expresamente, pero se colige por los términos en que fue redactada la hipótesis normativa correspondiente), San Luis Potosí se encuentra en proceso de reforma de la normativa vigente.

2.4.4. RECURSOS QUE CONTEMPLAN LAS LEYES

Ahora analizaremos los dos diferentes recursos que contemplan las leyes de acceso a la información en los estados de la República Mexicana. Existen los recursos de inconformidad y el de revisión dentro de la legislación

nacional, aunque con diferente procedimiento dependiendo la ley que lo contemple.

Dentro de la Ley de la materia en el estado de Aguascalientes, observamos que el recurso de revisión será interpuesto en términos de la Ley del Procedimiento Administrativo del estado. Así también es optativo agotar primero el recurso de revisión o promover juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para el estado. La resolución del recurso de revisión es impugnada ante el mismo tribunal mencionado (Art. 19, 20, 21 Ley de Transparencia e Información Pública del estado de Aguascalientes).

En el estado de Colima la Ley de Transparencia e Información Pública del estado de Colima contempla los recursos de inconformidad y de revisión. El de inconformidad se interpone ante el titular de la dependencia que negó el acceso a la información (art42) en un plazo de diez días hábiles posteriores al surgimiento de los efectos de la notificación del acto impugnado. El titular de la entidad pública emitirá la resolución en un término no mayor de diez días hábiles, contados a partir del día en que emitió su informe justificado (Art. 43).

Contra esta resolución que pone fin al recurso de inconformidad podrá interponerse el recurso de revisión ante la Comisión Estatal, para que el Acceso a la Información Pública, con las formalidades que regula el anterior recurso. Las resoluciones de esta Comisión son definitivas para las autoridades; los particulares tendrán la protección federal de sus derechos.

En el Distrito Federal de acuerdo con la Ley de Transparencia e Información Pública del Distrito Federal, podrá interponerse el recurso de inconformidad ante:

- A. A la Contraloría General en el ámbito de la administración pública local;
- B. Al consejo de la Judicatura, en la competencia del Órgano Judicial del Distrito Federal
- C. A la Contraloría General de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el ámbito de su competencia;
- D. A los órganos de control interno de los órganos autónomos por ley.

Deberá imponerse dentro de los quince días hábiles, en que haya sido notificado el auto o resolución impugnada (Art. 69) En plazo de diez días hábiles después de la admisión de el recurso y si las pruebas fueron desahogadas debe emitir la autoridad la resolución correspondiente (Art. 70).

La resolución de los órganos de control será definitiva para los entes públicos; los particulares podrán impugnar ante autoridad federal (Art. 74).

Esta Ley desgraciadamente es desafortunada en muchos aspectos, uno de ellos es la técnica jurídica ya que en el capítulo segundo, relativo a los recursos, nos indica por primera vez quienes son los órganos de control, órganos que deben aparecer en un apartado o en un capítulo exclusivo para que se determinen cuales son las funciones en materia de acceso a la información. Otro aspecto es que el Consejo que se crea sobre la materia, no tiene atribuciones para emitir resoluciones definitivas, tan solo para emitir recomendaciones, desaprovechando una valiosa oportunidad para crear un verdadero órgano de control independiente.

En Durango la Ley de Acceso a la Información del estado de Durango, prevé el recurso de inconformidad y el revisión. El recurso de inconformidad se interpone ante el titular del ente público que niega la fecha o la información solicitada dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de notificación. La resolución será emitida por la misma autoridad en máximo quince días posteriores a la fecha en que se inconforma el particular.

Esta resolución que pone fin al recurso de inconformidad podrá ser impugnada con el recurso de revisión ante la Comisión para que revoque, confirme o modifique dicha resolución (Art. 58); las resoluciones de la Comisión serán definitivas (Art. 57).

En el estado de Guanajuato la Ley de Acceso a la Información Pública para el estado y los municipios de Guanajuato, contempla los recursos de inconformidad y de revisión. Así pues, contra las resoluciones que nieguen el acceso a la información o cuando no haya sido proporcionado en los plazos correspondientes podrá interponerse el recurso de inconformidad ante el director general del instituto de Acceso a la Información Pública, a los quince días posteriores a la notificación del acto impugnado o configuración de la negativa ficta. El director pedirá se rinda el informe justificado a la Unidad de Enlace que negó el acceso. Rendido el informe tendrá diez días hábiles siguientes para emitir resolución.

Contra esta resolución que pone fin al recurso de inconformidad puede interponerse el recurso de revisión ante el propio director pero en esta ocasión

resolverá el Consejo General del Instituto (Art. 50), este deberá interponerse dentro de los diez días hábiles siguientes de la resolución. Admitido el recurso el Consejo General trabajara como un órgano colegiado en donde uno de sus integrantes será el ponente, este realizara el proyecto de resolución en un plazo de diez días que se someterá al pleno y resolverá en igual términos.

En el estado de Michoacán de Ocampo su Ley de Acceso a la Información, en su parte correspondiente señala que el recurso de inconformidad se interpone ante el titular de la dependencia que emitió la resolución que negó el acceso (Art. 46). Deberá interponerse dentro de los diez días hábiles posteriores a la notificación. La autoridad competente estará obligada a resolver en un máximo de diez días hábiles; esta resolución podrá ser confirmada, modificada o revocada (Art. 52). Esta ultima resolución es impugnabile a través del recurso de revisión presentándolo ante la Comisión con las formalidades y características del recurso de inconformidad. Las resoluciones que emita la Comisión serán definitivas para las autoridades.

En términos similares la Ley de Acceso a la Información Publica del estado de Sinaloa, dispone que el recurso de inconformidad se interpone ante titular de la entidad publica que negó la información (Art. 44). La autoridad emitirá resolución en plazo no mayor a diez días hábiles a partir de la fecha en que se registro la promoción (Art.45). el plazo para interponer este recurso es diez días hábiles posteriores a al surgimiento de los efectos de la notificación. Ante la resolución que ponga fin al recurso de inconformidad podrá interponerse el recurso de revisión ante la Comisión, siguiendo lo previsto para el anterior recurso (Art. 55). Las resoluciones emitidas por la Comisión serán definitivas.

En todos los casos mencionados se podrá hacer valer los medios jurídicos necesarios para garantizar los derechos establecidos en nuestra constitución ante los Órganos Jurisdiccionales a favor de los particulares.

2.4.5. INFORMACIÓN CLASIFICADA

Otro aspecto relevante es el relacionado con la informaron clasificada y su tiempo de reserva. Del primer caso es casi un consenso que las leyes consideran como información clasificada la que pueda vulnerar la seguridad

del estado y la seguridad pública, o la salud, así como la que comprometa la investigación de algún delito, además de diferentes tipos de información acerca de la gestión administrativa. También dentro de este rubro se encuentra la que se debe proteger frente a terceros por contener datos personales.

La mayoría de las locales establecen como plazo en que la información debe estar fuera de acceso público es el de doce años. Dentro de este criterio se encuentran las leyes de Aguascalientes que señala además un plazo de cinco años adicionales vencido el primero. Las leyes de Durango, Colima, San Luis Potosí y Sinaloa también establecen un periodo de doce años. La ley de la materia de Michoacán aclara que el primer periodo de clasificación es de doce años y nunca podrá prorrogarse de tal manera que rebase veinticuatro años. En Querétaro el plazo no deberá rebasar doce años.

En el Distrito Federal obliga a no rebasar veinte años en la clasificación de documentos públicos, siendo el primer plazo de diez años. En Guanajuato es de catorce años. En el estado de Morelos es el tiempo de reserva es más prudente ya que para la información correspondiente al Poder Legislativo el plazo de cuatro años, para el resto de la información gubernamental es de siete años, con una única ampliación por un tiempo igual.

En todos los casos mencionados la información será siempre accesible antes del plazo si dejan de existir las circunstancias que motivaron la clasificación.

2.4.6. MEDIDAS DE TRANSPARENCIA

Por otra parte, el tema de la obligación de transparentar el gobierno es muy importante ya que mostrar o poner a disposición pública determinada información de las actividades del mismo gobierno. Poner a disposición de las personas este tipo de información conlleva beneficios económicos y de credibilidad, ya que del primero genera disminución de costos al ser reducidas las solicitudes de acceso a la información, junto con el procedimiento completo que pudiese llevar, claro que este factor depende de la cantidad de información que puede ponerse a disposición sin mediar una solicitud, en otras palabras, entre más transparencia de un gobierno, menor solicitudes de acceso, por lo

tanto reducción de costos y tiempo para cualquiera de los poderes que constituyen el gobierno. El segundo beneficio se relaciona a la confianza que tendrá el particular con las actividades del gobierno, esto se podrá manifestar socialmente y culturalmente desarrollándose una formación de transparencia sin temor de preguntar de las cosas publicas al gobierno. Así de esta manera las legislaciones estatales de la materia contemplan la figura de “transparencia”. Un caso contrario se presenta con la Ley de Jalisco que no obliga a transparentarse de manera eficaz al gobierno y lo deja como una posibilidad el uso de medios masivos, de esta manera su articulo 6 dispone:

“Las autoridades a que se hace referencia en la presente Ley, además de hacerlo por los medios oficiales, pueden hacer del conocimiento publico, a través de publicaciones, folletos, periódicos murales, red de información mundial conocida como Internet o cualquier otro medio de comunicación, la información siguiente...”

En esta condición deja la decisión de transparentar a las autoridades gubernamentales haciendo más amplio el margen discrecional dejando al particular la vía de solicitar por medio del derecho de acceso, la información que desea conocer. La transparencia es una característica de las democracias modernas y desarrolladas, que es muy necesaria en democracias emergentes como la de nuestro país, sobre todo en lo referente a la utilización de recursos del erario publico por parte del gobierno, como por ejemplo en las partidas presupuéstales. El derecho de acceso a la información publica fomenta la transparencia ya que están sumamente vinculadas, ya que a mayor transparencia mas evidente la voluntad del gobierno por no esconder nada, y sin esta voluntad no es posible ejercer el acceso a la información. En este sentido, se esta logrando un avance considerable en cuestión de transparencia gubernamental y acceso a la información publico al aprobarse mas de 23 legislaciones locales sobre la materia, con sus características particulares de las que sobresalen la del estado de Sinaloa, Michoacán y el caso paradigmático de Morelos que sin duda tiene una de las mejores leyes de acceso en México, pero no se ha implementado tal cual, por falta de voluntad del gobierno para no transparentarse, ya que le asigno tan solo tres millones de pesos para el presupuesto del IMIPE.

De ello resulta admitir que México cuenta con la mayor cantidad de leyes de acceso a la información en Latinoamérica, y con gran profundidad algunas de ellas. En cuestión de textos normativos que tutelen el derecho que estamos tratando, nuestro país es sin duda uno de los más innovadores en América, pero en el aspecto fáctico, es decir en la implementación de las diversas leyes locales falta bastante por realizar, ya que aun existen impedimentos para un ejercicio libre y democrático, como son las comisiones o institutos reguladores de este derecho y su autonomía plena del poder ejecutivo estatal, por lo que la tarea asignada ahora a los estados es la real implementación de sus leyes de acceso.

CAPITULO III

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN REGÍMENES DEMOCRATICOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

3.1 EUROPA

3.1.1 ESPAÑA

España pasó en los años finales de la década de los setenta un proceso de reestructuración política en donde la democratización fue un tema a tratar por la urgencia de legitimación del poder político después de la muerte del presidente Francisco Franco. En 1978 se aprobó una nueva Constitución mucho más amplia en el reconocimiento de derechos de los ciudadanos frente al Estado.

Por una parte el artículo 20 constitucional establece el Derecho a la Información, que en su parte conducente prescribe:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho cláusula de conciencia y el secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

De lo anterior se induce el derecho protegido por la norma constitucional a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Dentro del Derecho a la Información y las libertades de expresión, se encuentra el Derecho de Acceso a la Información Pública. La Constitución española en su artículo 105 lo contempla dicho derecho señala lo siguiente

“ARTICULO 105. La ley regulará:

- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

Sin embargo el establecer este precepto constitucionalmente, ocasionó problemas ya que éste no se encuentra en la parte dogmática de la Constitución que conforma el título primero, en donde se establece los derechos fundamentales, sino que se encuentra en su parte orgánica, en el título cuarto para ser precisos, relativa al gobierno y la administración, por lo que la jurisprudencia lo ha considerado como “carente de naturaleza jurídica de derecho fundamental, de esta manera no habría oportunidad de acudir vía de amparo para la tutela jurisdiccional.”³⁹

Tuvieron que pasar mas de catorce años para que este mandato constitucional se respetara, así el 26 de noviembre de 1992, el legislador español incluyo por primera vez el Derecho de Acceso a la Información Publica, dentro de la Ley del Procedimiento Común 30/1992 (de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común), en ella se define quienes son los sujetos obligados a proporcionar información, en cuyos supuestos se encuentran: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, y las entidades de derecho publico con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones publicas cuando ejerzan potestades administrativas. Cabe aclarar que esta Ley no es propiamente una ley en materia de acceso a la información publica, es tan solo un intento por configurar este derecho, ya que tan solo lo contempla el artículo 37 de la Ley dentro de 146 artículos que la conforman.

En cuanto a los sujetos que intervienen en este derecho podemos decir que existe una legitimación activa recaída en los ciudadanos españoles y personas que no lo sean, sin que medie un interés jurídico para ejercer dicho derecho, resultado de una interpretación sistemática del artículo primero de la Ley 30/1992 y del artículo 105 inciso b); este artículo primero de la ley en mención reconoce a las personas físicas o morales nacionales de uno de los estados que integran el espacio económico europeo, o que posean su

³⁹ Resolución SSS30,1,1989 (RJ 1989/405); 3.30.1999, (RJ 1999/3246), en FERNANDEZ RAMOS, Severiano, La Experiencia Europea en Materia de Transparencia Administrativa y Acceso a la Información, CONCHA CANTU Hugo A., LÓPEZ AYLLÓN Sergio Y TACHER EPELSTEIN Lucy, Transparentar al Estado: La Experiencia Mexicana de Acceso a la Información, 1ª reimp. UNAM, México, 2004, p. 260

domicilio en alguno de ellos, y a todas las personas que sean nacionales de algún estado que su vez reconozca el mismo derecho a los ciudadanos españoles.

Sobre los sujetos obligados o pasivos, presenta problemas poder determinarlos ya que su incorporación a la Ley del Procedimiento Administrativo no lo esclarece, y los órganos jurisdiccionales aun no han determinado un criterio, sin embargo podemos señalar que en el artículo segundo de la Ley en mención, se habla de las autoridades administrativas a las cuales es aplicable esta legislación, por lo que nosotros podemos interpretarlo en el sentido de que se extiende el derecho de acceso consagrado en esa misma Ley hacia esas autoridades que son las siguientes: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, y las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, cuando ejerzan potestades administrativas.

Para considerar que tipo de información puede ser accesible al público es necesario que concurren los siguientes supuestos: a) que la información se encuentre en documentos que formen un expediente; b) que este expediente obre en archivos administrativos y; c) que los expedientes correspondan a procedimientos terminados. En relación con estos requisitos se puede decir del primero, que la integración de un determinado documento a su respectivo expediente constituye una obligación de la administración pública; del segundo que dentro de las facultades discrecionales de la autoridad esta el que las unidades administrativas pueden conservar la documentación por casi tiempo indefinido antes de que pasen a archivo, por lo que puede resultar en que existan muchos problemas para que se satisfaga este requisito.

Sobre el procedimiento, este se inicia con una solicitud que deberá tener los siguientes requisitos del artículo 70: Nombre y apellidos de la persona que realiza la solicitud, o de quien le represente; medio preferente de comunicación de comunicación o lugar donde deba efectuarse la misma; petición concretada con claridad; lugar y fecha; firma del solicitante; órgano, centro o unidad administrativa a la que dirige la solicitud de información. Para el caso de extranjeros, señalara el número de pasaporte y su nacionalidad. Si es nacional

de un país miembro del Espacio Económico Europeo, con esto bastara, caso contrario además deberá estar su domicilio dentro del territorio que algunos de los estados miembros. En caso de la ausencia de algunos de los requisitos antes señalados puede causar la inadmisión de la solicitud.

Cuando la solicitud haya sido negada solo existe una vía jurídica para poder modificar la resolución que negó el acceso, y es a través del “recurso de alzada”, que es un recurso administrativo tramitado ante la misma autoridad administrativa, situación que poco garantiza este derecho.

En la parte relativa a las excepciones del libre acceso a la información el artículo 37 de esta Ley señala los supuestos en que se podrá negar el acceso y son:

1. Los que contenga información sobre las actuaciones del gobierno del Estado o de las Comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo;
2. Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado;
3. Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.
4. Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.
5. Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

En ese sentido el artículo 37 prescribe que se rigen por disposición específica los siguientes supuestos:

- a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas;
- b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes;
- c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral;
- d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública;
- e) El registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso este regulado por una Ley;

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las administraciones públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una asamblea legislativa de comunidad autónoma o de una corporación local.

g) La consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos.

En torno al plazo para proporcionar la información la Ley establece que la autoridad competente debe responder a la solicitud de información lo antes posible, y a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud.

De lo anterior, se desprende que la Ley es restrictiva en cuanto al Derecho de Acceso a la Información Pública en razón de que bloquea el acceso a documentos que contengan información relacionada con algunas de las materias que se señalan como excepciones, contradiciendo la Constitución española ya que ésta señala como excepción los casos que “afecte la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”, de lo anterior se infiere que si bien la información pública solicitada puede contener algunas de las materias que constituyen excepción dentro de la Ley 3071992, no basta que por este motivo se censure su acceso público, sino que además la transmisión, publicación o comunicación del documento pueda provocar un daño a los intereses que protege la Constitución en su artículo 105 frac. B.

Por otra parte España legisla sobre transferencia de información entre países que tengan un marco jurídico homologado en cierta medida al español, dentro de la orden 3543 del 2 de febrero de 1995, que “ aprueba la primera relación entre países con protección de datos de carácter personal equiparable a la española, a efectos de la transferencia internacional de datos, que en uno de los párrafos e la exposición de motivos dice: ‘Las legislaciones de los distintos países son heterogéneas y difícilmente comparables, por lo cual la relación que se aprueba por la presente orden debe integrarse por varias relaciones parciales, especificando de forma separada los países que proporcionan un nivel de protección equiparable al español, según se trate de ficheros de titularidad pública o de ficheros de titularidad privada.’”⁴⁰

⁴⁰ PIERINI Alicia y VALENTIN Lorences, op. cit. P. 78

Asimismo existe en España el Derecho de Acceso a la Información Pública sobre el medio ambiente que se remite a la Directiva sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente adoptada por el Consejo de Ministros de Medio Ambiente de la Unión Europea el 7 de junio de 1990. Esta Directiva prescribe la obligación de los estados miembros de la Unión Europea, a expedir leyes, reglamentos y demás disposiciones internas para que el cumplimiento de la misma resultase efectivo a partir del 31 de diciembre de 1992.

En diciembre 1995, se aprueba la Ley 38/1995 Sobre el Derecho de Acceso a la Información en Materia Ambiental, que fue motivada por el procedimiento de infracción que interpuso la Comisión Europea por falta de transposición de la Directiva 313/1990, en la Ley 30/1992 que contemplaba el acceso a la información ambiental de una manera poco afortunada. Por lo que el legislador se enfocó exclusivamente en corregir el error y se limitó a reproducir la Directiva en la nueva legislación que constituye la Ley 38/1995.

De lo que se sigue que en España no se han preocupado por realmente resolver el problema de acceso a la información, de hecho hay poca jurisprudencia al respecto y si muchas quejas ante el Defensor del Pueblo y otras instituciones similares, por lo que su régimen jurídico de acceso a la información es deficiente, en tanto que la Ley 30/1992 es insuficiente debido a que no contempla de manera adecuada la protección del derecho de acceso a la información, además la legislación no vislumbra una voluntad de real apertura, al contrario la censura; como pudimos observar; una ley de acceso a la información debe ser clara y precisa para que el ciudadano común pueda entenderla y a través de ésta ejercer sus derechos, situación que en España jurídicamente hablando no sucede, por lo que de ello resulta necesario admitir que no existe una disposición jurídica exclusiva sobre el derecho de acceso a la información pública, no hay un sistema de transparencia para la administración pública ni para los demás órganos que conforman el gobierno, la legislación actual es insuficiente, y es urgente la conformación de una comisión de acceso a la información pública.

3.1.2 FRANCIA

Los primeros años de la mitad del siglo XX, Francia vivió un endurecimiento de sus políticas acerca de militarismo y espionaje bajo el contexto que daba la Guerra Fría, como por ejemplo el 4 de junio de 1960 expedía una ley en donde endurecía el concepto de secreto de Estado y dotaba a las autoridades administrativas de facultades discrecionales y arbitrarias para determinar que información debía considerarse secretas y por ende fuera del acceso público.

La Constitución Francesa no contempla nada relativo a la protección del acceso a los documentos públicos debido a que ésta es conformada por la parte orgánica relativa a la conformación y facultades de los poderes del Estado, la parte relativa a los derechos fundamentales la conforma la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que contiene una disposición esencialmente fiscal pero con una clara tendencia de apertura al acceso público:

“Artículo 14. Los ciudadanos tienen derecho el derecho de comprobar por sí mismo o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, vigilar su empleo y determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.”

Sin embargo este país es de los primeros de Europa que legisla en materia de transparencia y publicidad de documentos públicos ya que en el 17 de julio de 1978 se aprueba la Ley núm. 78-753, que en su artículo primero dispone:

“El derecho de toda persona a la información esta garantizado...en lo que concierne a la libertad de acceso a documentos administrativos de carácter no nominativos. Son considerados como documentos administrativos: todos los expedientes, reportes, estudios, informes, actas, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas ministeriales que impliquen una interpretación de derecho positivo o una descripción de procedimientos administrativos, opiniones, con excepción de la opinión del Consejo del Estado en los Tribunales Administrativos, provisionales y decisiones escritas, registros sonoros o visuales, automatizados de información no nominativa.”

Para el cumplimiento de la Ley 78-753 se crea el órgano revisor denominada Comisión de Acceso a Documentos Administrativos (CADA), y su objeto consistía en recibir quejas administrativas, interpretar la ley, clasificar

como confidencial a la información que cumpla con las exigencias legales, sin embargo en este último punto, llegó a excederse al tener facultades demasiado discrecionales.

En relación con los sujetos activos la Ley les otorga la legitimación activa a cualquier persona, es decir no es necesario acreditar interés jurídico para solicitar acceder a determinado documento público, además de que podrían solicitarla ya sea una persona física o una moral. Según un estudio del CADA el porcentaje de solicitudes de acceso corresponde un 67 % las formuladas por personas físicas, un 30% por personas morales, y 3% por entidades públicas.⁴¹

Esta Ley contempla como sujetos obligados a la administración del Estado, a las colectividades de territoriales, a los establecimientos o entidades públicas, no importando si la información es de carácter administrativo, comercial o industrial. Además los alcances de esta Ley va más allá de los órganos de gobierno, al contemplar también como sujeto pasivo a entidades privadas que realizan un servicio público aun a pesar de que el desarrollo de esta misión no comporte ejercicio de potestades públicas. Para que el Consejo del Estado determine que entidad privada está sujeta a la Ley, determinará cuál es el objeto estatutario y la naturaleza de las actividades, así como de sus recursos y sus órganos de composición.

Esta Ley sería actualizada por la Ley 2000-321 del 12 de abril de 2000, en materia de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas. La finalidad de actualizar la Ley por este nuevo ordenamiento fue el de incorporar nuevos criterios de la Comisión y de nuevas tecnologías en relación a determinar que tipo de documentos están sujetos a esta Ley, ya que no importa están o no en de manera electrónica o si forma parte de un archivo.

Esta nueva legislación incorpora ciertas peculiaridades en torno a los documentos administrativos debido a que no sigue el criterio de la preexistencia del documento solicitado, ya que la administración puede extraer de diferente información de diversos archivos y crear uno nuevo con esta extracción y éste constituirá el objeto material de la solicitud. Además deja atrás el criterio de “no

⁴¹ Cfr. FERNANDEZ RAMOS, Severiano, op. cit. p. 263.

accesible el documento administrativo inacabado, conclusos preparatorios de decisión”.

Además sigue el lineamiento que realizó el Consejo del Estado según el cual determina que un documento es accesible si la naturaleza y régimen jurídico del mismo y de su generación lo determina y que excluye del acceso a la documentación relativa a las autoridades de carácter privado.

En relación con las excepciones, la Ley 78-753 en su artículo sexto determinaba como documentos clasificados a los que contengan las siguientes características:

- El secreto de las deliberaciones del gobierno y de las autoridades con un puesto relevante en el poder ejecutivo.
- El secreto de la defensa nacional y de la política exterior.
- La que intente desestabilizar de la emisión de moneda y el crédito público, la seguridad del Estado y la seguridad pública.
- La que dañe el desarrollo de procedimientos voluntarios en tribunales o las operaciones preliminares a dichos procedimientos.
- Los secretos de la vida privada, los expedientes personales y médicos.
- El secreto comercial e industrial.
- Los secretos protegidos por la ley.

Además protegía la información privada acerca de la tutela de la privacidad de terceros que integraba la noción misma de documentos administrativos comunicable ya que en principio serían únicamente los documentos “no nominativos”; para la CADA y la jurisprudencia, entienden el documento nominativo al que contuviese una apreciación o un juicio de valor sobre una persona física nominalmente designada o fácilmente identificable, así como el que el compartir información de orden personal o que hiciera referencia a al comportamiento de las personas físicas concretas y que existiera la posibilidad de que la divulgación podría causar algún daño.⁴²

⁴² Idem, p. 265.

Para la Ley 2000-321 los documentos que no son comunicables, tan solo al interesado son los que cuya divulgación pueda atentar el secreto de la vida privada, los que contengan una apreciación o juicio de valor sobre una persona física, nominativamente designada o de identificación fácil, y los que revelen el comportamiento de una persona y que la comunicación que pueda perjudicarlo. Para la CADA, la persona interesada no solo es la persona por la cual el documento fue elaborado, además considera que los documentos que contienen información personal como por ejemplo nombre completo, fecha de nacimiento, domicilio, no es motivo para denegar el acceso, tan solo entregando la información parcialmente, criterio que no adopto la Ley 2000-321.

La Ley 78-753 excluía a los documentos plasmados en ficheros informáticos que contuviesen información nominativa, cuyo acceso estaba regido por la Ley 78-17 relativa a la informática, sobre archivos y libertades, que otorgo a los ciudadanos franceses interesados el derecho a pedir información contenida en archivos informáticos de los servicios de inteligencia, como Seguridad Militar. Además regulo el derecho a rectificación de datos y la eliminación de datos que pudieran dañar la dignidad del titular de la información.

Esta situación cambia con la Ley 2000-321, ya que existía una incompatibilidad y un absurdo al determinar un régimen legal diferente, a una misma información pero con soportes diversos, es decir si una información se encuentra virtualmente o con soporte informativo correspondía aplicable la Ley 78-17, y si se encontraba en una forma tradicional como plasmado en papel, correspondía aplicable la Ley 78-753. Este cambio fue realizado en su artículo séptimo que prescribe que los documentos administrativos en soporte informático ya sea de carácter nominativo o no, será aplicable la Ley 78-753. De esta manera esta última ley contiene disposiciones que concentran la aplicación de la Derecho de Acceso, salvaguardando la protección de datos de la vida privada.

Otra de las aportaciones ya mencionadas anteriormente, de la Ley 2000-321 es la incorporación de tecnología para el procedimiento de acceso a los documentos públicos, ya que puede entregarse la información en un medio informático si este se encuentra de esta manera, además de permitir el uso de

Internet para facilitar la comunicación y el flujo de información, facilitando la tarea de recepción, archivación y comunicación de ésta, sin contar la reducción de costos para realizar dicha tarea y para el solicitante ya que otra aportación de la Ley es la gratuidad del servicio, solamente las reproducciones del documento son las que tienen un costo, que será determinado mediante Decreto y éste será de costo único aplicable para todas las dependencias del gobierno.

La Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), es una autoridad administrativa Independiente que vigila la correcta aplicación de la Ley 78-753, sus resoluciones no son vinculatorias y tan solo son recomendaciones que previa solicitud del particular emite, ante la posible inobservancia de la autoridad para el cumplimiento de garantizar el acceso; ante esto, la autoridad puede volver a examinar la solicitud y podrá cambiar su determinación, pero no esta obligado a volverla emitir en el sentido que le recomendó la CADA.

La CADA fue modificada en relación con su competencia por disposición de la Ley 2000-321 y fueron ampliadas ya que originalmente fue creada para conocer de las negativas de solicitud de acceso en el régimen de la Ley 78-753, y no de otros ordenamientos jurídicos, y actualmente esta facultada para conocer de otras leyes especiales, sin dejar pasar que esto contrae problemas de disparidad legal. De esta manera el artículo séptimo de la Ley 200-321 incorpora la competencia la CADA la competencia la CADA relación con el ordenamiento 79-19 relativo a Archivos, así le corresponde conocer de denegaciones de comunicación documentos públicos aplicables de los términos fijados en la Ley 79-18, además analiza las solicitudes negadas hacia los documentos que aun no cumplen el plazo legal de desclasificación dando prioridad a las hechas por investigadores con interés científico.

Asimismo existe otra comisión referente a la protección de datos en soporte informáticos denominada Comisión Nacional de Informática y de Libertades, declarando la forma en que se deberá desarrollar las relaciones entre la administración y el público respecto de los datos contenidos y referidos a personas físicas. "El primer artículo de la norma dice: 'La informática no debe atentar ni contra la libertad humana ni contra las libertades individuales o públicas'. La Comisión, además de ser la autoridad de aplicación y contralor del funcionamiento, puede reglamentar el ejercicio

en lo atinente a la forma de recolección de datos, conservación, transmisión y/o difusión de los mismos; supervisar, tiene la 'misión de investigar y controlar' (puede actuar por denuncia o de oficio); aplicar sanciones y dar información al público en general. Autoriza el acceso directo de todo individuo interesado a los registros, salvo que medien razones de defensa y seguridad nacional."⁴³

Cabe decir que Francia posee uno de los regímenes de acceso a la información administrativa más modernos de Europa, con más de veinticinco años de experiencia pero con contratiempos que aun obstaculizan el real acceso, pero que muestra efectividad si vemos el porcentaje de solicitudes que se han incrementado en los últimos años, tras las últimas reformas, esto habla de credibilidad de la población hacia la actividad de la CADA y de sus leyes. Sin embargo la propia CADA reconoce que la ordenación jurídica aun es imperfecta y falta por unificar las diferentes disposiciones legales especiales que fueron aprobadas posteriormente a las reformas de 2000 y las excepciones que siempre se encuentran de manera difusa y de la prioridad que se le da a la documentación que contiene información relacionada con "Seguridad Nacional". Así un porcentaje de 25% de las administraciones incumplen con la obligación de informar a la CADA del tratamiento y seguimiento que se le da al dictamen emitido por la Comisión.

De lo anterior podemos decir que Francia cuenta con instituciones de acceso a la información administrativa consolidadas como son un ente regulador independiente, que realiza un trabajo muy respetable, ya que si cuenta con independencia, pero que, sin embargo sus dictámenes no cuentan con la vinculación que se necesita, es decir no son obligatorias para las autoridades administrativas; además cuenta con una ley específica sobre la materia muy eficiente con las reformas de los últimos años, añadiendo que una buena parte de la ciudadanía francesa conoce y por lo tanto la utiliza cada vez más incrementando el número de solicitudes de acceso, así como los dictámenes favorables (que pasan 49.3% en 1999 a 56.3% en 2001) y esto es indicador del ejercicio del derecho en estudio.

⁴³ PIERINI, Alicia y LORENCES Valentín, op. cit. Pag. 77.

3.1.3 ITALIA

En Italia, el Derecho de Acceso a la Información Pública tiene escasos quince años de implantación por medio de una ley que lo regula concediéndole un espacio en su legislación, si bien no es una ley específica sobre la materia, pero es un primer indicio de apertura a los archivos administrativos.

Así, en 1990 se elaboró la Ley 241 del 7 de agosto, en materia de procedimiento administrativo y acceso a la información administrativa, en donde de forma conjunta se regulan el procedimiento administrativo y el del acceso a la información y se concentran en la mejora regulatoria de la administración pública para satisfacer las demandas justificadas de los ciudadanos italianos. La Ley en mención sería reformada por el Proyecto de Ley 1281 en el año de 2003.

Para el desempeño de la actividad concerniente a las autoridades, acerca del tema de garantizar este derecho se elaboró el Reglamento para la disciplina de las modalidades de ejercicio y de los casos de exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos, por decreto del 27 de junio de 1992 núm. 352, acorde con el mandato que establece el artículo 24.2 de la Ley 241-1990, que autoriza al gobierno para que dicte los decretos necesarios que regulen las diferentes modalidades de ejercer el derecho de acceso y sus correspondientes limitaciones.

Además la misma Ley dispone la obligación de cada administración pública de concretar a través de reglamentos los documentos que se encuentran fuera de alcance público (Art. 24.4), situación que actualmente no se cumple cabalmente, información arrojada en un estudio realizado por la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos que muestra que hasta el año 2000 solo el 37% del total de los municipios italianos habían mostrado el reglamento correspondiente, incluyendo los reglamentos no pertinentes.

Cabe señalar que en la jurisprudencia en los primeros años de vigencia de la Ley 241-1990, mantenía el criterio de falta de operatividad de la misma para garantizar el derecho de acceso, sin embargo sobresale el criterio prevaleciente que determina la apertura a los documentos administrativos cuando no haya reglamentación particular, excepto los casos que la misma Ley dispone.

En relación con los sujetos activos, estos tienen una legitimación activa ya que señala dicha disposición legal, que cualquier persona sin demostrar interés jurídico sobre el asunto puede solicitar el acceso, y esto la coloca dentro de la misma vertiente de las leyes europeas. Sin embargo como lo señala el artículo 22, marca el requisito de comprobación del interés legítimo en la tutela de “situaciones jurídicamente relevantes”, creando un problema acerca de la interpretación que debe darse al enunciado “situaciones jurídicamente relevantes” ya que es “una cuestión en extremo difícil de precisar apriorísticamente, y no exenta de las sutilezas jurídicas tan caras al ordenamiento italiano. Así, de acuerdo con la jurisprudencia, no es suficiente para ejercer el derecho de acceso el interés genérico de todo ciudadano en el control de la legalidad de la actividad de la administración pública, o el interés genérico en la transparencia o *buon andamento* de la administración. ”⁴⁴

Ahora bien el régimen jurídico italiano en materia de acceso a la información pública es relativamente obtuso ya que existe una posibilidad grande de que solicitud para poder ser satisfecha llegue ante un juez, con todos los costos que implica tanto de tiempo como económicos, ya que para el Consejo del Estado, el derecho de acceso no transforma a la administración pública en un gran banco de datos para que cualquier persona pueda acceder, y solo para casos en que se demuestre un interés jurídico relacionado con la información solicitada, que puede llegar perjudicar a su titular si éste no se entera de su contenido.

Estos criterios que delimitan y reducen la legitimación activa segmenta el verdadero alcance que puede desarrollar esta nueva institución y desmantela el control ciudadano que se debe ejercer dentro de toda democracia.

El Consejo del Estado, considera a la actividad periodística como una excepción al margen del trato que se les da a los ciudadanos, ya que estos pueden solicitar determinada información administrativa sin demostrar interés legítimo personal, pero si profesional debido a que la divulgación de esa información es de entes para la opinión pública.

Por otra parte, la Ley 241/1990, considera como sujetos pasivos a los entes públicos y los concesionarios de servicios públicos que conforman la Administración Pública (Art. 23.1), pero hubo un cambio de redacción dentro de

⁴⁴ Idem, p. 275.

la Ley 265 del 3 de agosto de 1999, en donde estipula que el ejercicio del Derecho de Acceso se vincula con las administraciones públicas, los entes públicos y los gestores de los servicios públicos y en general todos los órganos que conforman las diversas administraciones locales. De esta manera el Proyecto de Ley 1281 antes mencionado, califica expresamente que un principio general de la actividad administrativa es la accesibilidad de los documentos generados dentro de ella, por lo que esta regulación debe ser como nacional, teniendo facultades las regiones y entes locales para regular situaciones que necesitan una mayor tutela.

El concepto de gestores de los servicios públicos debemos entenderlo más amplio al de concesionarios que manejaba la Ley 24/1990, y justo en esta dirección debe tomarse la amplitud del derecho de acceso frente a intereses privados ya quien desarrolle una actividad de servicio público aun cuando su naturaleza jurídica se origine en el derecho privado al realizar esta actividad mencionada se somete al régimen jurídico público, motivo por el cual prevalecerá el derecho de acceso. Ahora bien debemos comprender el contexto que se vive en Europa ya que el capital privado está siendo invertido en empresas o sociedades de capital que anteriormente solo eran exclusivas al Estado, por lo que se están convirtiendo en empresas o compañías de capital mixto, por lo que al derecho de acceso solo se enfocará a la actividad que realiza este tipo de sociedades, y si ésta es de interés público tenderá a la injerencia.

Así mismo, Italia se ha preocupado por integrar la legislación general con la especial en materia de acceso a la información como puede mostrarse el margen de aplicación de la Ley 241/1990 que todo en lo que las leyes especiales no dispongan ésta será aplicable con relación a la ley 142/90.

Pasando a lo que constituye el documento administrativo la Ley 241/1990 en su artículo 22.2 considera que es “toda representación del contenido de actos, incluidos los internos producidos por la administración pública o, en todo caso utilizados a los fines de la actividad administrativa”. A partir de lo anterior, la jurisprudencia italiana resalta el carácter de disponibilidad de la información por parte de la administración pública, más que la producción de tales documentos o su origen ya que no importa si los produjo la misma administración o algún ente público o privado sino la disponibilidad de la administración sobre la información.

Sin embargo, existe un debate sobre la disponibilidad real que tiene una administración sobre información generada en otra diferente administración, ya que de acuerdo con el “principio de leal colaboración entre administraciones publicas” deberían auxiliarse en una función de autocontrol administrativo. También, como ya se menciona el problema que pudiera surgir a través de la actividad que concierne al derecho privado no excluye la aplicación de este derecho cuando la actividad sea de interés publico sin importar la naturaleza publica o privada.

El acceso esta restringido sobre los documentos administrativos preparatorios para determinado acto, que pudiera contraer perjuicio u obstaculización la comunicación de esta información, desgraciadamente la facultad de determinar esto es la propia autoridad dejando un gran margen de discrecionalidad aunque tendrá que motivar el acto de exclusión, no obstante contradice el “principio de taxatividad de las exclusiones por secretó”.

En efecto, la Ley 241/1990 no incorpora excepciones al derecho de acceso que no sean comunes, lo sobresaliente aquí es la potestad de las diferentes administraciones publica para determinar que información se excluye del acceso, ya que la CADA se ha esforzado para que se realicen los reglamentos donde se determine los diferentes documentos que no serán accesibles en relación a las hipótesis normativas que contiene la Ley y la correspondencia que tiene con los documentos, y no tan solo la denominación de reservados por parte de la autoridad. En todo caso, aquí opera el principio de “todo lo que no esta expresamente excluido, podrá ser accesible”.

En Italia el acceso a la información es gratuito y en caso de solicitar copias estas solo costaran el valor de su reproducción. La Ley no establece comunicar la información a través de soporte informático, ni mucho menos por medio de Internet, así como también del acceso parcial de un documento, sin embargo la jurisprudencia sobre este ultimo caso lo ha admitido. Además no restringe los fines de la información obtenida, como en el caso francés que esta prohibida para fines comerciales, en Italia no importa cual es el destino que se le quiera dar a pesar de tutelar “las situación jurídicas relevantes” ya que no puede haber un control a pesar de esto, lo sobresaliente es que el destino

puede ser comercial sin perjudicar ordenamientos y esferas jurídicas de terceros.

La Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA), es inspirada en la CADA francesa aunque no tiene las mismas facultades. Por disposición del artículo 27 de la Ley 241/1990 se crea esta Comisión para vigilar la función de la administración pública en materia de acceso a la información. Su vinculación con el gobierno es evidente al constituir la Comisión ocho miembros más el presidente y son de extracción política. Sus dictámenes no son de carácter definitivo para las autoridades y se usan como recomendaciones, el artículo 10.1 del Reglamento 352/1992 dispone que cuando sea requerida (la Comisión) emitirá un dictamen sobre cualquier acto relativo a la organización y al ejercicio del derecho de acceso, dictamen requerido por la administración pública o por el particular.

Actualmente en el procedimiento sobre la materia, el acto que niega la solicitud de acceso solo es impugnabile ante un órgano jurisdiccional, no existe una instancia contenciosa. Dentro de impugnar vía jurisdiccional o una vía extrajudicial. En esta vía extrajudicial las reformas que establece el Proyecto de Ley 1281, esta la potestad del particular de interviene la figura del Defensor Cívico en competencia local y en estatal la CADA, que solicitaran la confirmación o modificación del acto a la autoridad que negó en un plazo no mayor de 30 días, si pasado este termino no da respuesta se entiende como aceptado el acceso (figura de la positiva ficta). Así mismo por disposición de la Ley de 21 de julio de 2000, no es necesario que represente un abogado al particular dentro del procedimiento de la Ley 231/1990 teniendo repercusiones económicas al interesado.

Por ultimo cabe decir que Italia contiene un régimen jurídico en materia de acceso a la información pública, si bien su legislación contiene imprecisiones de compatibilidad con algunas otras disposiciones, pueden ser reducidas mediante reformas que están en marcha. Un punto débil es que no cuenta con un ente regulador que tenga fuerza para cumplir el ejercicio del derecho de acceso a través de resoluciones definitivas para las autoridades, situación que el CADA italiano no puede garantizar. Sin embargo muestra disposición para actuar como autoridad reguladora al emitir diversas directrices y máximas a través de sus dictámenes; sin duda las reformas que introduciría el Proyecto de

Ley 1281 respecto a la Comisión le otorgarían mayor fuerza para garantizar la transparencia y el acceso a la información, de ser así Italia tendrá una mejor situación política acorde con las exigencias internacionales.

3.2 AMERICA DEL NORTE

3.2.1 ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Los Estados Unidos de América es un estado que tiene dos vertientes acerca del Derecho de Acceso, ya que por una parte fue uno de los primeros países en debatir al respecto de los beneficios de la apertura informativa, pero por otra, su practica ha defendido la secrecía como una política de defensa nacional.

Si bien dentro de la Primera Enmienda no se establece de manera especifica el derecho o libertad de acceder a la información publica se podría deducir de una interpretación de la libertad de expresión consagrada en ella. Actualmente sabemos que el Derecho de Acceso no se deriva de la Libertad de Expresión sino del Derecho a la Información, pero ante el vacío legal puede justificarse si se interpreta de la Libertad de Expresión. De esta manera la Primera Enmienda señala lo siguiente:

“I. El Congreso no dictara Ley alguna respecto al establecimiento de una religión o que prohíba el libre ejercicio de ella; o que restrinja la libertad de palabra o de la prensa; o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para pedir al gobierno la corrección de agravios.”

En 1965 el magistrado Brennan declara en resolución que “...lo cierto es que la Primera Enmienda no contiene ninguna garantía especifica al acceso a las publicaciones. Sin embargo la protección que otorgan los derechos individuales va mas allá de las garantías especificas y protege de la intromisión por parte del Congreso aquellos derechos personales igualmente fundamentales que son necesarios para dar su cabal significado a las garantías expresas”⁴⁵

⁴⁵ Caso Lamont vs Postmaster General, 381, U.S. 301, 307.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos queda muy bien posicionado como poderío económico y militar, e inicio junto con la Unión Soviética la llamada Guerra Fría, en la que una de las características de esta guerra era el espionaje, por lo que la información de Estado era una pieza fundamental que tuvieron que proteger a toda costa.

Así, inmediatamente después de terminada la Segunda Guerra, los Estados Unidos a través de su Congreso aprobó la Ley de Procedimientos Administrativos, en la que se refería el acceso a la información generada por las oficinas de gobierno. Con fundamento en la Sección 3 de dicha ley, la información podía negarse cuando esta fuera un secreto necesario para el interés público o cuando exista una razón para su confidencialidad; para solicitar esta información se necesitaba acreditar interés legítimo.

En la practica esta ley resultaba un herramienta adicional para mantener una política de secrecia, ya que era ambigua en sus conceptos y la regla general era la negación del información.

La ley que determino el acceso a la información en un ordenamiento jurídico específico fue la Ley de Libertad de Información (Freedom of Information Act [FOIA]), firmada el 4 de julio de 1966 por el presidente Johnson que fue la primera legislación federal que tutelaba el conocimiento de los ciudadanos de las actividades del gobierno. La poca voluntad de abrir los archivos del gobierno a pesar de realizar una ley sobre la materia, se ve reflejada en la declaración del presidente Johnson al firmar la aprobación de la FOIA que afirmo “de ningún modo esta Ley menoscaba la facultad que la Constitución otorga al presidente en cuanto a la confidencialidad, cuando el interés de la nación así lo requiere”.

Así la Freedom of Information Act (FOIA), sancionada como “public law” (ley publica) el 4 de julio de 1965, fue la primera ley en establecer un derecho jurídico de acceso a la información gubernamental, sujeta a ciertas exenciones estatutarias; fue enmendada en 1974, 1976, 1986, 1996. Aunque la Ley de Libertad de Información es la más conocida de tales provisiones, cada uno de los cincuenta estados cuenta con algún estatuto de libertad de información que se aplica a algunos documentos y registros gubernamentales.

Para los Estados Unidos la separación de poderes establecida en leyes y reglamentaciones, imponen los requisitos generales de procedimiento a todas

las agencias y tribunales del gobierno para asegurar que las acciones gubernamentales se conduzcan de una manera imparcial y uniforme y a la luz del escrutinio público. Esta consistencia y transparencia de los procedimientos públicos es un componente clave de la autorregulación del gobierno. En materia de transparencia la Ley federal de Libertad de Información requiere que algunos tipos de documentos estén disponibles sin necesidad de solicitarlos, y se coloquen en salones públicos de lectura. Tales documentos incluyen las reglas y regulaciones de los departamentos y las agencias del gobierno, las opiniones finales que resuelven procedimientos administrativos realizados por las agencias, y guías y manuales relevantes que afectan directamente a personas del público. Mediante este requerimiento, el Congreso procuró evitar que los funcionarios federales apliquen una "ley secreta", y garantizar que cualquier persona pueda examinar las normas que controlan el ejercicio del poder público de esos funcionarios. Como mínimo, el imperio del derecho requiere tener acceso a las normas aplicadas por los funcionarios gubernamentales. Si las normas legales han de restringir la discreción oficial, esas normas deben conocerse. En ausencia del conocimiento de estas normas, es difícil creer que puedan limitar de modo significativo el poder de los funcionarios públicos.

El ámbito de aplicación de esta Ley es para toda la Administración Pública Federal, por lo que no contempla el acceso a la información del Congreso, de las Cortes Federales, así como al personal ejecutivo de oficinas y al principal jefe del personal de la Casa Blanca y a otros quienes sus funciones son únicamente de aconsejar y asistir al presidente. " La norma se refiere concretamente a agencias gubernamentales, pero resultan comprendidas las oficinas todo departamento ejecutivo, militar, empresa estatal o similar (entendidas en forma amplia) y también agencias regulatorias independientes."⁴⁶

El objeto material del acceso a los documentos públicos dentro de la Ley de Libertad de Información lo constituye los registros públicos que la propia Ley los define como:

⁴⁶ PIERINI, Alicia y LORENCES Valentín, op. cit. p.83.

"Registro y cualquier otro término utilizado en la presente sección con referencia a información incluye a toda información que se considerase un registro de la dependencia sujeto a los requisitos de la presente sección cuando este estuviese mantenido por la dependencia en cualquier formato, inclusive el electrónico".

Asimismo la FOIA obliga a las dependencias gubernamentales a:

"(1) Cada dependencia deberá establecer por separado y publicar de modo actualizado en el Registro Federal para guía del público:

(A) Las descripciones de su organización central y de campo y los lugares establecidos, los empleados (en caso de servicios uniformados: los miembros) y los métodos por los cuales el público puede obtener información, presentar documentos o peticiones, u obtener decisiones;

(B) Las declaraciones sobre el curso y método general como sus funciones se canalizan y determinan, incluyendo la naturaleza y los requisitos de todos los procedimientos formales e informales disponibles;

(C) La reglamentación de los procedimientos, la descripción de los formularios disponibles o los lugares en lo que éstos pueden ser obtenidos y las instrucciones sobre el alcance y el contenido de todos los documentos, informes o exámenes;

(D) Las regulaciones sustantivas de aplicabilidad general adoptadas en sujeción a la ley y las declaraciones de políticas generales o interpretaciones de aplicabilidad general elaboradas y adoptadas por la dependencia; y

(E) Toda modificación, revisión o revocatoria de todo lo anterior."

Además de ser una herramienta para los ciudadanos ayuda al balance de poderes del estado ya que el Congreso recibía informes periódicos sobre determinadas actividades del Ejecutivo y como bien apunta la maestra Pierini: "implico (la ley) para los ciudadanos el conocimiento directo y personal de los archivos, pero fundamentalmente, debido a los informes anuales que las distintas oficinas deben enviar, posibilito el control parlamentario, que resulta esencial para el equilibrio de poderes y para evitar que el Congreso se transforme en un mero espectador y continuo solicitante de informes, de los cuales solo recibirá respuesta en tanto y en cuanto los mismos no afecten los intereses del Ejecutivo...brindo una potestad investigativa muy importante al Congreso de los Estados Unidos, otorgando a todos los legisladores la posibilidad directa de recibir informes anuales, pero, además, de requerir información concreta y realizar investigaciones generales, con los únicos

limites impuestos en la ley, fortaleciendo así la facultad de control de los representantes del pueblo.”⁴⁷

Dentro del procedimiento genérico la FOIA otorga prontitud para la contestación de las autoridades que tendrán que hacerlo dentro de veinte días. Los costos del servicio son incluidos dentro de la respuesta de la agencia, sin incluir los costos que se generen para las copias que el solicitante requiera y que corren a cargo de él. Al respecto la Ley de Libertad de Información prescribe:

“(4)(A)(i) Para poder cumplir con las provisiones de la presente sección, cada dependencia deberá, una vez hecha notificación pública y recibidos los comentarios y sugerencias públicas, promulgar las regulaciones que especifiquen una lista de tarifas aplicables para el procesamiento de solicitudes hechas bajo los términos de la presente sección y establezcan los procedimientos y guías para la determinación de las circunstancias bajo las cuales estos cobros debiesen pasarse por alto o reducirse. Esta lista deberá conformarse a las guías y principios que el Director de la Oficina de Administración y Presupuesto deberá promulgar, una vez hecha notificación pública y recibidos los comentarios y sugerencias públicas, que dé como resultado una lista uniforme de cobros para todas las dependencias.”

Una vez que la Agencia recibe la solicitud la registra como “apropiada”, la propia FOIA señala:

“(3)(A) A excepción de los registros hechos públicos bajos los términos de los artículos (1) y (2) de la presente subsección cada dependencia, al recibir la solicitud de registros que (i) describiese los mismos de manera razonable y (ii) estuviese elaborada en concordancia con la reglamentación publicada que estipula el tiempo, el lugar y la tarifa (si los hubiera) y los procedimientos a seguir, deberá poner los registros a disposición de cualquier persona rápidamente...

(iii) Los documentos pedidos deberán ser presentados sin cargo alguno o a un costo reducido por debajo de los cobros establecidos en la cláusula (ii) si la revelación de la información pedida fuese de interés público porque probablemente contribuya significativamente al entendimiento público del funcionamiento y actividades del gobierno y no fuese principalmente de interés comercial del solicitante.

⁴⁷ Idem, p. 83

(iv) Las listas de tarifas deberán ser tales que prevean la recuperación únicamente de los costos directos incurridos en la búsqueda, duplicación o revisión. Los costos de revisión deberán incluir sólo los costos directos incurridos durante el examen inicial de un documento con el fin de determinar si este documento debiese ser revelado bajo los términos de la presente sección y para propósitos de retención de cualquier parte que estuviese exenta de revelación bajo las estipulaciones de la presente sección.”

A continuación, crea un archivo del caso delimita la misma y le da respuesta inicial (ejem. Acuse de recibo); Hecho lo anterior se recupera los registros, que consiste en a) buscar los registros de respuesta, b) solicita los registros, c) duplica los registros. Posteriormente prepara los registros para liberarlos consistente en elaborar redacciones, aplica códigos de exención y calcula la cuota correspondiente por el servicio. En su fase final la Agencia aprueba la liberación de los registros si se da el caso, ya que analiza y revisa los registros redactados, genera la respuesta y aprueba la liberación de los documentos, para que puedan ser entregados al solicitante.⁴⁸

Dentro de las excepciones que señala la FOIA, se establecen como información excluida del acceso público a la que este relacionada con la seguridad nacional, política exterior, cubierta por una orden ejecutiva, exceptuada por otra ley; la relativa a secretos comerciales, personales, médicos u otros cuya revelación constituirá una intromisión claramente injustificada de la privacidad personal. Además se encuentran en esta situación los documentos sobre investigación de cumplimiento de la Ley y materiales sobre instituciones financieras y lo relativo a la ubicación, extensión y demás información a los pozos petroleros.

Particularmente, la primera excepción al acceso público es el relativo a la Seguridad Nacional que conste en registros de Agencia que razonablemente pudiera sospecharse como causa o motivo a dañar la seguridad nacional, y que pueden ser los registros que contengan: planes militares, información científica y tecnología que se relacione a seguridad nacional, además de los registros de la CIA.

Para la segunda exención se considera la información relacionada a reglas de personal interno y prácticas de la agencia. La tercera exclusión la

⁴⁸ www.usembassy-mexico.gov/bbf/bfdossierS_FOIA.htm

compone la información señalada por otras leyes que nieguen la comunicación de ésta.

La cuarta exención se refiere a la información de trabajo que consiste en la que contiene secretos comerciales, información financiera y confidencial obtenida por tercera persona, en este caso la carga de la prueba es a cargo de la Agencia que pretende negar la petición.

En relación a la quinta exención, es la relativa a la información interna del gobierno particularmente memorandums que son emitidos dentro de la agencia federal, que contienen comunicados confidenciales entre un abogado y su cliente o la compilada para la preparación de un juicio, así como también la que contenga recomendaciones y opiniones que den elementos para una toma de decisión gubernamental.

La séptima exención se refiere a la protección de datos personales y a la intimidad que pueden por ejemplo los archivos médicos, y archivos del personal del gobierno que pudiera vulnerar la esfera privada de estos.

Sobre la séptima exención se refiere a la investigación de para el cumplimiento de una ley, en donde se pueden dar los siguientes supuestos:

1. Interferir con el proceso de cumplimiento de una ley;
2. Privar a una persona del derecho de juicio justo o jurado imparcial;
3. Establecer una injustificable invasión de la privacidad personal.
4. Revelar la identidad confidencial de una fuente como el estado, la agencia local o extranjera o una institución privada que haya proporcionando información con base de la confidencialidad;
5. Poner en peligro la vida o seguridad física de un individuo;
6. Revelar investigaciones técnicas o procedimientos legales.

La carga de la prueba corre para la Agencia federal que tendrá que justificar la excepción al acceso dentro de los supuestos señalados.

Acerca de la octava exención, podemos decir que regula la actividad financiera, esta se refiere a los registros relacionados con el examen, operación o condición de ciertas instituciones financieras que son sujetas a la regulación federal, algunos ejemplos pueden ser los bancos de inversión, compañías de finanzas, la oficina de intervención de moneda, etc. Dentro de esta excepción no se encuentra la Bolsa de Valores, que no es una agencia federal.

Por ultima, la novena exención es relativa a los pozos petroleros, referente a la información geológica y geofísica, concerniente a la localización de estos pozos, que puede esta soportada en mapas, graficas y diferente tipos de archivos que poseen los diversos departamentos de Administración de Tierras, el de Energía y Comisión Federal De Electricidad.

Todas las mencionadas excepciones al derecho de acceso son facultativas de ser o no ser requeridas por las Agencias, por lo que no tienen un carácter obligatorio, y cuando la Agencia correspondiente después de analizar la solicitud determine que se encuentra en algunos de los supuestos mencionados, podrá decidir si abre sus archivos para su comunicación al solicitante, o no hacerlo.

Actualmente esta en serias dudas si los Estados Unidos sigue siendo uno de los Gobiernos mas transparentes del mundo, pero los defensores de la transparencia gubernamental se sienten preocupados. "Irónicamente, el secretismo ha protagonizado el regreso más dramático en el país que afirma ser el más democrático"⁴⁹, externó Thomas Blanton, director del Archivo Nacional de Seguridad en la Universidad George Washington,.

A contracorriente de las democracias emergentes, Estados Unidos clasifica más materiales que nunca. Algunas de las razones son las políticas empleadas a partir de los atentados del 11 de septiembre. Así lo podemos ver tan solo en los primeros tres años del Gobierno del Presidente George W. Bush que tomó por lo menos 58.7 millones de registros para clasificar registros y documentos relacionados, de acuerdo con la Oficina de Supervisión de la Seguridad en la Información del Gobierno Federal. En comparación, el Gobierno de Bill Clinton clasificó 65.6 millones de registros durante la totalidad de sus ocho años.

Finalmente podemos decir que Estados Unidos cuenta con un régimen jurídico en el ámbito federal y estatal; la Ley de Libertad de Información es una de las legislaciones en el ámbito federal que trata de garantizar el acceso publico a los archivos del gobierno, pero no es la única, ya que hay otras

⁴⁹ cfr *Extracto del artículo de Rebecca Carr "Avanza acceso a la información", Cox News, Reforma, febrero 13, 2005.*

legislaciones como la Ley de Libertad de Información Electrónica, sin embargo no son suficientes para reducir las facultades de las autoridades para acotar este derecho; no existe un órgano revisor que sea la autoridad especial para determinar los casos de controversia; asimismo no existe un procedimiento precontencioso, ya que si la solicitud es negada en razón de una excepción u otro motivo, el solicitante solo podrá impugnar vía jurisdiccional. De lo anterior se deduce que el derecho al acceso a la información pública en Estados Unidos no se garantiza como en otras naciones, sus instituciones jurídicas resultan insuficientes para reducir la discrecionalidad de las autoridades, y los costos que resulta de un procedimiento pueden ser onerosos. La legislación estadounidense en acceso a la información no ha considerado los diversos parámetros internacionales.

3.2.2 CANADA

El caso canadiense en materia de acceso a la información es significativo en la región que estamos tratando, por que su gobierno ha sido el primero en difundirlo antes que cualquier otro estado de América (después se encuentra México), como un derecho humano, realizando estudios y diversas actividades en sus universidades y fuera de ellas, incluso de sus fronteras.

De esta manera podemos comenzar con delimitar quienes son los sujetos que tienen derecho a acceder, por lo que su Ley de Acceso a la Información permite ejercer este derecho a los ciudadanos canadienses, a las empresas públicas canadienses y a los residentes permanentes, con relación a cualquier archivo en control de una institución de gobierno. Uno de los problemas que vemos aquí es que la legitimación activa es limitada dejando fuera a los individuos que no estén directamente vinculados con el estado canadiense como lo son los no ciudadanos canadienses o los extranjeros que no tienen residencia permanente.

Sobre los sujetos obligados se encuentran las Instituciones en el ámbito federal, dependencias y ministerios de Estado en donde los sujetos poseedores del derecho podrán emplazar a y obligar a dar a los sujetos obligados testimonio ya sea oral o escrito. Además poder ingresar a cualquier instalación de gobierno, entrevistar a cualquier funcionario, además de examinar cualquier archivo del gobierno y obtener copias de los mismos.

Además la Ley canadiense establece obligaciones de transparencia y exige a cada ministerio la publicación anual de:

- ✓ Descripción de la organización y de las responsabilidades de cada agencia de gobierno, incluyendo los detalles de los programas y las funciones de cada división o rama de cada institución
- ✓ Descripción de todas las clases de archivos que están bajo control de cada agencia de gobierno, detalladamente para facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública bajo esta Ley;
- ✓ Descripción de todos los manuales que han sido utilizados por los empleados de cada agencia gubernamental para administrar o realizar cualesquiera de los programas o de las actividades de la institución; y
- ✓ Título y dirección del oficial responsable de cada agencia de gobierno a quien deben ser enviadas las solicitudes de acceso a los archivos.

La institución encargada de la vigilancia del cumplimiento de la Ley es la *Office of the Information Commissioner*, que es una institución autónoma pero no cuenta con autonomía constitucional. A cargo de esta oficina se encuentra el comisionado de información que tiene un rango de Ministro, y durara en el cargo un periodo de siete años. Es de destacar que el comisionado funciona como un ombudsman que protege los derechos de acceso a la información de los sujetos poseedores de éste ante actos de la autoridad que los vulneren. Como funciona muy similar a un ombudsman sus resoluciones no son vinculantes. Este comisionado (*Information Commissioner*) entregara un informe anual al Parlamento sobre las actividades de la institución que representa, tres meses después de haber terminado el ejercicio fiscal anual, y un boletín con la información actualizada de las actividades realizadas por la institución, entregándola dos veces por año, así como para proporcionar al público información adicional referente a la aplicación en la interpretación de la Ley.

El procedimiento consiste en que cada departamento o agencia del gobierno federal tiene un coordinador para el acceso a la información y es quien identifica los archivos que las personas quieren ver. La institución tiene treinta días para responder a una petición formal (no hay límite de tiempo para

las peticiones informales). Hay prorroga de tiempo para la institución de la búsqueda es muy larga y compleja.

Cuando toda o parte de la información se refiere a terceros (es decir una persona o una organización que no sea el solicitante) la institución de gobierno debe notificar a la tercera persona. El tercero puede iniciar procedimientos en la Corte Federal si su información es divulgada. Cuando se ha hecho una solicitud de información por escrito y el solicitante considera que la institución ha negado la información de manera inapropiada se puede interponer el recurso de revisión, así como también cuando la institución ha tardado mucho en responder o los costos son muy altos y por ultimo cuando la información es enviada en otro idioma oficial distinto al de la elección del solicitante.

Este recurso se interpone ante la Oficina del Comisionado, el cual será investigado por el mismo comisionado, y el solicitante tendrá hasta un año a partir de que la agencia de gobierno recibió por escrito la solicitud de acceso a la información, para interponer el recurso. Una vez que la oficina del Comisionado de Acceso a la Información ha recibido el recurso de revisión, se asigna a un investigador para el caso, quien puede solicitar mayor información o hacer preguntas sobre la cuestión al solicitante, asimismo le dará oportunidad al solicitante para que exprese su opinión sobre el caso.

Es posible que el investigador represente a la Oficina del Comisionado y sea el mediador para encontrar una solución al recurso. Antes de que el Comisionado intervenga en la resolución del recurso de revisión, tomara en cuenta los resultados de la investigación, los argumentos del solicitante, así como los de la agencia y de cualquier parte afectada por la publicidad de la información requerida.

La resolución del Comisionado es entregada directamente al solicitante. Una vez que el reporte del Comisionado ha sido recibido por el solicitante, este puede interponer un recurso ante la Corte Federal de Canadá para la revisión de la negativa de la agencia gubernamental a publicar la información a pesar de que el Comisionado apoye la decisión de la institución de no publicar. En algunos casos, el Comisionado puede llevar el caso a la Corte Federal de Canadá personalmente.

El servicio prestado para acceder a información pública no es gratuito, y tiene un costo de cinco dólares. Puede haber costos adicionales si se requieren copias o por el uso de computadoras o si se requiere buscar y preparar información que puede resultar oneroso debido a que son gratis las primeras cinco horas de búsqueda y preparación, teniendo un costo las horas siguientes si fuese necesario, pero la mayoría de las solicitudes no exceden este tiempo, por lo que solo se cobra la carga inicial.

Sobre la seguridad nacional como excepción al derecho de acceso la Ley de Acceso según su sección A-1 sect. 15 (1) (a)(f)(i) establece la creencia razonablemente fundada de que atenta contra la seguridad nacional de Canadá o de cualquier aliado o país asociado, o contra la defección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles. Estas deben estar relacionadas con la táctica o la estrategia militar o referente a los ejercicios o las operaciones militares emprendidos en la preparación bélica o en conexión con la detección, la prevención o la prevención de actividades subversivas. Así también en lo concerniente a la cantidad, característica o capacidad de despliegue de las armas de otro tipo de equipo de defensa y a las características de cualquier fuerza militar, o información secreta.

La información personal está regulada en el A-1 Sect. 19, y se refiere a cualquier archivo que contenga información personal según el Privacy Act. Esta podrá ser publicada si el individuo permite la publicidad de su información, y estará disponible para quien la requiera.

3. 3. LATINOAMERICA

3.3.1 ARGENTINA

En Argentina un tema de discusión que está tomando fuerza en el ámbito político y académico, es el posibilitar el acceso a los archivos gubernamentales a los ciudadanos.

Dentro de la Constitución, no hay referencia expresa que tutele el Derecho de Acceso a la Información Pública, pero realizando una interpretación teleológica del artículo 14 del mismo ordenamiento se puede extraer algún indicio al respecto, en el sentido a los fines que persigue esta Constitución y los

tratados internacionales que se celebran al margen de esta; dicho artículo prescribe en su parte conducente: "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa"; en donde se desprende la posibilidad de acceder a la información, de utilizarla y transmitirla, por medios de comunicación inclusive por medios masivos como la prensa, sin perjuicio de terceras personas y la Ley.

Al respecto la Suprema Corte de la Nación resolvió que "uno de los requisitos del sistema representativo republicano de gobierno es la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando en el ámbito de su poder todo lo que la afecta o disminuya, y tal quiebra de confianza sobreviene con arbitrariedades que lesionen el servicio de una imparcial administración de justicia" (Favilla 8/6/93) así como "es esencial en todo sistema republicano la publicidad de los actos de gobierno, no pudiendo negarse que revisten aquella condición en un sentido lato las sentencias definitivas " (Pérez Arriaga 2/7/93).⁵⁰

Además el artículo 33 constitucional faculta a subsanar las deficiencias de la Ley Argentina con ordenamientos internacionales, y éste señala: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno." En este sentido la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, pueden resarcir las deficiencias y omisiones de la legislación Argentina en materia de acceso a la información.

Desde 1994 a raíz de una serie de reformas a la Constitución acerca de Derechos Fundamentales, se ha tratado de impulsar una ley específica sobre acceso a la información así como de habeas data. Una de las propuestas más sobresalientes fue la realizada por los diputados Alfredo Bravo, Graciela Fernández Meijide, Héctor Polino, Carlos A. Álvarez, Guillermo E. Estévez Bóreo entre otros, que dentro del artículo 10 de este documento expresa:

"Mecanismos de control de la administración y de protección del acceso a la información. Comisionado de la información. Sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos, un comisionado de la información recibirá e investigará las quejas de:

⁵⁰ cfr, PIERINI Alicia y LORENCES Valentín, opus cit., p. 86.

- a) Las personas a quienes se les ha rehusado el acceso a los archivos requeridos de conformidad con los procedimientos previstos presente ley;
- b) Las personas a las que se les ha requerido el pago de un arancel que consideren irrazonable para consultar los archivos,
- c) Las personas que han requerido el acceso a los archivos y no han obtenido respuesta en los plazos previstos en la ley y consideran que la demora resulta injustificada;
- d) Las personas que no han podido disponer por causas imputables a la administración de la información de publicación obligatoria mencionada en el artículo 3 (este artículo en mención se refiere a la información de publicidad obligatoria)
- e) Las personas que reclamen sobre cualquier materia relativa a la dificultad para obtener el acceso a los archivos que signifiquen maltrato, abuso de poder o desconsideración por parte de los funcionarios responsables. Sin perjuicio de lo anterior el comisionado de la información podrá actuar de oficio cuando estime que hay motivos suficientes para iniciar una investigación sobre cualquier cuestión contemplada en la presente ley”⁵¹

Como se muestra en esta propuesta, la regulación de un ente que revise las negativas de acceso es primordial para garantizarlo,

Por otra parte e nivel local la ciudad de Buenos Aires, si existe una ley sobre la materia desde 1998, esta se denomina Ley 104 de Acceso a la Información creada por decreto 2930 del Poder Ejecutivo. Esta Ley es de escasos once artículos, pero trata de condensar todos los aspectos necesarios que debe tener una buena ley de acceso.

En su artículo primero delimita la legitimación activa así como a los órganos a los cuales se obliga su observancia, este señala:

“Artículo 1º. Toda persona tiene derecho, de conformidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno, a solicitar y a recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano perteneciente a la administración central, descentralizada, de entes autárquicos, empresas y sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el

⁵¹ Cfr. Idem. p. 99 y 100.

Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias, del Poder legislativo y del Judicial, en cuanto a su actividad administrativa y de los demás órganos establecidos en el Libro II de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.”

Asimismo contempla el principio de gratuidad dentro del artículo 5 en donde se desprende que “el acceso público a la información es gratuito en tanto no se requiera la reproducción de la misma. Los costos de reproducción son a cargo del solicitante.” Además, en relación con las responsabilidades de los funcionarios de gobierno por causa de un acto u omisión que contravenga al derecho de acceso, ésta señala en su artículo 10 que “el funcionario público o agente responsable que en forma arbitraria obstruya el acceso del solicitante a la información requerida, o lo suministre en forma incompleta u obstaculice de cualquier modo el cumplimiento de esta ley, es considerado incurso en falta grave.”

Actualmente Argentina tiene en el ámbito nacional el Proyecto de Ley Argentina, sobre acceso a la información en la que se determina una legitimación activa a “toda persona” que obliga a las dependencias gubernamentales de los tres poderes a cumplir esta normatividad de las cuales se encuentran el “Sector Público Nacional, del Poder Legislativo de la nación, de la Auditoría General de la nación, de la Defensoría del Pueblo de la Nación, del Poder Judicial de la nación y del Ministerio Público Nacional, en estos dos últimos casos en todo aquello relacionado con las actividades que realicen en ejercicio de funciones administrativas”, el concepto de “Sector Público” lo integran la Administración nacional, las empresas y sociedades del Estado, los fondos fiduciarios y entes públicos excluidos expresamente de la administración nacional que son cualquier organización estatal no empresarial con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio teniendo el control mayoritario, incluso aquellas entidades no estatales.

También se determina que órgano es el que controlara la actividad, en este caso no es uno exclusivo pero si es un ente independiente, éste será el Defensor del Pueblo de la Nación que es creado por la Constitución en su artículo 86, que establece que “es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuara con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.” Su gestión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución

y las leyes ante hechos actos u omisiones de la Administración el control de su ejercicio.

Su objeto material es toda la información producida u obtenida por o para los organismos mencionados anteriormente, que estén en su poder o que estén bajo su control ya que ésta se considera pública. La información podrá estar en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los órganos mencionados que estén en su poder o control o que su producción haya sido financiada total o parcial por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa.

Con relación al procedimiento el órgano requerido está obligado a permitir el acceso a la información en el momento solicitado o en su caso hacerlo en un plazo mayor al de quince días hábiles, con una prórroga excepcional de quince días. En caso de negativa a la solicitud de acceso, esta podrá ser solo bajo acto fundado si esta no existe o se encuentra dentro de las hipótesis de excepción.

Las excepciones que pueden restringir el acceso a la información por medio de ley, decreto o resolución ministerial podrán ser fundadas en los siguientes supuestos del artículo séptimo:

a) Cuando se trate de información expresamente clasificada como reservada mediante decreto del presidente de la nación por razones de defensa o política exterior.

b) Cuando una ley del Congreso de la nación declare que algún tipo de información referida a seguridad, defensa o política exterior es clasificada como reservada e inaccesible al público, o bien establezca un procedimiento especial para acceder a ella.

c) Cuando se trate de información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario.

d) Cuando se tratara de secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos que pertenezcan a un órgano de la administración pública que tenga valor sustancial o sea razonable esperar que lo tuviere y cuya revelación perjudique la competitividad, o lesione los intereses de la nación Argentina, o su capacidad de conducción de la

economía o resulte en un beneficio indebido para el beneficiario de la información.

e) Cuando comprometiere los derechos o intereses legítimos de un tercero cuando tratase de secretos industriales comerciales, financieros, científicos o tecnológicos suministrados a un ente u organismo estatal en la confianza de que no serían revelados. También se entenderá que compromete los derechos de un tercero la información cuya revelación sin fundamento en la defensa del interés público provoque como resultado importantes pérdidas o ganancias financieras en la celebración o ejecución de contratos pero cuando el interés vinculado a la salud y seguridad públicas y a la protección del medio ambiente sea claramente superior en importancia a los intereses particulares de terceros que estuvieran en juego, podrá revelarse la información.

f) Cuando se trate de información preparada por los órganos de la administración dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparados por terceros para ser utilizados por aquellos y que se refiere a exámenes de situación, evaluación de su sistema de operación o condición de funcionamiento.

g) Cuando se trate de información que obre en poder de la Unidad de Información Financiera encargada del análisis, tratamiento y transmisión de información tendiente a la prevención e investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos.

h) Cuando se trate de información preparada por asesores jurídicos o abogados de la administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgar las técnicas o procedimientos de investigación; o cuando la información privare a una persona el pleno derecho a un juicio justo o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

i) Cuando se trate de información referida a datos personales de carácter sensible, en los términos de la ley número 25,326, cuya publicidad constituya una vulneración al derecho a la intimidad y el honor, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de la persona a que refiere la información solicitada

j) Cuando pudiere ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona.

Actualmente, en Argentina para poder controvertir una negativa a un acceso a la información pública solo puede hacerse por vía de amparo ante la violación de un derecho consagrado en la Constitución Argentina, así lo establece el artículo primero de la Ley 16.986 de Acción de Amparo, que a la letra dice:

“Art. 1º.- La acción de amparo, será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.”

Así, Argentina está trabajando respecto a tutelar adecuadamente el Derecho de Acceso a la Información Pública, que sin duda si se llegase a consolidar con una ley especial sobre la materia y con la creación de un órgano revisor independiente pero exclusivo, dejando al Defensor del Pueblo de la Nación, para otras tareas; cabe mencionar que un paso fuerte para vigorizar el acceso fue la creación de Ley 104 de Acceso a la Información de 1998 para Buenos Aires, pero la sociedad Argentina debe exigir que se construya un régimen de acceso a la información al nivel de las exigencias su democracia y de los estándares internacionales ya que Argentina es un país muy importante para Latinoamérica y debe legislar al respecto.

3.3.2 PERU

Afortunadamente en Perú se han visto avances concretos acerca del acceso a la información, por lo menos en términos formales ya que en el año 2003 se inauguró su primera ley sobre la materia. Esta Ley fue promulgada el 2 de agosto de 2002 y con una vigencia desde el 22 de abril de 2003; se denomina Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú. La Ley es de carácter general con aplicación a toda la administración pública incluyendo la administración provincial. Además la Constitución Peruana de 1993 contempla el Derecho de Acceso a la Información en su

artículo segundo, fundamental para dar mayor certidumbre al respeto de éste importante derecho. El artículo en mención en su parte conducente prescribe:

“Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por la ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”

Lo anterior es sin duda una herramienta adicional a la protección del acceso que toda persona debe tener hacia la información en posesión del gobierno. Así el artículo primero de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone:

“La presente Ley tiene por finalidad promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.”

Además contempla el principio de publicidad a los actos del gobierno, así el artículo 3º dispone: “Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad.” Igualmente los funcionarios por la misma disposición están obligados a brindar la información y a construir una infraestructura para una mejor organización, sistematización y publicación de la información correspondiente por Ley, por lo que:

“1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley.

2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en las entidades de la administración pública.

3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en la aplicación del principio de publicidad.”

Según la legitimación contemplada en el artículo séptimo de la Ley, cualquier persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier

entidad de la administración pública, y no es necesario acreditar causa para accederá ésta.

Para definir la información a la cual se puede acceder, el artículo 10 establece al respecto que: todas las entidades de la administración pública tienen la obligación de proveer la información requerida referente a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital o cualquier otro formato, ya sea creada u obtenida por ella o en su posesión. Adicionalmente, considera como información pública a cualquier documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

El escrito de solicitud de información pública deberá ser dirigido al funcionario designado por la entidad, o en su defecto al funcionario que tiene en su poder la información; el término de la respuesta del gobierno ante la solicitud es de siete días naturales con una prórroga de cinco días más.

El costo por el servicio es gratuito solo en casos de reproducción de la información a cargo del solicitante se cobrará el monto de recuperación. Cuando la información solicitada no la posea la administración o desconozca su ubicación, deberá ser puesta en conocimiento del solicitante.

También, la Ley contempla la negativa ficta al disponer que cuando no medie respuesta en los plazos señalados se puede considerar denegado el pedido. En caso de denegatoria al acceso solicitado deberá ser fundamentada en las excepciones de los artículos 15 a 17 de la Ley, y, señalando expresamente las razones por las cuales se aplican las excepciones. Los casos mencionados el solicitante puede considerar agotada la vía administrativa excepto cuando se decida interponer un recurso de apelación. Si la apelación se resuelve en sentido negativo, o la entidad correspondiente no se pronuncia en un plazo de diez días, se entenderá por terminada la vía administrativa. En este supuesto el solicitante podrá iniciar proceso contencioso administrativo en conformidad con la Ley número 27584 u optar por el proceso constitucional de habeas data según disposición de la Ley 26301.

Por otra parte la Ley no establece un órgano revisor por lo que vulnera un principio básico para la transparencia ya que el gobierno no se desliga formalmente de constituir el arbitrio del procedimiento de acceso a la

información, esto no garantiza la eficaz protección del derecho de acceso que tiene el ciudadano peruano.

En relación a las excepciones al ejercicio del derecho, los artículos 15 y 16 de la Ley de Transparencia peruana dispone como primera a la seguridad nacional, y le otorga un gran apartado del contenido a delimitar las hipótesis que restringen el acceso, por lo que debemos destacar tres tópicos relevantes: **la información secreta, la reservada y la confidencial**, en materia militar en el ámbito interno o externo, en las que se incluyen los planes de defensa, ordenes de operaciones, material bélico, informes diversos, etc.

De igual manera el artículo 17 establece otras excepciones de carácter no militar pero con carácter de información confidencial y que constituyen las siguientes:

“1. La información que contenga consejos, recomendación u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la administración pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados unos por el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

3. La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, en cuyo caso la exclusión del acceso termina cuando la resolución que pone fin al procedimiento queda consentida o cuando transcurren más de seis (6) meses desde que se inició el procedimiento administrativo sancionador, sin que se haya dictado resolución final.

4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la administración pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina de concluir el proceso.

5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a

la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, solo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado.

6. Aquellas materias cuyo acceso éste expresamente exceptuando por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la Republica.”

En este mismo sentido el artículo 18 obliga a no limitar este derecho fundamental por una excepción establecida en una norma de menor jerarquía y a ser interpretadas las mencionadas excepciones de manera restrictiva en razón de limitar el acceso a la información.

Por ultimo, acerca de las responsabilidades administrativas en que pueden incurrir las autoridades administrativas, el artículo cuarto de la Ley señala que los funcionarios o servidores públicos que incumplan esta norma podrán ser sancionados en constitución de falta grave, pudiendo ser denunciados penalmente por la comisión de delito de abuso de autoridad a que hace referencia el artículo 377 del Código Penal.

En conclusión Perú, en materia de la tutela del Derecho de Acceso a la Información Pública ha dado un paso considerable al legislar sobre esta materia, teniendo la Ley 2706 en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que cumple con determinados rubros que debe tener toda ley que realmente trate de proteger este derecho, sin embargo la no creación de un órgano revisor específico es una cuestión que queda por resolver, ya que de esta manera no podemos hablar de un libre ejercicio del derecho en comento, por lo que esperamos que Perú adopte los criterios que en derecho comparado pueden ser paradigmáticos para sociedades como la peruana, tal es el caso mexicano.

3.3.3 PANAMA

Panamá se incluye dentro de los pocos países latinoamericanos que han adoptado una ley sobre la materia; la Asamblea Legislativa aprobó la Ley número 6 de Transparencia en la Gestión Pública, el 23 de enero de 2002.

Dentro de esta Ley, la legitimación activa es para “toda persona”, según dispone el artículo 2º que además establece que podrá hacerlo “sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna”, con relación a la información referente a

esta Ley y que posean las entidades gubernamentales que obliga la misma Ley. Pero el Decreto nº 924 del 21 de mayo de 2002 dispone que para efectos de la Ley es persona interesada quien tenga vinculación con el hecho (Art. 8), vulnerando de esta manera el sentido de la Ley.

La información de acceso libre, según la definición de la propia Ley es “todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricción.” Además adopta el criterio de persona ya sea natural o jurídica, que actúe en nombre propio o de un tercero. Conjuntamente define al acceso público que es el derecho que tiene toda persona para solicitar y recibir información veraz y oportuna, en poder de las autoridades gubernamentales y de cualquier institución a la que haga mención esta Ley, en especial tratándose de su información personal.

Dentro de la obligación de transparentar a la gestión pública establece la rendición de cuentas que es la “obligación de todo servidor público de responsabilizarse individualmente de sus actos en el ejercicio de sus funciones y en la comunicación de los resultados de su gestión ante la sociedad. Esta obligación de rendir cuentas también les corresponde a los cuerpos directivos colegiados de las instituciones públicas”. De igual manera la transparencia constituye el “deber de la administración pública de exponer y someter al escrutinio de la ciudadanía la información relativa a la gestión pública, la manejo de los recursos que la sociedad le confía, a los criterios que sustentan sus decisiones y a la conducta de los servidores públicos”. En este sentido la Ley define al principio de publicidad como la “toda la información que emana de la administración pública es de carácter público, por lo cual el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o Internet.”

El acceso público es un servicio público gratuito y solo se llegará a cobrar cuando el solicitante pida la reproducción de ésta, y será a cargo del solicitante. La petición se hará sin mayores formalidades y deberá contener los siguientes datos:

1. Nombre del solicitante.
2. Numero de cedula de identidad personal.
3. Dirección residencial o de su oficina.
4. Numero telefónico donde puede ser localizado.

Y en caso de personas jurídicas se detallaran los datos de inscripción y los datos personales de su representante legal.

La petición se hará por escrito en papel simple, detallando en la medida de lo posible la información que se requiere, y se presentara en la oficina asignada. Si la información solicitada se encuentra disponible en diferentes medios como en soporte electrónico ya sea Internet u otro la autoridad le hará saber donde se encuentra la fuente, el lugar y la forma en que se puede acceder es ésta.

La Ley también obliga al Estado panameño a informar sobre "1) el funcionamiento de la institución, decisiones adoptadas y a la información relativa a todos los proyectos que se manejan en la institución; 2) estructura y ejecución presupuestaria, estadística y cualquier otra información relativa al presupuesto institucional; 3) programas desarrollados por la institución; 4) actos públicos relativos a las contrataciones publicas desarrolladas por la institución." Asimismo es publica la información relativa a la contratación y designación de funcionarios, planillas, gastos de representación, costos de viajes, emolumentos o pagos en conceptos de viáticos y otros de los funcionarios en todos sus niveles y de otras que desempeñen funciones publicas.

La información excluida al acceso publico es la denominada por la Ley como información confidencial y de acceso restringido. La información confidencial no podrá ser divulgada por agentes del Estado, en relación con lo estipulado en el articulo 13 de las Ley. La información de acceso restringido no será divulgada por un periodo de diez años desde el momento de la clasificación, y tendrá este carácter cuando así lo declare el funcionario competente con las siguientes hipótesis:

- "1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad.
2. Los secretos comerciales o la información comercial de carácter confidencial, obtenidos por el Estado, producto de la regulación de actividades económicas.
3. Los asuntos relacionados con procesos o jurisdiccionales adelantados por el Ministerio Publico y el órgano Judicial, los cuales solo son accesibles para las partes del proceso, hasta que queden ejecutoriados.

4. La información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección general de aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero para la Prevención de Blanqueo de Capitales, la Comisión de Libre competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

5. La información sobre la existencia de yacimientos minerales y petrolíferos.

6. Las memorias, notas, correspondencia y los documentos relacionados con negociaciones diplomáticas, comerciales e internacionales de cualquier índole.

7. Los documentos, archivos y transcripciones que naciones amigas proporcionen al país en investigaciones penales, policivas o de otra naturaleza.

8. Las actas, notas, archivos y otros registros o constancias de las discusiones o actividades del Consejo de Gabinete, del presidente o vicepresidente a discusiones o actividades relacionadas con las aprobaciones de los contratos.

9. La transcripción de las reuniones e información obtenida por las comisiones de la asamblea Legislativa, cuando se reúnan en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras para recabar información que podría estar incluida en los numerales anteriores."

Además si existen la misma situación por la que se tuvo que restringir la información, se podrá prorrogar por un periodo de diez años mas, sin que supere un tiempo de veinte años de restricción desde el primer momento de clasificación.

Por otra parte la Ley para la Transparencia en la Gestión Pública, contempla la acción de habeas data, como un recurso al acceso a la información pública cuando el funcionario o titular responsable no haya permitido el acceso o cuando lo hizo de manera insuficiente o en forma inexacta. Esta acción es de competencia de los tribunales superiores que conocen de la acción de amparo de garantías constitucionales, cuando el funcionario o titular sea de competencia provincial o municipal, si fuera de jurisdicción de dos o más provincias o de toda la República será competente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre las sanciones y responsabilidades, el artículo 20 de la Ley dispone que el funcionario requerido por el tribunal que conoce del recurso de habeas

data, que incumpla con la obligación de suministrar la información, incurrirá en desacato y será sancionado con multa mínima. La persona afectada por la negación de acceso, tendrá derecho de demandar civilmente al servidor responsable. Además el funcionario que obstaculice el acceso a la información, destruya o altere el documento o registro, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales derivada del hecho, será sancionado con multa equivalente a dos veces el salario mensual que devenga. De todos los recursos de habeas data hasta julio de 2003, el 73% no han tenido éxito y el 52% no han sido admitidos.⁵²

El régimen panameño del acceso a la información no contempla un órgano revisor independiente, tan solo el recurso de demanda de nulidad ante la Defensoría del Pueblo.

De manera concluyente, el caso panameño tiene aciertos acerca de la implantación de una ley específica sobre la materia y de la elaboración de un régimen jurídico de acceso a la información, que por sus características vistas es endeble y esto constituye un gran desacierto como lo es que no se haya creado un órgano revisor como el IFAI en el caso mexicano, además de la política de secrecia de la administración pública apoyada por el Poder Judicial al vulnerar en sus resoluciones a la transparencia gubernamental. Por lo anterior la tarea del gobierno panameño es realizar estas mencionadas modificaciones para realmente garantizar este nuevo derecho que tiene los ciudadanos panameños.

⁵² LOMBARA Ricardo en la Conferencia de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica , celebración del año de implantación de la Ley Federal de Acceso a la Información Gubernamental en México, IFAI.

CAPITULO CUARTO

CONSIDERACIONES DEMOCRATICAS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO.

4.1 PROBLEMÁTICA

Un sistema de gobierno no puede llamarse plenamente democrático si no existe una activa participación e interés de los ciudadanos en los asuntos públicos. En el significado mismo de la palabra democracia se encuentra el elemento fundamental que define a este sistema como aquel en el cual el gobierno surge de los ciudadanos y son éstos parte inseparable de la actividad pública. Una democracia verdadera es un sistema en donde todos los involucrados puedan participar en los asuntos públicos, “la democracia se basa en la hipótesis de que todos puedan tomar decisiones sobre todo”⁵³ El poder en un régimen democrático se basa en leyes y se ejerce de acuerdo con leyes, “la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia.”⁵⁴

Las leyes no deben servir a los intereses de ningún sujeto ni grupo de sujetos en particular, ni tan siquiera a los intereses de la mayoría, pues la suma de los intereses particulares de la mayoría, aunque fuese la de todos menos uno no sería la expresión del interés general, es decir del interés racionalmente dirigido.⁵⁵

Como la democracia no se agota en las elecciones, la ciudadanía no se limita en el acto electoral. Los derechos de ciudadanía deben incluir la capacidad de participar en la selección de los gobernantes. Pero una vez constituido el gobierno, el ciudadano cuenta con muchos espacios para hacerse presente en la toma de decisiones políticas. El acceso libre y fácil a la información del gobierno

⁵³ BOBBIO Norberto, El Futuro de la Democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 27.

⁵⁴ Ídem, p. 136

⁵⁵ cfr. RECASENS, Siches, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, página 184.

es un elemento que da mayor poder a los ciudadanos, proporcionando mayores posibilidades de un mejor conocimiento y un debate más instruido de los asuntos públicos, dando fin a las especulaciones y a la desinformación. También ayuda a prevenir los abusos y la corrupción y en suma, genera una mayor confianza de los ciudadanos en su gobierno. En un contexto en el que los sistemas democráticos se van extendiendo por todo el mapa mundial, las leyes de acceso a la información se han convertido en un requisito esencial para reforzar un gobierno democrático.

Pero hay que puntualizar de manera concreta que una ley de acceso a la información no es sí misma una ley democrática, esta peculiaridad nace de los principios y valores que adopte dicha legislación. Así una legislación que tomé en cuenta la verdadera apertura a las actividades del estado será democrática frente a una que lo regule para ampliar la discrecionalidad y acotar la publicidad de información pública.

Por esta razón, saber distinguir que principios esta adoptando la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y que puede dotarla de mas elementos democráticos es la problemática de este capítulo. Estas consideraciones tiene por objetivo darle un sentido a la Ley para que desvele los procesos internos del gobierno que antes se mantenían ocultos y garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los diferentes órganos que conforman la Administración Pública Federal, con lo cual se fomenta la rendición de cuentas del gobierno a los ciudadanos y se mejora la organización, clasificación y manejo de su información.

En democracia, el Derecho a la Información es lo que la doctrina llama un Derecho Social Fundamental, en el sentido de que al margen del ámbito y de acción que le otorga el ciudadano supone también acciones positivas del estado para permitir un ejercicio más amplio de estas facultades, y deben estar plasmadas jurídicamente, tomando en consideración los obstáculos de opacidad gubernamental por lo que la Ley debe estar diseñada para poder tutelar este derecho y así contribuir a los fines democráticos de la misma. Estos fines aludidos

son los que se tienen que incorporar en toda ley de acceso, y serán los que definan la posibilidades de respeto y cumplimiento de la Ley y del propio derecho de acceso a la información, las siguientes consideraciones son de tipo democrático porque ponderan la apertura y la publicidad de la información para todo aquel interesado tanto en beneficio del particular como para el Estado en su conjunto.

4.2 ALGUNAS RAZONES PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO MEXICANO

4.2.1 CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AFIRMATIVA FICTA.

El silencio administrativo se ha considerado como una de las instituciones intemporales y meramente funcionales del derecho administrativo, que en la mayoría de las veces ha sido interpretado en sentido negativo por la doctrina mexicana y por las legislaciones en materia administrativa, y excepcionalmente le han dado el carácter de afirmación al silencio de la autoridad. Esta institución es una respuesta ante el problema que acontecía con la inactividad de la administración pública, creando inseguridad a la protección de los derechos del particular, ya que si la administración pública permanece inactiva a una petición o acción de un particular, y este silencio no es interpretado en ningún sentido, ocasiona que el particular no pueda recurrir ante algún órgano jurisdiccional o contencioso administrativo, para solicitar se le determine su pretensión.

El fundamento de esta institución se desprende de que ante el transcurso del tiempo, la ley presume que la omisión de respuesta de la administración pública ante una petición de un particular debe ser considerada generalmente como una denegatoria, lo cual da origen dentro del derecho administrativo a impugnar ante los medios de defensa (ya sean recursos administrativos, juicio contencioso, o amparo) el acto presunto.

Para el maestro Andrés Serra Rojas el silencio administrativo es considerado como la ausencia de una voluntad administrativa expresa, “por lo que la ley sustituye por si misma esa voluntad inexistente, presumiendo que dicha voluntad se ha producido con un contenido ya sea negativo o sea afirmativo.”⁵⁶

Asimismo para Gabino Fraga considera “que hay casos a los cuales la voluntad de la autoridad no se expresa en ninguna forma se presupone su existencia por lo que el silencio se presupone como una manifestación de voluntad y surte sus efectos el acto declarado”⁵⁷

Aclarado en que consiste el silencio administrativo pasemos a determinar los beneficios que conlleva la interpretación de éste en sentido positivo, es decir la denominada Afirmativa o Positiva Ficta dentro de la legislación mexicana y porque bajo este contexto es un principio democrático. Debemos tomar en cuenta que existen argumentos en contra de esta figura que trataremos de abordar para no caer en errores cuando traslademos esta institución al Derecho de Acceso a la Información Pública.

Para Gabino Fraga, la negativa ficta es la solución más razonable ante el silencio administrativo ya que con esta negativa “queda a salvo el principio de que solo la administración administra, de tal manera tendría que ser el particular o los Tribunales los que sustituyen a la Administración presumiendo una resolución favorable, con la consecuencia de que el particular subordinaría a sus intereses privados los intereses públicos, o que los tribunales se convertirán en administradores con violación flagrante del principio de Separación de Poderes.”⁵⁸

Asimismo hay quienes consideran que la Afirmativa Ficta “es demasiado riesgosa ya que sería empleada por algunos particulares para obtener ventajas de la administración por el simple transcurso del tiempo”⁵⁹

Por un lado estamos de acuerdo de lo que se ha planteado, pero no con la idea de establecer a la Negativa Ficta como un criterio imperativo para todos los casos de silencio administrativo. Dentro del silencio administrativo para el Derecho

⁵⁶ SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo Primer Curso, Porrúa, México 1994 p.p. 261 263

⁵⁷ FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, Porrúa 2000, p. 272.

⁵⁸ Idem, p. 273.

⁵⁹ ACOSTA ROMERO Miguel, Derecho Administrativo Parte Especial VI Porrúa, 1998, México, Pp.661 y 662.

Administrativo Mexicano, la regla debe ser la Negativa Ficta y excepcionalmente la aplicación de la Afirmativa Ficta que debe ser señalada por la legislación correspondiente en la materia de la que se trate, como en el caso del Derecho de Acceso a la Información. Para lograr un uso adecuado de esta última figura es necesario el análisis concreto de los supuestos que pueden surgir con las diferentes leyes administrativas, y cuales son los bienes protegidos por ellos.

Podemos asegurar que debe establecerse la Afirmativa Ficta en aquellos casos en que el bien protegido es compatible tanto con el interés público como con el privado, en razón de que la motivación personal de realizar un acto (en este caso la solicitud de acceso) que no ha respondido la autoridad, contrae en sí mismo, además del interés personal también un interés público ya que conviene a la colectividad o para él “bien común” que se responda en sentido positivo al requerimiento depositado en el acto realizado por el particular, de aquí un primer sustento democrático, prevalecía del interés público sobre el privado cuando no se vulnera en ninguna esfera, ese interés privado.

De esta manera debe existir la posibilidad de que los dos criterios convivan dentro del Derecho Administrativo, y que la propia ley sea la que determine cuando debe emplearse uno u otro sentido como actualmente existe en algunas leyes como la del Código Federal Fiscal en su artículo 37 y 131 en donde se establece la Negativa Ficta y en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su Artículo 87, la Afirmativa Ficta, por citar unos ejemplos, dentro del sistema jurídico mexicano.

La Afirmativa Ficta contemplada en la LAI en su artículo 53 favorece al peticionario de la información el acceso a ella. El artículo 44 de la LAI establece el tiempo en que la autoridad obligada debe dar respuesta a la solicitud que no podrá ser mayor de veinte días. Cuando existan razones que motive a una ampliación, podrá realizarse por un periodo igual. Adicionalmente es necesario acompañar la figura de la Afirmativa Ficta de medidas que mejoren la regulación y administración de la información pública como establecer sanciones a las

autoridades que actúen con negligencia al no responder en los términos de la Ley a la solicitud de la información.

En efecto el artículo 53 de la Ley textualmente establece la afirmativa ficta:

“Artículo 53. La falta de respuesta a una solicitud de acceso, en el plazo señalado en el Artículo 44, se entenderá resuelta en sentido positivo, por lo que la dependencia o entidad quedará obligada a darle acceso a la información en un periodo de tiempo no mayor a los 10 días hábiles, cubriendo todos los costos generados por la reproducción del material informativo, salvo que el Instituto determine que los documentos en cuestión son reservados o confidenciales. 14

A efecto de dar cabal cumplimiento a lo establecido en el párrafo primero de este Artículo, el Reglamento establecerá un procedimiento expedito para subsanar el incumplimiento de las dependencias y entidades de entregar la información. Para este efecto, los particulares podrán presentar la constancia a que se refiere el Artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo expedida por la unidad de enlace que corresponda, o bien bastará que presenten copia de la solicitud en la que conste la fecha de su presentación ante la dependencia o entidad. En este último caso, el procedimiento asegurará que éstas tengan la oportunidad de probar que respondieron en tiempo y forma al particular.”

Al respecto el artículo 17 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo que hace mención el artículo anterior prescribe:

Artículo 17.- Salvo que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se establezca otro plazo, no podrá exceder de tres meses el tiempo para que la dependencia u organismo descentralizado resuelva lo que corresponda. Transcurrido el plazo aplicable, se entenderán las resoluciones en sentido negativo al promovente, a menos que en otra disposición legal o administrativa de carácter general se prevea lo contrario. **A petición del interesado, se deberá expedir constancia de tal circunstancia dentro de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud respectiva ante quien deba resolver; igual constancia deberá expedirse cuando**

otras disposiciones prevean que transcurrido el plazo aplicable la resolución deba entenderse en sentido positivo.

En el caso de que se recurra la negativa por falta de resolución, y ésta a su vez no se resuelva dentro del mismo término, se entenderá confirmada en sentido negativo.

Dicha Ley fue reformada en abril de 2000 y se perfecciono el sistema de responsabilidades administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones instituidas en la propia ley. Este artículo se relaciona con la disposición contenida en el Título IV de las Infracciones y Sanciones Administrativas de la misma Ley, que en su parte que nos interesa dice:

“Artículo 70-A. Es causa de responsabilidad el incumplimiento de esta Ley y serán aplicables las sanciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. En todo caso se destituirá del puesto e inhabilitara cuando menos por un año para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público:

I. Al titular de la unidad administrativa que, en un mismo empleo, cargo o comisión, incumpla por dos veces lo dispuesto en el artículo 17.”

Esta disposición establece el cumplimiento de los términos señalados por la propia Ley sobre la contestación de una petición que realiza un administrado, que en caso de reincidencia en la omisión de la contestación en los plazos señalados se considera como una causa de responsabilidad, obligando a la autoridad resolver el asunto dentro de los plazos fijados. Pero dentro de LAI no se estableció una responsabilidad de este tipo por lo que a mayor refuerzo de la afirmativa ficta es sobresaliente lo que realiza la Ley de Acceso de Sinaloa que sanciona el silencio administrativo. su artículo 32 que establece:

“Artículo 32. Cuando por negligencia no se dé respuesta en tiempo y forma a la solicitud de acceso a la información, la autoridad queda obligada a otorgarle la información en un periodo no mayor a los diez días hábiles, cubriendo todas las costas generadas por la reproducción del material informativo siempre y cuando la información de referencia no sea reservada o confidencial.

Para efectos de la presente Ley, el silencio de la autoridad no se interpreta como negación de una solicitud, sino como un acto de incumplimiento a lo previsto en el artículo 47, fracción I de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Sinaloa.”

De esta manera, para el cumplimiento de la LAI sería benéfico que contemplara una responsabilidad ante el silencio administrativo en concordancia con la figura de la Afirmativa Ficta como lo hace la ley de Sinaloa, por lo que sugerimos incorporar al texto jurídico dentro del capítulo de Responsabilidades de la LAI una hipótesis normativa que contemple el incumplimiento de los términos del artículo 49 de la propia Ley así como también señalar dentro del artículo 53 de la LAI que el silencio administrativo ante una solicitud de información constituye un incumplimiento a lo prescrito en el artículo 44 del mismo ordenamiento cuando el silencio sea consecuencia de negligencia por el funcionario o servidor correspondiente, motivo por el cual debe fincarse una responsabilidad administrativa en relación con la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Lo anterior, contribuye a respetar el derecho de petición contemplado en el artículo ocho constitucional que a la letra dice:

Artículo 8o.- Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la república.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Esto compone el segundo sustento democrático, por que este principio es acorde con el Estado Constitucional de Derecho respetuoso de los Derechos Fundamentales, contemplados en las Garantías Individuales de la Constitución Mexicana.

Así pues esta situación de consolidar a la Afirmativa Ficta conlleva importantes consecuencias benéficas para los sujetos activos en razón de:

a) *Reafirma la presunción pública de la información gubernamental, ya que si entendemos que la información pública es comunicable a cualquier persona que la solicite y solo podrá ser negada en los supuestos expresamente marcados por la ley; entonces el silencio administrativo no puede ser interpretado por la ley en un sentido negativo, ya que el tipo de información comentada es pública y por lo tanto no puede ser negada por motivo del silencio de la autoridad, tan solo en los casos de excepción marcados expresamente por la Ley, los cuales deben ser probados por la autoridad.*

b) *De economía procesal a favor del sujeto activo, ya que el interesado no interpondrá nuevamente la solicitud de información ante la misma autoridad o ya no tendrá necesidad de interponer un recurso administrativo ante el superior jerárquico de la dependencia gubernamental, o inclusive la interposición de un juicio de amparo administrativo, tan solo acude ante el IFAI para que confirme esta situación jurídica y requieran a la autoridad para entregar la información correspondiente*

c) *Contribuye a una participación más activa del ciudadano al facilitar el acceso a la información pública que le es de su interés, por lo que podría tener mayor conocimiento de lo que sucede en la "cosa pública" lo cual constituye uno de los elementos para fomentar ciudadanos informados capaces de analizar y comprender la situación política, económica, jurídica y en general tener una visión omnicomprendensiva del país.*

Como resultado de lo anterior podemos decir que la afirmativa ficta es necesaria para ayudar al Derecho de Acceso a la Información a ser verdaderamente ejercido, por los diversos beneficios que atrae hacia la ciudadanía, así como fortalecer para cumplir las obligaciones que tiene el gobierno hacia el ciudadano, es sin duda el conocimiento de la información pública una de las características de una democracia. Si se realizan los medios jurídicos para que

la autoridad sea más eficiente y más oportuna ante una solicitud de información, se traspasan barreras burocráticas que entorpecen a la transparencia y que la Afirmativa Ficta puede ayudar a crear una nueva conciencia a los servidores públicos además de estar obligados por ley a contestar las solicitudes ya que podrían hacerse acreedores a una sanción administrativa. La afirmativa ficta esta aparejada con el principio de publicidad y este ultimo principio no puede entorpecerse con una interpretación del silencio administrativo en sentido negativo, ya que seria una contradicción puesto que una excepción al acceso a la información publica debe ser justificada por encontrarse dentro de algunos de los supuestos de excepción, y no por configurarse el silencio de la autoridad y el simple transcurso del tiempo. Por esta razón la afirmativa ficta es congruente con todos los demás principios democráticos, y con el sentido que se pretende dar a la Ley, ya que la afirmativa ficta en esta legislación representa apertura a información gubernamental.

En síntesis si se estableciera la negación fáctica a una solicitud de información cuando después de transcurridos 20 días de haberse presentado la autoridad guarda silencio; alienta la desatención a las peticiones de los ciudadanos a acudir a los tribunales para hacer exigible legalmente el derecho a la información.

La LAI es en este aspecto, en comparación con otras leyes federales muy innovadora, como se muestra revisando las leyes del continente americano ya que ninguna contempla una figura como ésta, además de que en diversas ponencias los representantes de diversos países latinoamericanos no están de acuerdo con la figura de la Afirmativa Ficta porque su marco legal no tiene otras figuras jurídicas para que tenga sentido ésta, como lo es la creación de un órgano revisor independiente, que en este contexto contribuye junto con la Afirmativa Ficta a garantizar el Derecho de Acceso a la Información.

4.2.2 PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD.

Dentro de las actividades del gobierno en sus tres diferentes ámbitos (federal, estatal y municipal) se genera y acumula información pública que es almacenada en sus archivos. Debe quedar claro que esta información se presume pública de antemano puesto que las autoridades son solo administradores de esta información y no son los dueños de lo que adquieren o generan a nombre del Estado.

Dado que en una democracia se justifica el poder cuando es otorgado en determinados órganos del Estado por los ciudadanos, que son los poseedores originarios de éste, a través de los medios legales que ellos mismos han creado, por lo tanto todo lo que genere o adquiera el gobierno (dentro de sus tres poderes que lo conforman) pertenece en última instancia a la ciudadanía, si lo vemos dentro de una perspectiva de filosofía política.

La publicidad es una cualidad o atributo de lo que es o puede hacerse público es decir implica un proceso de salir de lo particular y abrirse a lo general, de una esfera personal a un contexto social. La publicidad es también un proceso de socialización y comunicación de cosas, ideas y proyectos en donde se pretende que el público receptor se apropie de ellos. Por ello, podemos decir que la publicidad es un proceso de comunicación esencial en las sociedades modernas y sobre todo democráticas. Justamente, la publicidad “es un proceso incluyente cuya naturaleza es trascender lo individual o lo particular para incursionar en lo social. Así, la publicidad tiene un claro sentido democrático.”⁶⁰

El concepto de publicidad es sin duda un principio normativo, entendiendo por esto, que su función es señalar una exigencia acerca de la calidad de los argumentos que pretendemos socializar o generalizar. El principio normativo de la publicidad supone la existencia de un polo social capaz de ejercer la sanción pública contra los hombres del poder que incumplen este requisito. Este principio

⁶⁰ RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, Estado y Transparencia: un paseo por la Filosofía Política, IFAI, México 2004, p. 37.

establece que la información gubernamental es pública y la clasificación de la misma se justifica estrictamente por excepción. Se basa en la idea de que las razones que los servidores y funcionarios públicos tienen para ejecutar acciones y la información necesaria para evaluar esos actos deberán ser del conocimiento de todos los gobernados.

Fue Immanuel Kant, el primero en enfatizar el vínculo cercano entre moralidad y publicidad, también desde una perspectiva utilitarista, Jeremy Bentham consideraba que la publicidad es esencial para asegurar que el gobierno promueva “la mayor felicidad para el mayor número”. De esta manera ambas posturas (kantiana y utilitarista) consideran que el principio de publicidad es valioso primero y primordialmente porque es aliado de la rendición de cuentas democrática: motiva a los funcionarios para cumplir con su deber y motiva a los ciudadanos para deliberar acerca de las políticas públicas, permitiendo a los primeros conocer el sentido de la opinión pública.

En este contexto, la información pública es comunicable a cualquier persona que lo solicite, como lo hemos venido diciendo dentro de los lineamientos legales para su cumplimiento y solo se restringirá su comunicación de manera excepcional cuando la información contenga elementos que determine la ley para negar su publicidad, pero solo por un determinado tiempo, es decir las excepciones al ejercicio del acceso a la información no determinan la naturaleza de la información es decir ya sea pública o no, sino tan solo su publicidad (que es una cualidad de la información pública). Por esta razón ningún registro público puede estar por el tiempo indefinido vedado para su consulta, igual que todas las medidas excepcionales se justifican si solamente están limitadas en el tiempo.

En efecto, el principio de máxima publicidad consiste en la prelación del interés público a cualquier otro interés en asuntos relacionados a la información gubernamental, su comunicación pública, y el interés público es la publicidad. En otros términos el operador jurídico que determina la entrega de la información al solicitante debe valorar cada situación e interpretar la ley para emitir su determinación, y es precisamente en la interpretación de la Ley que debe

considerar el interés público y la publicidad de la información como predominantes, para el ejercicio de este derecho. Así lo establece el artículo sexto de la LAI que prescribe:

“Artículo 6. En la interpretación de esta Ley se deberá favorecer el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados.

En sentido similar este principio es aplicable en las cuestiones relacionadas a la transparencia gubernamental específicamente en la publicación de oficio de información de interés general, es decir sin que medie previa solicitud de información para su publicación al alcance de todos los interesados, ya que si aplicamos en esta situación este principio fundamental, se tendrá mayor información disponible al público.

Una referencia en este rubro es la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos que al respecto refiere:

Artículo 9°. Deber de informar acerca de las competencias públicas ejercidas. La administración pública central y descentralizada y aquellos órganos y personas que administren recursos del Estado, tienen la obligación de publicar en un lugar visible de su sede o de sus oficinas, o a través de impresos a disposición del público, información respecto de sus normas básicas de competencia, la función que tienen asignada y la manera en que los ciudadanos deben relacionarse con ella en el desarrollo de su función.

Toda negativa de la administración deberá ser resuelta en forma fundada.

Artículo 10. Deber de informar acerca de trámites y procedimientos. La administración pública, central y descentralizada, así como aquellos órganos y personas que administren recursos del Estado, están en la obligación de entregar información sencilla y accesible al ciudadano sobre los trámites y procedimientos que deben efectuarse, las autoridades o instancias competentes, la forma de realizarlos, y la manera de diligenciar los formularios que se requieran, así como de las dependencias ante las que se puede acudir para solicitar orientación o formular quejas, consultas o reclamos sobre la prestación del servicio o sobre el ejercicio de las funciones o competencias a cargo de la entidad o persona que se trate.

Artículo 11. Deber de publicar informes anuales de desempeño. La administración pública, central y descentralizada, así como aquellos órganos y personas que administren recursos del Estado, están en la obligación de publicar anualmente, en forma escrita y cuando esto sea posible, en forma electrónica o digital, y en lenguaje accesible al ciudadano común, un informe sucinto sobre el desarrollo de sus funciones. En el mencionado informe se incluyen los siguientes datos:

1. Grado de cumplimiento de los objetivos y metas previstas
2. Dificultades evidenciales para el desempeño de sus labores.
3. Monto de los recursos públicos ejecutados
4. Relación de los contratos de adquisición de bienes, obras y prestación de servicios, con indicación de su objeto, plazo, valor, identificación de los contratistas y nivel de ejecución.

En México la LAI además de obligar a la Administración Pública Federal a transparentarse publicando información de su organización y de sus actos, al poder judicial se le obliga a publicar las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria como lo señala el artículo ocho:

“Artículo 8. El Poder Judicial de la Federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales.”

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que por mandato constitucional (artículo 6o.), corresponde al Estado velar por el derecho a la información, lo cual resulta relevante de la siguiente manera:

Resulta una obligación de la Administración Pública Federal el hacer de conocimiento público todas las acciones que realiza a través de diversos medios al alcance de la población utilizando la infraestructura con la que cuenta el gobierno para informar de determinados actos tanto oficiales o formales como los que no lo son, pero cumplen con la característica de informar.

De manera adicional podemos decir acerca de los fideicomisos públicos, que el IFAI ha ordenado la apertura de la información de los mismos en diversas ocasiones, tomando como argumento para dichas decisiones que la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público interviene en los fideicomisos públicos del Gobierno Federal como fideicomitente –titular de la información – por lo que no tiene impedimento legal alguno para otorgar acceso a cualquier documento relacionado con dichos fideicomisos. A partir de la emisión de los lineamientos en materia de secretos por parte del IFAI y aplicando el principio de máxima publicidad esta Secretaría esta obligada a otorgar la información.

En opinión de los doctrinarios Alicia Pierini y Valentín Lorences existe una obligación ética de los funcionarios públicos a permitir la apertura informática gubernamental y señalan que: “la obligación de rendir cuentas y de dar a publicidad los actos de gobierno le corresponde a aquellos que han asumido la elevada responsabilidad de conducir las cuestiones publicas y por ese motivo, no puede quedar en sus propias manos la discrecionalidad de decidir si proporcionan o no esa información. Si la información es un mecanismo de control de los actos de gobierno no pueden ser estos, los gobernantes, quienes decidan cuando y como se accede y se activa el mecanismo de control.”⁶¹ Precisamente este principio adquiere sustento ético ya que es una responsabilidad la apertura de los archivos gubernamentales siempre con miras al bienestar de lo social frente a lo particular. Sin duda esta responsabilidad de la que estamos hablando es una responsabilidad democrática.

Así la actuación de los funcionarios, en consecuencia, responde a los principios de derecho, deber y responsabilidad. Por la legítima elección que los inviste tienen el derecho de ejercitar la función o mandato encomendado, el cual se debe realizar obligatoriamente y dentro de los parámetros de la ley, estando además obligados a rendir cuentas de sus actos. Lo anterior es un fundamento dentro de un régimen democrático, porque el poder público se justifica cuando se ha alcanzado por las vías legítimas y mantenido con una función clara y accesible al ciudadano. Todo funcionario que no permita el libre acceso a la información en las condiciones legales para ello, o que no dé cuenta detallada de sus actos, deberá ser considerado responsable con todos los alcances de la ley. El origen de su actuación es la ley y ésta es constreñida a la publicidad de sus actos y a la

⁶¹ PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín, op. cit. p.p. 226 y 227.

rendición de cuentas durante y al terminar su gestión, de conformidad a las normas funcionales a las que deberá atenerse. La responsabilidad puede ser política, civil, penal, patrimonial o administrativa.

El principio de máxima publicidad viene a constituir un elemento fundamental para el Derecho de Acceso a la Información por que les da un parámetro, un criterio amplio a las autoridades que determinan la clasificación, la aprobación y la interpretación de lo que se hace publico para que éstas emitan su determinación a favor de la publicidad de la información.

Por ultimo recalcamos nuevamente que la información publica no es propiedad de los que la generan o la almacenen sino de los ciudadanos que con sus distintas formas de contribución, solventan la actividad administrativa, si prevalece este principio la democracia se vera fortalecida por dismunir la discrecionalidad de las autoridades y la sujeción del escrutinio publico.

4.2.3 ESTABLECIMIENTO DE LA PRUEBA DE DAÑO.

Este nuevo principio denominado prueba de daño del Derecho de Acceso a la Información, consiste en obligar a las autoridades para que comprueben el daño que causa la publicidad de cierta información que ha sido clasificada como no accesible.

Es una figura jurídica muy similar a la carga de la prueba dentro del derecho procesal. La prueba de daño es muy útil en países en desarrollo y que están en procesos de democratización porque obliga a las autoridades del gobierno a que justifiquen sus decisiones en torno a las negativas al acceso a información por motivo de clasificación, acotando al máximo las posibilidades del ejercicio discrecional de la clasificación informativa.

Con el establecimiento de este principio la autoridad clasificadora debe demostrar razonablemente que se reúnen los elementos de las hipótesis normativa que impide el acceso publico a la información y tendrá que hacerlo argumentando en cada caso particular.

El motivo de que la autoridad tenga que argumentar para justificar la determinación de cierta información como clasificada, esta basada en la presunción de publicidad a la información pública y de la obstaculización del libre ejercicio de este derecho por lo que deberá dar razones orientadas a sustentar dicha decisión. Lo anterior es acorde a los principios de fundamentación y motivación que señala el artículo 16 constitucional como requisitos de los actos de molestia que realicen las autoridades, es decir están obligados para justificar sus decisiones es decir a argumentar. Respecto de la argumentación Manuel Atienza opina: "...una característica del derecho contemporáneo, como se ha visto, es que las tomas de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. El derecho puede verse por ello (aunque esa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica".⁶² Por lo que sí la autoridad gubernamental resuelve sobre la clasificación de determinada información deberá hacerlo por medio de argumentos que justifiquen tal decisión, y en eso consiste la carga de la prueba, "el que sostenga algo que lo pruebe jurídicamente".

La LAI no contempla esta figura jurídica y dentro de su reglamento en su artículo 27 señala que al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses titulados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley. Asimismo los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal (Lineamientos) , en su disposición octava señala que al Clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma este directamente relacionado con las materias que se

⁶² ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Pág. 81

protegen en dicho artículo, sino que deberán también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho preceptos.

Un caso paradigmático es la Ley de Acceso a la Información Pública del estado de Sinaloa, que establece en su contenido el principio de la prueba de daño, en su artículo 21 que a la letra dice:

“Artículo 21. El acuerdo que clasifique información como reservada **deberá demostrar que:**

- I. La información encuadra legítimamente con alguna de las hipótesis de excepción previstas en la ley.
- II. La liberación de la información en referencia puede amenazar efectivamente el interés protegido por la ley.
- III. El daño que puede producirse con la liberación de la información es mayor que el interés público de conocer la información en referencia”

Asimismo la Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales, del estado de Morelos establece de manera similar el principio de la prueba de daño en su artículo 44 que señala:

“Artículo 44.- El acuerdo que determina la clasificación de la información como reservada deberá señalar el plazo de reserva, la autoridad y el servidor público responsable de su resguardo, la parte o las partes del documento que se reserva, la fuente y el archivo donde radica la información, **así como los fundamentos** jurídicos y las motivaciones para comprobar que:

1. El conocimiento y difusión de la información constituye un riesgo para los bienes tutelados por la ley.
2. El riesgo y los daños que potencialmente se deriven del conocimiento de la información clasificada sean superiores al interés de facilitar al público el acceso a la información reservada

3. La información solicitada se refiere a alguna de las hipótesis señaladas en la ley.”

A mayor abundamiento sobre la carga de la prueba, su sentido democrático es de dos vertientes:

Primera. La obligación de fundar y motivar las decisiones de clasificación de información que realiza la autoridad reduciría los índices de los archivos que se encuentran en esta situación, porque no se abusaría indiscriminadamente de esta facultad discrecional de la autoridad. La motivación que conste en el acuerdo de clasificación será el argumento que se tome en cuenta en el recurso de revisión ante el IFAI, para determinar si permanece clasificado o no, a menos que hayan surgido nuevas circunstancias que considere la autoridad administrativa para motivar otros argumentos de los plasmados en el documento clasificatorio.

Segundo. Se respetan las garantías contempladas en el artículo 16 constitucional de fundamentación y motivación de los actos de las autoridades, y como el derecho de acceso a la información actualmente es considerado como una garantía individual debe respetarse lo mandado por dicho precepto constitucional.

Los ejemplos de las legislaciones estatales deben ser tomados en cuenta para que los legisladores federales reformen la LAI en este rubro ya que es necesario que una ley con tendencias democráticas establezca la obligación de la autoridad a motivar las razones de un acto que niega el ejercicio de un derecho.

De igual manera, en el ámbito internacional los Principios de Johannesburgo establece dentro de su texto la prueba de daño en principio 1.3 que a la letra dice:

“Principio 1.3: Necesario en una sociedad democrática.

Para poder determinar que una restricción a la libertad de expresión o información es necesaria para proteger un interés nacional legítimo, un gobierno debe demostrar que:

- a) la expresión o información en cuestión plantea una seria amenaza a un interés de seguridad nacional legítimo;
- b) la restricción impuesta es el medio menos restrictivo posible de proteger ese interés; y
- c) la restricción es compatible con los principios democráticos. "

Cierto es que los legisladores deben tomar muy en cuenta estas expresiones respecto a la prueba de daño y deben incorporarla dentro del texto normativo de la LAI, para que esta ley tenga mayores elementos para hacer cumplir el derecho a la información y disminuir el marco discrecional con que cuenta la autoridad clasificadora.

4.2.4 ENTE REGULADOR TOTALMENTE INDEPENDIENTE.

Para garantizar efectivamente el Derecho de Acceso a la Información Pública es necesario la creación de un órgano específico que regule la actividad del gobierno y que ayude a los particulares que pretenden acceder a los archivos públicos.

Por una parte, las consecuencias que se derivan del cotidiano desenvolvimiento administrativo es, justamente, la negativa de los funcionarios a suministrar información, muchas veces por temor y desconocimiento, otras deliberadamente niegan el acceso por conservar sus propios intereses, sabiendo que el conocimiento público les acarrearía la inadversión de la sociedad por no tolerar determinadas actividades en el gobierno. Pretextos para mantener la secrecía hay demasiados, pero razones contundentes pocas, por lo que debe existir un órgano encargado de analizar estas razones para determinar si se debe permitir el acceso o no a una información específica.

En este punto, existe un consenso, consistente en facultar a un órgano independiente para revisar las negativas de acceso, situación necesaria en toda democracia en donde existen la separación de poderes dentro del gobierno, por lo que el siguiente paso será el determinar la independencia de este órgano y sus vinculaciones jurídicas y políticas con el gobierno.

Así lo establecen algunos criterios internacionales, como lo plasmado en los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información, en el apartado III, principio 14, que establece:

“Principio 14. Derecho a la revisión independiente ante la denegación de información.

El Estado está obligado a adoptar las medidas apropiadas para poner en vigencia el derecho a obtener información. Estas medidas requerirán que las autoridades, al denegar el pedido de una información, tengan que especificar por escrito las razones para hacerlo y lo antes posible, y deberán prever el derecho a que una autoridad independiente revise los meritos y validez de la negación, además de alguna forma de revisión judicial respecto a la legalidad de la denegación. La autoridad que revise debe tener derecho a examinar la información denegada.”

Además, dentro del derecho comparado como ya vimos con anterioridad el caso francés es destacable, al crear a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos que es el órgano revisor con facultades limitadas pero considerables, o el caso canadiense al crear como ente revisor al Comisionado de Acceso a la Información, uno de los casos paradigmáticos en el tema, que funciona como un ombudsman del acceso a la información.

El tener una autoridad reguladora del Derecho de Acceso, dentro de una democracia es una garantía de que este derecho se cumplirá, y de hecho constituye un fundamento para garantizarlo, de otra manera se pueden tener una serie de instituciones para tutelar el derecho pero no se tendría a una de las principales como lo es el crear y consolidar a un órgano revisor ya que esto contrae una serie de beneficios de los que sobresalen:

“ a) El fomento de la imparcialidad en el desempeño de sus funciones y eliminar el conflicto de intereses que existe cuando la Ley establece un órgano dependiente directamente de uno de los poderes sujetos al ámbito de aplicación de la Ley en cuestión, particularmente cuando se trata de determinar si una información

publica determinada actualizada o no alguna de las hipótesis normativas de la excepción al derecho de acceso a la información.

b) Desde la perspectiva de los gobernados, la autoridad reguladora independiente representa una instancia gratuita, expedita y eficaz para dirimir conflictos en materia de acceso a la información si se le compara con la alternativa única de la autoridad jurisdiccional, la cual –particularmente en las democracias emergentes- es lenta, costosa y en muchas ocasiones ineficaz en perjuicio de la sociedad toda.

c) Sólo una autoridad reguladora independiente puede ofrecer un programa intensivo de capacitación para los gobernados con el fin de que haya el mejor aprovechamiento posible del derecho de acceso a la información pública, habida cuenta que la sola expedición de la Ley en la materia no garantiza que tenga en los hechos un efecto igualitario o democrático, y

d) La autoridad reguladora independiente se encuentra en condiciones de evaluar año con año las fortalezas y debilidades de la Ley de Acceso a la Información Pública, teniendo la posibilidad de conducir foros o estudios conducentes a reformas legales que mejoren, en el interés público, aquellos aspectos que no estén suficientemente claros o requieren ajustarse a los estándares democráticos internacionales actuales en la materia."⁶³

Siguiendo esta vertiente se pueden apreciar dos instancias rectoras: una primera instancia administrativa que debe estar representada por un órgano que vele por el cumplimiento del libre acceso a la información pública y que actúe como árbitro ante los conflictos que se susciten entre el particular y el funcionario público. Los agentes que estén a cargo de este órgano administrativo deben ser nombrados por el Poder Legislativo ya que deben tener autonomía frente al Poder Ejecutivo que forma la administración pública. Después, de las decisiones que dicte este organismo (sobre la negativa a suministrar información) debe existir una segunda instancia jurisdiccional a través de un juicio que debe interponerse ante los tribunales constitucionales por tratarse de la sustanciación de conflictos entre

⁶³ VILLANUEVA Ernesto, El Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica, op. Cit., p. LXV.

derechos de rango constitucional, en este caso el juicio de amparo (que en esta materia únicamente procede para los particulares según criterio de la Suprema Corte de Justicia, -83 amparos desde el 12 de junio de 2003 al 15 de mayo de 2005, en donde ocho de estos amparos fueron interpuestos por alguna dependencia gubernamental.)

En México, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, crea al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública según disposición del artículo 33, que a la letra dice:

“Artículo 33. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública es un órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades.”

Adicionalmente el Decreto presidencial de Creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, del 24 de diciembre de 2002, establece que:

“El IFAI es un organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonios propios, con domicilio legal en la Ciudad de México...contara con autonomía operativa presupuestaria y de decisión, en términos de la Ley que lo crea y este Decreto, sin perjuicio de que la materia de gasto, presupuesto y contabilidad se regirá por la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el Presupuesto de Egresos de la Federación de cada ejercicio y las disposiciones que de estos dos últimos emanen”.

Las funciones fundamentales del IFAI son las de resolver los recursos de revisión sobre las negativas de acceso a la información emitidas por el gobierno federal, así como de realizar funciones de promoción y difusión de éste derecho. tal y como esta señalado en el artículo 37 fracción II y XII que a la letra dicen:

Artículo 37. el Instituto tendrá las siguientes atribuciones

II. Conocer y resolver los recursos de revisión interpuestos por los solicitantes.

XII. Promover y en su caso ejecutar la capacitación de los servidores públicos en materia de acceso a la información y protección de datos personales.

Además de estas funciones cuasijurisdiccionales, también protege los datos personales en posesión del gobierno y tiene acceso a la información reservada o confidencial para determinar su debida clasificación o desclasificación y si procede el acceso publico. Así podemos ver lo que determina el mencionado artículo 37 de la LAI que dentro de las atribuciones se encuentra la siguiente:

IX. Establecer los lineamientos y políticas generales para el manejo, mantenimiento, seguridad y protección de datos personales, que estén en posesión de las dependencias y entidades.

Asimismo el Reglamento de la LAI en su artículo 62 dispone:

Artículo 62. sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley, el Instituto podrá:

I. Diseñar procedimientos y establecer sistemas para que las dependencias y entidades reciban, procesen, tramiten y resuelvan las solicitudes de acceso a la información, así como a los datos personales y su corrección.

Por otra parte algo destacable es que sus decisiones son definitivas para los sujetos obligados, y los sujetos activos, tiene la posibilidad de ir vía amparo, a la protección jurisdiccional, cuando el solicitante considere se haya violado sus garantías individuales en cualquier momento del procedimiento de acceso.

Asimismo estará integrado por cinco comisionados de los cuales uno será el presidente comisionado, éstos serán designados por el Ejecutivo según dispone el artículo 34, y la Cámara de Senadores podrá objetar dichos nombramientos por mayoría o en su caso la Comisión Permanente con la misma votación, teniendo treinta días para objetarlo, si no lo hace en este plazo, se entenderá por no objetado. Los comisionados duraran en su cargo por siete años sin posibilidad de reelegirse.

De lo anterior encontramos un problema que pudiera surgir, ya si bien la Ley determina la autonomía en las decisiones del IFAI, no podemos pasar por alto

la vinculación política que nace de la designación por el Presidente de la Republica como Ejecutivo Federal, y su posterior ratificación por el Senado. En este sentido señala el maestro Fuente Mayor que:

"Se puede considerar que el modelo utilizado por la ley mexicana, que ha creado un instituto para garantizar el derecho de acceso a la información pública y para actuar en los casos en que se produzca la negativa a la información solicitada por el ciudadano, está en concordancia con la naturaleza jurídica de este derecho. Sin embargo, dicho instituto no debe tener una dependencia jerárquica con respecto al Poder Ejecutivo; es necesario que goce de autonomía frente a la administración pública del Estado ya que en sus decisiones actúa como árbitro entre el ciudadano y el órgano o ente de la administración pública. Por tanto, se requiere una independencia suficiente ante los derechos del ciudadano y ante los del ente gubernamental."⁶⁴

Deben encontrarse nuevas vías para la designación de los comisionados para garantizar una verdadera autonomía e independencia del Instituto; una manera podría ser la designación de dos comisionados por parte del ejecutivo y su posterior ratificación en el Senado, dos comisionados propuestos y ratificados por el Congreso de la Unión, y un miembro propuesto por la sociedad civil, ya sea una institución prestigiosa como la UNAM, o por asociaciones civiles, con aprobación del Senado. Otra vía puede ser una propuesta que englobe diferentes candidatos, hecha por el Poder Ejecutivo y el Legislativo, que entrarían a un proceso de selección por conocimientos sobre la materia, realizado por un grupo de expertos pertenecientes a diferentes instituciones académicas como la UNAM, la UAM, el CIDE o el Colegio de México.

Hay que señalar que los Poderes Legislativo y Judicial, así como los organismos constitucionales autónomos como el IFE, el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la UNAM, deben expedir sus propios reglamentos para garantizar la exacta observancia y aplicación de las

⁶⁴ FUENMAYOR ESPINA, Alejandro, op.cit. p. 57.

disposiciones de la LAI. El IFAI no tiene atribuciones sobre estas instancias porque su autonomía no es constitucional.

Sobre esto, cabe aclarar que el IFAI, se ha mostrado con un carácter autónomo ya que no han acontecido situaciones en las cuales se llegue a dudar de su real independencia, y en su justa dimensión a pesar de sus limitaciones, a puesto en evidencia la negativa voluntad por parte de sectores de la Administración Pública a transparentarse y a no permitir el acceso público a sus archivos; hasta el momento ha actuado con apego a lo establecido en el artículo cuarto del Decreto que dicta que **“el Pleno del Instituto no estará subordinado a autoridad alguna, por lo que adoptara dichas decisiones con plena independencia”**. Cabe aclarar que el Pleno está integrado por cinco Comisionados, y constituye el órgano máximo de dirección del Instituto, éstos deliberan y desarrollan sus funciones colegiadamente ajustándose al principio de igualdad entre sus integrantes.

Ya que el caso mexicano, es un paradigma respecto de la creación de un órgano revisor autónomo, y que en la práctica ha mostrado sus primeros resultados positivos, no bastaría quedarse en esta situación. Como ya mencionamos antes, el siguiente paso es el desarrollar medios de integración muchos más acorde a los criterios democráticos para los Comisionados, donde participen más actores políticos y poderes, sin quedar en un monopolio las facultades de integración. Inclusive la discusión también debe dirigirse hacia la naturaleza jurídica del IFAI, ya que es un organismo descentralizado de la administración, bajo la modalidad de organismo no sectorizado, y que según disposición del Decreto, tiene ventajas como la de suprimir el vínculo que caracteriza a las unidades administrativas centralizadas y desconcentradas y que además otorga autonomía de gestión y patrimonial.

Al respecto, consideramos que el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública debe tener un fundamento constitucional, elevándolo a un órgano constitucional autónomo, similar por ejemplo al Instituto Federal Electoral (artículo 41 F. III) o la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículo 102-B).

Bajo esta tesis, el caso morelense nos arroja formidables elementos al respecto. Justamente el artículo 23-A de la Constitución morelense en su capítulo III relativo a los órganos constitucionales autónomos, acorde con el artículo 93 de la Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del Estado de Morelos, crean el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística (IMIPE); este primer ordenamiento prescribe:

Artículo 23-A.- El Congreso del Estado establecerá un organismo autónomo para tutelar el derecho de acceso a la información pública de todas las personas, proteger los datos personales y realizar estadísticas, sondeos y encuestas imparciales que coadyuven al cumplimiento de las funciones de los poderes públicos y al desarrollo democrático del Estado, denominado Instituto Morelense de Información Pública y Estadísticas. El Instituto será el encargado de aplicar la ley de la materia y sus resoluciones serán acatadas por las entidades y dependencias públicas del Estado, y por toda persona que reciba, maneje, aplique o participe en el ejercicio de recursos públicos o privados, siempre que estos se destinen a actividades relacionadas con la función pública. Los ciudadanos que sean designados como integrantes del Instituto a que se refiere el párrafo anterior, deberán reunir los requisitos que señale la ley, pero en todo caso se velará que no tengan compromisos o simpatías por cualquier partido político o vínculos con el gobierno, quedando excluidos de este último requisito el servicio profesional que se preste en cualquier institución educativa o de investigación de cualquier área pública.

Así mismo el artículo 93 de la Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del Estado de Morelos estipula:

“Artículo 93. El Instituto Morelense de Información Pública y Estadística es un órgano constitucional autónomo de acuerdo con lo previsto en el artículo 23-A de la Constitución Política del estado de Morelos. Por lo tanto, es una entidad pública con naturaleza jurídica, patrimonio propio, distinta e independiente de los poderes públicos del estado y de los organismos y dependencias creadas por disposición legal.”

No solo Morelos adopta constitucionalmente la creación de un órgano revisor, además el estado de Querétaro sigue esta tendencia creando la Comisión Estatal de Información Gubernamental, por disposición de la Ley Estatal de Acceso a la Información Gubernamental en el Estado de Querétaro, que dispone:

"Artículo 29. La Comisión es un organismo constitucional autónomo que se encargara de garantizar el ejercicio, disfrute, promoción, difusión e investigación del derecho de los gobernados para acceder a la información publica en los términos de esta Ley."

Por estos motivos, seria benéfico para la consolidación del acceso a la información que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos adoptara en alguno de sus artículos el fundamento del IFAI, para otorgarle mayor fuerza y presencia.

Si se consolida el IFAI como un órgano autónomo e independiente del cualquier poder de gobierno, contribuye a garantizar el Derecho de Acceso a la Información Publica, por lo que los ciudadanos mexicanos contaran con una autoridad que antepone este derecho frente a otros intereses políticos. La sociedad mexicana esta urgentemente necesitada de certidumbre en las decisiones de sus autoridades por lo que sí tiene confianza en el IFAI, habrá mas solicitudes de acceso y posiblemente mas recursos de revisión ante esta autoridad, por lo que la sociedad se interesara con mayor ímpetu por la información que cuenta el gobierno, y será mas participativa, sin duda esto ayuda a la democracia por que la información ahora estará en manos de la gente y ahí es donde es útil para que ésta tome sus decisiones. Un gobierno autoritario no permite la autonomía de las autoridades que lo pueden regular, por esto la vinculación de la democracia y la autonomía de sus autoridades reguladoras es evidente.

4.2.5 EL DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

El Derecho de Acceso debe estar en continuo progreso y es una necesidad que se apoye en técnicas o tecnologías para su eficaz desempeño y facilite sus finalidades; la informática forma parte importante debido a su capacidad para acumular y transmisión de datos que conforma información y esto configura precisamente uno de los objetos de estudio de esta tesis.

De esta manera, debido a los actuales ordenadores o computadoras, la informática ha acelerado un gran desarrollo, fundamentalmente por la gran capacidad de almacenamiento y la rapidez de acceso a los datos acumulados. Si a esta se le suma el avance tecnológico en materia de comunicaciones, se obtiene el resultado actual, que es la información acumulada y dispersa por distintas partes del planeta, que puede ser accesible a través de las grandes redes informáticas como por ejemplo Internet.

Sin duda esto es una apertura para la concepción que tiene el Derecho acerca de la información, ya que tradicionalmente la atención jurídica constitucional diseñada a ésta ha estado dominada por una consideración puramente instrumental que la ha subordinado a otros principios y bienes constitucionales. En la actualidad, y gracias al desarrollo de las tecnológicas del tratamiento, se ofrece la oportunidad de reflexionar sobre el objeto jurídico tan inmaterial como importante, como lo es la información.

Alicia Pierini hace énfasis en este tema y señala: "El proceso informático ha significado una verdadera explosión en todo lo que se refiere al acopio de datos; de aquellas gigantes y complejas maquinarias, solo manejadas por especialistas, con un altísimo costo, se pasó al moderno proceso de acumulación de datos en cómodos ordenadores –algunos incluso portátiles-, dotados de "programas amigables" –llamados así por su accesibilidad- y, además, la ductibilidad de sus usos y la continua competencia determinaron su nivel actual en cuanto a un costo accesible, a

tal punto que se vende en negocios del ramo prácticamente como un elemento electrodoméstico mas⁶⁵

Para poder contextualizar debemos adentrarnos en el movimiento mundial de la Sociedad de la Información, entendiendo, entre otros significados, aquellos en los cuales los distintos medios tecnológicos inciden en el desarrollo de la vida cotidiana como lo es el “gobierno electrónico” que podemos definirlo como todas aquellas actividades basadas en las modernas tecnologías de información, en particular Internet, que el Estado desarrollará para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer a las acciones del Gobierno de un marco mucho mas ágil y transparente que el actual. En este sentido podemos ejemplificar con el caso chileno, que en su proyecto de Reforma y Modernización del Estado, Agenda 2002 – 2005, ha establecido que el uso de las tecnologías de información y la comunicación (TIC) son medios idóneos para mejorar los servicios e informaciones ofrecidos a los ciudadanos, aumentando la eficacia de la gestión pública e incrementando sustancialmente la transparencia del sector público.

El empleo de tecnologías informáticas fue una de las nuevas propuestas que tuvo el Ejecutivo, y hecho andar una nueva política vinculada con la informática en donde uno de los ejemplos más destacables fue los portales de la Secretaria de la Función Pública y la creación del “Portal Ciudadano”. Fue con esta última dependencia que junto con el IFAI desarrollaron el Sistema de Solicitudes de Información (SISI), para que los ciudadanos puedan realizar sus solicitudes de información sin necesidad de acudir a la dependencia. El SISI es un sistema electrónico donde el ciudadano solo requiere registrarse y hacer su solicitud de información a la dependencia correspondiente. El sistema genera un acuse de recibo con un número de folio que le permite al ciudadano conocer en cualquier momento el curso y estado de su solicitud. En este punto se reafirma el

⁶⁵ PIERINI – LORENCES- TORNABENE, Habeas Data, Derecho a la Intimidad, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 46

principio de gratuidad ya que la información enviada a través e este medio será gratuita debido a que solo se cobran los costos de reproducción y envió,.

A través del SISI la información publica se puede conseguir a través de medios electrónicos sin ningún costo para el usuario facilitando el servicio a cualquier persona ya que la situación económica no interviene, además de poner en practica a través de este medio uno de los principios democráticos, la gratuidad. Por otra parte, el IFAI emitió un lineamiento que obliga a todas las dependencias y entidades a utilizar el SISI para atender las solicitudes de información. Finalmente, dentro de sus tareas de promoción, el Instituto también deba elaborar una guía de acceso a la información que orientara al ciudadano sobre la manera en que puede solicitar información del gobierno, así como elaborar los formatos para el acceso a la información publica, a los datos personales y su corrección. Es obligación de todas las dependencias y entidades federales a usar el SISI, además de que el portal del IFAI y en los diferentes portales de los sujetos obligados a usar este sistema se encuentra un vinculo de acceso al SISI en donde se puede llenar la solicitud y enviarla.

El propio IFAI destaca algunas ventajas que conlleva el utilizar esta tecnología informática:

1. Evita trasladarse a una oficina publica para tramitar la solicitud. A través del SISI se puede hacer desde cualquier computadora que cuente con Internet.
2. Reduce el tiempo de respuesta sobre la disponibilidad de información (notificación).
3. Da seguimiento del curso y estado de la solicitud a través del sitio de Internet www.ifai.org.mx. para esto se utiliza el numero de folio del acuse que se entrega personalmente la Unidad de Enlace.
4. Recibir a través del SISI la información solicitada a dependencias y entidades.
5. Consultar el tipo de información que las dependencias y entidades han entregado a otros solicitantes.

6. En caso de que la dependencia o entidad requiera mayores datos para atender una solicitud, no es necesario acudir de nueva cuenta a la oficina pública, ni incurrir en gastos de envío de aclaraciones por correo.

Los resultados del SISI han mostrado su efectividad del uso medios electrónicos, pues del 12 de junio al 31 de diciembre de 2003, las dependencias y entidades de la administración pública federal recibieron un total de 24740 solicitudes de información, de las cuales 92% se recibieron mediante el SISI.⁶⁶ Además desde cualquier parte del país e, incluso, desde el extranjero, se puede solicitar información en posesión del gobierno federal por medio de este sistema, al cual se puede ingresar por Internet en la dirección electrónica: <http://informacionpublica.gob.mx>.

El SISI funciona a lo largo de seis etapas que constituyen el proceso de acceso a la información es de que la persona ingresa la solicitud, pasando por el proceso interno de tratamiento de la solicitud, hasta la entrega de la información y el eventual recurso de revisión interpuesto ante el IFAI:

“Fase 1: Solicitud – La persona debe ingresar su solicitud en el SISI o, redactarla en papel, que puede enviarse por correo o entregar personalmente en la Unidad de Enlace para que ésta la capture y procese en el sistema. En todos los casos el SISI asignará un número de folio para dar seguimiento a la solicitud.

Fase 2: Recepción e investigación – La dependencia o entidad recibe la solicitud y la turna a la unidad administrativa correspondiente, con el fin de que investigue si existe la información y si tiene carácter de pública, reservada o confidencial. De contar con la información y ser pública, la unidad administrativa remite la misma a la Unidad de Enlace y precisa, si da lugar, el costo de acuerdo con las modalidades de entrega. Fase 3: Respuesta, opciones de entrega y envío – La dependencia o entidad notifica al solicitante sobre la respuesta a su solicitud. En caso de ser negativa le informará sobre la opción de presentar un recurso de revisión ante el

⁶⁶ Cfr. BALTAZAR MACIAS Atzimba y GUERRERO AMPARAN Juan Pablo, El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública: la construcción institucional en Transparentar al Estado: la Experiencia Mexicana de Acceso a la Información, op. cit., P 78

IFAI. En caso de que la respuesta sea afirmativa, el SISI informará al solicitante sobre los medios en los cuales puede ser reproducida la información, los costos de reproducción, así como las diferentes formas de envío y sus costos. El sistema emitirá una ficha con una clave de identificación bancaria, mediante la cual se podrá realizar el pago.

Fase 4: Notificación de pago – Una vez realizado el pago, el banco avisará automáticamente al SISI sobre éste, con lo cual la dependencia o entidad sabrá en todo momento qué solicitantes cubrieron las cuotas de reproducción y de envío correspondientes, a efecto de que procedan a la reproducción y envío de la información.

Fase 5: Entrega o envío – Cuando la dependencia o entidad haya reproducido y enviado la información solicitada, el SISI informará al solicitante la fecha en que se realizó el envío, y en su caso, el número de guía. En todo caso, la información será gratuita siempre y cuando sea entregada por medios electrónicos.

Fase 6: Recurso – Si el solicitante decide presentar un recurso de revisión por la negativa de información, el SISI le permitirá hacerlo por vía electrónica. El solicitante también podrá enviar un escrito o acudir personalmente al IFAI. En estos dos últimos casos, el IFAI incorporará los datos del recurrente en el SISI. El IFAI estudiará el caso y notificará al recurrente dentro del plazo establecido. El procedimiento de consulta o modificación de datos personales a través del SISI requerirá autentificar la identidad del solicitante.⁶⁷

El incorporar tecnologías de la información sin prioritario ya que si vemos las cifras de las solicitudes que se interponen por vía electrónica nos percatamos de que de 100 mil 197 solicitudes presentadas hasta el momento el 93.4% lo hizo por este medio, es decir cerca de 93 mil 584 lo realizó a través del SISI.

La propia Ley acertadamente contempla la obligación de poner a disposición del público y actualizar la información establecida en el artículo séptimo de la LAI, que con referencia al artículo noveno de la misma Ley, implanta

⁶⁷ cfr. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Transparency and Access to Information, México 2004, p.p. 5 y 6.

las bases para desarrollar el gobierno electrónico referente a esta materia en específico, y dicho artículo prescribe:

“Artículo 9º. La información a que se refiere el Artículo 7 deberá estar a disposición del público, a través de medios remotos o locales de comunicación electrónica. Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas equipo de cómputo, a fin de que éstas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones. Asimismo, estos deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten.”

Lo anterior consolida los fines de la ley y su vínculo con la democracia, en el sentido de proveer y estar a disposición de la mayor cantidad de personas posibles la información gubernamental, sin que medie un formalismo burocrático que pueda vulnerar el ejercicio del Derecho de Acceso, con requisitos mínimos que puedan tener todas las personas como son el nombre y el domicilio. Sin embargo dentro de la situación real de la sociedad mexicana existe aun mucho trabajo que realizar para que la tecnología llegue a diferentes estratos sociales, por lo que este sistema los excluye en un primer término.

Además podemos ver la tendencia en la política actual de incorporar tecnología informática y prácticas de uniformidad de gestión como la adopción de algunas dependencias de la certificación ISO 9000 o 9001, que tratan de ámbitos como a) eliminación de barreras burocráticas, b) rendición de cuentas y transparencia y c) requisitos de publicidad; debemos entonces apoyar estas reformas al sistema gubernamental para que éste se pueda acercar más a las necesidades de la gente, superando obstáculos burocráticos como tardanza en sus respuestas o trasladarse directamente a la oficina para realizar un trámite en este caso una solicitud de acceso, para poder echar andar la maquinaria burocrática, que en vez de alentar a las personas a realizar un trámite, las ahuyenta. Con esta nueva situación puede estimular la inquietud saludable de las personas a saber de las actividades del gobierno y la información que contiene. Actualmente existe el desarrollo una plataforma tecnología denominada

“INFOMEX” , que funcionara como lo hace el SISI, pero para la información en manos de los municipios y los estados, lo que potencializara su uso y el ejercicio de tal derecho.

Por supuesto sabemos que en nuestro país el uso de tecnologías informáticas apenas esta creciendo y no somos ingenuos al señalar que si aumentara su uso estaríamos frente a una de las oportunidades más sobresalientes para democratizar la administración pública junto con el uso del derecho de acceso a la información. Las cifras oficiales del uso del Internet en México son correspondientes al 15% de la población siendo la cifra más alta en toda Latinoamérica por lo que nos da un motivo fuerte para impulsar desarrollo.

Por ende el uso adecuado de Internet y su desarrollo es la máxima forma de ejercer los valores democráticos, ya que la interacción inmediata, el intercambio de información de persona a persona, la comunicación entre diferentes culturas y la posibilidad de difundir información en formatos ágiles y atractivos para el usuario, otorga un beneficio sustancial para el ejercicio del derecho a la información, el acceso a la información y por ende, la libertad de expresión y de información.

Así, la situación mencionada puede en algún grado animar la participación ciudadana que necesita una democracia, que esperemos tenga los resultados deseados para el caso de México; “las nuevas tecnologías ofrecen ‘una oportunidad innovadora para hacer mejoras necesarias en la orientación de la democracia’”⁶⁸ Si las tecnologías informáticas se utilizan para un fin de apertura, de publicidad, de transparencia, es decir con fines democráticos y legítimos como es el caso de garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, se pueden tener avances importantes para beneficio de la sociedad, pero en caso contrario, puede vulnerar los intereses democráticos, todo depende que sentido se le dé al uso de la tecnología, y sobre esta última situación hay que advertir lo que Norberto Bobbio señala: “esta por demás decir que el control público del poder es mas

⁶⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Jose Julio, op. cit. p. 199.

necesario por cuanto estamos en una época en la que los instrumentos técnicos de los que puede disponer quien detenta el poder, para conocer con preescisión todo lo que hacen los ciudadanos, ha aumentado enormemente, de hecho es prácticamente ilimitado. Si manifesté algún titubeo en que la computocracia puede impulsar a la democracia gobernada, no tengo ninguna duda en el servicio que puede prestar a la democracia gobernante”⁶⁹

4.2.6 DETERMINACION DE ADECUADAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Para muchos tratadistas interpretar es desentrañar el sentido que algo encierra, sacar ese sentido a la superficie. De manera que interpretar la norma jurídica es igual a determinar su sentido, en general, o bien en relación con un caso concreto. Dicho de otro modo, interpretar la norma quiere decir captar el significado que en ella está encerrado. A pesar del cuidado que se pone al elaborarse la ley, la interpretación es necesaria y útil. Es muy difícil precisar por adelantado quiénes entrarán bajo su aplicación y con qué obligaciones lo harán. La vida de la norma revelará su alcance y sentido, y sólo será interpretando la ley como podrá saberse su contenido.

Suele ocurrir con frecuencia que la norma exista y que sea fácilmente identificable, pero que su sentido exacto no se desprenda fácilmente de su simple lectura. Surge entonces el problema de la interpretación para poder determinar el sentido exacto de la misma. La interpretación de la ley reviste gran importancia en la vida jurídica, ya que sin esta figura sería difícil que funcionara el orden jurídico, porque las normas están destinadas necesariamente a ser cumplidas y aplicadas por los órganos competentes.

La interpretación es una actividad fundamental en el derecho, hasta el punto que cabe afirmar que es la principal tarea del operador jurídico. El papel que

⁶⁹ BOBBIO Norberto, op. cit. P. 24.

desempeña la interpretación en el derecho es consecuencia además del carácter de sus enunciados y de la necesidad de que éstos puedan adaptarse a distintas circunstancias contextuales e históricas. Cabe distinguir dos sentidos de la interpretación jurídica: amplio y restringido. En el primero de ellos interpretar consiste en asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico; en el segundo, en determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa. Nótese que ambos conceptos de interpretación son de indudable valor en el derecho.

Una vez establecida *in abstracto* la aplicabilidad de una norma, hay que determinar si en el caso concreto se realiza o no el supuesto de hecho previsto en dicha norma. Para responder a esta pregunta se requiere un conocimiento adecuado del sentido y alcance de la disposición que se intenta aplicar. A este conocimiento se llega mediante la interpretación de las expresiones contenidas en el texto normativo. De antemano podemos asegurar que para un buen funcionamiento de régimen jurídico debe existir coherencia en las diversas normas que lo conforman, en lo cual Norberto Bobbio opina “la incompatibilidad entre dos normas es un mal que se debe eliminar y que por consiguiente, presupone una regla de coherencia: en un ordenamiento jurídico no deben existir antinomias.”⁷⁰ La interpretación entonces no tan solo esta encaminada a buscar el significado de la norma sino que en términos prácticos dirigida a la resolución de casos. “Corresponde al propio sistema jurídico determinar cuales son los métodos validos para realizar la interpretación al manos general, esto es, establecer los lineamientos que deben guiar la actividad interpretativa, indicando los argumentos validos y los limites generales a la actividad del interprete.”⁷¹

De esta manera, cuando se resuelva algún caso en el ámbito de aplicación de la LAI, pueden surgir una serie de problemas de ambigüedad y/o vaguedad que el operador jurídico tendrá que resolver interpretando la propia ley. Por esta razón es necesario instituir que método o norma de interpretación es la mas adecuada de acuerdo a los objetivos de la Ley.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Themis, Bogota, 1997, p. 205

⁷¹ HUERTA Carla, Savigny en el Contexto Actual de la Interpretación, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Derecho Comparado, Temas Diversos, González Martín, Nuria coordinadora, Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2006

De esta manera la Ley de Transparencia en su artículo sexto establece la prelación del principio de publicidad en toda interpretación que se haga a la misma Ley; dicho ordenamiento instauro:

“Artículo 6º. En la interpretación de esta Ley se deberá favorecer el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados.”

Es apropiado que la Ley Federal de Transparencia determine en que sentido tendrá que ser interpretado el texto jurídico que ella contiene, esto le da herramientas al operador jurídico para poder decidir en el momento en que surja algún conflicto de vaguedad o ambigüedad del texto normativo. Inclusive el órgano clasificador tendrá la obligación de tomar en cuenta lo que prescribe los artículos que señalan las normas de interpretación de la ley, para argumentar alguna excepción al ejercicio del derecho de acceso a la información. Justamente el derecho cuenta con tres ámbitos: las normas sustantivas, las normas adjetivas y las normas argumentativas. Estas últimas son las que producen que el derecho evolucione a través de la interpretación de los órganos jurisdiccionales. “En este sentido, es dable argumentar que las normas sobre interpretación son estructuralmente superiores al resto de las normas sustantivas y adjetivas, en virtud de que señalan el procedimiento de aplicación de éstas.”⁷²

Bajo ese contexto, la Ley de Información Pública, Estadística y Protección de Datos Personales del estado de Morelos, instauro diferentes métodos de interpretación o normas interpretativas con un sentido democrático. Las normas interpretativas son las que se dictan para aclarar o precisar un texto normativo. Éstas tratan de *aclarar* o *precisar* los alcances de un texto en el cual ellas están dentro, o dictado con anterioridad, si se trata de una norma fuera del texto normativo.

Así pues, los medios en que debe ser interpretada la propia ley son señalados dentro del Capítulo Cuarto, y a nuestra consideración dan suficientes

⁷² NIETO, Santiago, Interpretación y Argumentación Jurídicas en Materia Electoral, una Propuesta Garantista, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 231.

herramientas al operador jurídico para que su interpretación resulte siempre con claras tendencias democráticas. Tal disposición señala:

Artículo 17. Para la interpretación de esta Ley, el derecho de acceso a la información pública se interpretara conforme al último párrafo del artículo 6 de la Constitución federal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos, ratificados por el Estado mexicano y la interpretación de los mismos que haya realizado los órganos internacionales especializados.

Artículo 18. En el caso de que cualquier disposición de la Ley o de los tratados internacionales aplicables en la manera pudiera tener varias interpretaciones deberá prevalecer aquella que proteja con mejor eficacia el derecho de Acceso a la información.

Artículo 19. Cuando resulte algún conflicto entre métodos de interpretación sin que se afecte el derecho de acceso a la información pública, prevalecerá el elemento democrático teleológico; seguirá en jerarquía el método sistemático, sustentando en el principio de seguridad jurídica; le seguirá el histórico u originalista, que se basa en la exposición de motivos de esta Ley y en los debates de su proceso de creación; y en última instancia, se atenderá al método literal.”

Sobre la razón que motiva que se le otorgue prelación al método teleológico se debe a que es usual que el juzgador considere como fuente auténtica de interpretación de la ley, la voluntad expresada por el legislador en su calidad de representante de las demandas colectivas; que el legislador – concretamente en la exposición de motivos– en el ejercicio de su función creadora de supuestos contenidos en norma jurídica, precisa el sentido que le otorga a las palabras con las cuales caracteriza las razones para la existencia de los derechos, obligaciones, potestades y declaraciones que refieren los textos de las leyes.

Ciertamente, en la interpretación jurídica corresponde que prevalezca el bien común sobre el interés particular, y de forma similar, es más razonable que

predomine el interés y bienestar social frente al interés estatal, incluso por encima de las consideraciones denominadas “razones de estado” (máxime si sólo responden a los intereses y conveniencias del grupo incidentalmente detentario del poder político) en donde el derecho de acceso a la información es muy vulnerable.

Adicionalmente, podemos mencionar un ejemplo en el ámbito internacional concerniente a la Convención Americana de Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica en 1969, en donde el artículo 29 de la Convención, relativo a las normas de interpretación constituye un argumento adicional a favor de la tesis de que el derecho de acceso a la información pública se subsume en el contenido del artículo 13, que a continuación se transcribe y posteriormente el mencionado artículo 29, para entender claramente nuestra pretensión. En efecto el artículo 13 dispone literalmente que:

"Art. 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente o por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección."

Por su parte el artículo 29 dispone los métodos de interpretación en donde podemos encontrar las herramientas necesarias para extraer al derecho a la información del artículo arriba transcrito. Dicha disposición establece:

"Art. 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlo en mayor medida que la prevista en ella;

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados;

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración de Derechos Y deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

Todas estas expresiones, son al menos un intento de darle un sentido democrático a las leyes a las cuales están dirigidas, consecuentemente contribuyen a garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información. Por lo tanto el operador jurídico facultado para interpretar la ley esta obligado a darle a la interpretación que construya este sentido de apertura a la información publica.

Por su parte el IFAI, ha realizado diversos estudios acerca de la interpretación de la LAI, sobre todo en relación al significado de la categoría de información reservada consagrada en el artículo 14, esto sin duda es benéfico para consolidar este derecho, por que el IFAI eficazmente participa como órgano rector de la actividad del acceso a la información.

De ello resulta necesario admitir que dotar a la Ley de elementos para que esta conserve su esencia democrática, es sin duda alguna una prioridad para establecer a la transparencia como una actitud vigente en los diferentes órganos del gobierno, "para ello, la interpretación para la democracia tiene que garantizar el ejercicio de los derechos principalmente los derechos políticos, en la medida en que se trata de derechos que ninguna mayoría puede vulnerar, de ahí el carácter democrático sustancial por encontrarse mas allá del limite de lo decidible."⁷³ El respeto a los derechos fundamentales, y por lo tanto al Derecho de Acceso a la Información, es forjar un Estado de Derecho más liberalizador. Concebir de esta manera al Derecho, es una interpretación con visión democrática.

⁷³ Idem p. 331.

4.3 EXCEPCIONES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, NO VINCULADAS A LA DISCRECIONALIDAD

4.3.1 INFORMACION CLASIFICADA COMO RESERVADA Y CONFIDENCIAL

Dentro del Derecho de Acceso a la Información Pública resulta razonable que las excepciones abarquen una parte menor de los archivos públicos. Esta información que se encuentra fuera del acceso público debe proteger bienes jurídicos de personas, grupos sociales, empresas, o del Estado mismo, que la apertura de estos archivos pueden vulnerar precisamente esos bienes que el derecho tiene el deber de tutelar.

Nuevamente hacemos la referencia que es necesario apartar determinada información del escrutinio público porque traería consecuencias negativas la publicación de ésta, aunque claro que la autoridad no puede excusarse bajo este argumento en todas las ocasiones ya que solo deben ser considerados estos casos como una excepción. Como escribe Norberto Bobbio: "...uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional: la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no debe aminorar la regla, ya que el secreto está justificado al igual que todas las medidas excepcionales solamente si está limitado en el tiempo"⁷⁴

Para que estas excepciones sean justificadas y no vulneren el derecho de acceso de los ciudadanos, una buena ley en la materia debe considerar lo siguiente:

a) Una ley de acceso a la información pública debe establecer de manera taxativa que tipo de información debe protegerse, enumerándola de la manera más detallada posible.

b) Deben introducirse en el apartado de artículos transitorios todas las reformas que se consideren necesarias para hacer compatible el principio de apertura con el régimen jurídico vigente, de suerte que se evite incurrir posteriormente en conflictos de leyes dejando al órgano jurisdiccional resolver

⁷⁴ BOBBIO Norberto, op. Cit. P. 67.

problemas que podrían haberse evitado con una buena técnica legislativa y un estudio de impacto regulatorio.

Así de esta manera podemos encontrar que por motivo de seguridad nacional o seguridad pública se restringe el acceso de manera reiterada, además, la información de datos personales tiene un carácter limitativo para el acceso por terceras personas.

Sobre ésta primera información es decir la que el conocimiento público puede desestabilizar al Estado podemos decir que su clasificación que realice el órgano competente podrá resultar por circunstancias fundadas y necesarias, mantenerla temporalmente en reserva. Esta decisión debe basarse en razones concretas que hagan presuponer que su acceso general puede causar un perjuicio inminente e irreparable, de tal entidad, que sea necesario mantenerla en secreto. En este sentido podemos asentar que ante los serios fundamentos **debe haber una situación de actualidad, potencialidad e importancia de los temas para obligar al Estado a la toma de una decisión en este sentido.**

Hay criterios que aducen que para determinar las excepciones al acceso a la información deben considerarse los siguientes puntos:

- a) La información restringida debe relacionarse con un fin legítimo definido en la misma ley,
- b) Exponer esta información debe amenazar con causar un daño sustancial a ese legítimo fin.
- c) La dimensión del daño al fin legítimo debe ser mayor que el interés público en acceder a la información restringida.⁷⁵

Solo si se reúnen estas situaciones es legítimo y justificable la retención de la información del escrutinio público.

Nuestra Ley considera que la información clasificada se encuentra comprendida dentro de los supuestos que establece el artículo 13 del cual se

⁷⁵ ACKERMAN John M y SANDOVAL Irma E., Leyes de Acceso a la Información en el Mundo, IFAI, 2005, p. 26

desprenden once supuestos en los cuales la información pública es clasificada ya que:

1. Compromete la seguridad nacional y pública.
2. Menoscaba la negociación interna;
3. Daña la estabilidad económica;
4. Pone en riesgo la vida;
5. Perjudica las actividades del procedimiento judicial;
6. Por disposición de ley;
7. Constituye un secreto;
8. Forma parte de una averiguación previa;
9. Es parte de un juicio;
10. Forma parte de un procedimiento de responsabilidad;
11. Forma parte del procedimiento deliberativo de los servidores públicos.

En 2004, casi se cuadruplicaron las solicitudes ciudadanas de información con respecto a 2003 -de 27 mil pasaron a 80 mil ese año-, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) ha integrado un índice de expedientes "reservados" que, de acuerdo con datos de la segunda mitad del mes de junio de 2005, ascendían a cerca de tres millones, según clasificación proporcionada a ese organismo por las más de 250 dependencias y entidades de la administración pública obligadas a proporcionar información.

En el índice, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público clasificó como reservada información de 196 mil 737 expedientes; el IMSS, 212 mil 409; el Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores, 624 mil 476; la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 141 mil 497; la Secretaría de la Función Pública, 84 mil 958; Petróleos Mexicanos, 27 mil 275; la Procuraduría General de la República (PGR), 38 mil 108, y el Instituto para la Protección del Ahorro Bancario (IPAB), 5 mil 109, por citar algunos.

Si bien el índice de expedientes "reservados" es exhaustivo, aún se requiere que, a petición ciudadana, el IFAI corrobore si efectivamente tales

documentos cumplen los requisitos de ley para clasificar la información, ya que de las 80 mil solicitudes requeridas por la ciudadanía el IFAI evaluó tres mil recursos de inconformidad mediante los cuales revocó los criterios de "reserva" y redujo el periodo de ésta, con el fin de garantizar el acceso.

En esos casos, el IFAI ha solicitado a las dependencias de la Administración Pública Federal que elaboren un expediente público o reduzcan de diez a dos años -plazo mínimo- el periodo de reserva, sin embargo el IFAI, solo ha emitido al respecto una serie de recomendaciones y no ha realizado un estudio para proponer una reforma a la LAI, para que reduzca los plazos e reserva.

Paulatinamente la participación ciudadana ha tenido cambios comprobables sobre el uso del acceso a la información ya que hubo un aumento de 80 por ciento en los recursos de inconformidad, frente a 20 por ciento de las solicitudes ciudadanas en el último año. A estos recursos se llega cuando la dependencia gubernamental alega que no puede entregar la información solicitada, por encontrarse "reservada". Interviene entonces el IFAI, a petición ciudadana, para corroborar si se justifica la clasificación. El hecho del aumento de recursos frente a solicitudes ante el IFAI puede ser explicada por dos razones: la primera es que las dependencias ya están publicando en su página de Internet los datos que por ley son obligatorios (estructura orgánica, facultades, directorio de servidores públicos, sueldos, categorías, etcétera, según el artículo 7 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental). Esto lo sabe la ciudadanía, y va de manera directa a esa información, por lo que no es necesario que presente una solicitud, reduciendo el número de éstas.

La otra es que actualmente la ciudadanía solicita información más complicada, que requiere mayor deliberación por parte de los comisionados, para saber si se entregan o no tales documentos, así como una revisión exhaustiva de la documentación gubernamental. Es de señalar, que en ese proceso se ha detectado que las dependencias gubernamentales que con mayor frecuencia se niegan a entregar información con el argumento de que es reservada son la

Comisión Federal de Competencia, Nacional Financiera, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, IPAB, Servicio de Administración Tributaria, Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Instituto Mexicano del Seguro Social, INFONAVIT y Secretaría de la Función Pública, entre otras.

4.3.2. LA SEGURIDAD NACIONAL Y SU LIMITACIÓN CONCEPTUAL

Este tema es uno de los más complejos y ha sido objeto de diversos debates dentro de foros que tratan del Derecho de Acceso a la Información Pública, porque constituye una de las excepciones más polémicas pero también de las más necesarias para proteger los intereses de un Estado. Definida por Platón como el "*arcana imperii*" es decir los documentos que no se reducen a la condición de información llana sobre las cuestiones públicas, sino a información selecta, privilegiada, que define como sujeto de poder a quien la posee y administra. La posesión o el acceso a los "*arcana imperii*" inviste de poder a sus sujetos, pues no es sólo una relación cognoscitiva (saber más que otros), sino una relación política (dominar o gobernar a otros en razón de ese saber). Esta situación tiene actualidad pues es sabido que algunos gobiernos para perpetuar su poder segregan archivos para alcance de determinados actores beneficiados con la secrecía de información, al respecto Norberto Bobbio comenta "... en la categoría de los *arcana* están comprendidos dos fenómenos diferentes aunque estén estrechamente vinculados: el fenómeno del poder oculto o que *se oculta* y el del poder que *oculta*, es decir, que esconde escondiendo. El primero comprende el tema clásico del secreto de Estado, el segundo abarca el tema igualmente clásico de la mentira lícita y útil...".⁷⁶

Lo anterior nos hace reflexionar sobre la importancia de cerrar hasta lo posible el marco de acción de la secrecía permitiendo el escrutinio público de la información más importante que el gobierno posiblemente no tenga la voluntad de apertura que necesita una democracia. La manera de hacerlo es esclareciendo dentro de la Ley a la excepción más polémica del acceso a la información, que por

⁷⁶ BOBBIO Norberto, Op. Cit, p.p. 26 y 27.

“razones de Estado” el gobierno aparta para una elite aprovechando la ambigüedad de la ley, argumentando para el caso que la segregación es por motivos de “seguridad nacional”, en lo que puede resultar un gran perjuicio para la sociedad el desconocimiento de dicha información.

Así pues la seguridad nacional es sin duda un termino ambiguo que como excepción al acceso a la información puede lesionar gravemente el ejercicio de este derecho; delimitar el alcance conceptual es una necesidad para su utilización correcta acorde con una postura democrática, ya que la autoridad clasificadora de información llega a realizar este tipo de actos conforme a la letra o sentido literal de la LAI o cualquier ley de acceso correspondiente, y que abiertamente este acto se dirige contra el espíritu de la misma por que es utilizado en algún beneficio ajeno al derecho de acceso y viola de este modo su intención (*in fraudem legis*)

Es por eso que la LAI, debe contener los supuestos de excepción por motivo de seguridad nacional y debe ser la que fije los criterios para que las otras leyes que regulen determinado acceso a información estén obligados a seguir este criterio, estos supuestos deben ser claros y precisos. Así pues la seguridad nacional es sin duda un termino ambiguo que como excepción al acceso a la información puede perjudicar gravemente el ejercicio de este derecho. Delimitar el alcance conceptual es una necesidad para su utilización correcta acorde con una postura democrática.

Algunos intentos muy acertados para conceptualizar doctrinariamente a la seguridad *nacional* se han dado en los últimos años. De esta manera puede entenderse a la Seguridad Nacional como “una serie de programas, medidas, que un estado debe adoptar para proteger y en dado caso defender a sus órganos supremos de cualquier situación violenta o no, interna o externa que puede ponerlos en peligro”.⁷⁷

Por su parte Edmundo Hernández define Seguridad Nacional como

“Conjunto de políticas, estrategias, normas, instituciones y acciones que tienden a la armonización plena de los elementos constitutivos del Estado,

⁷⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel, op. cit.

protegiéndolos y salvaguardándolos de actos o situaciones de cualquier naturaleza. Internos o externos, que perjudiquen o afecten de alguna manera su integridad o su óptimo desempeño y aprovechamiento en el impulso del proceso de desarrollo y el progreso del país en todos los órdenes”⁷⁸

En el momento de plasmar a un texto normativo una delimitación de lo que se puede entender por seguridad nacional se presentan diversos problemas como tratar de abarcar todas las hipótesis posibles dentro de un enunciado jurídico que determine los casos en que se afecta a la seguridad nacional ya que el término en esencia es multívoco por su temporalidad de vigencia. De ahí por tanto la pertinencia de abordar esta cuestión de cómo lograr que en nombre de la Seguridad Nacional no se avasallen los derechos humanos, los derechos de terceros o se confunda con la seguridad del gobierno en turno y aquí surgen dos preguntas: ¿qué hacer para delimitar los alcances de la idea de seguridad nacional, haciéndolos compatibles con un estado democrático de derecho? y ¿cómo garantizar también que la ley de acceso a la información se convierta en un instrumento que amplíe las libertades de expresión e información y no, por el contrario, las pueda vulnerar?.

Afortunadamente existen documentos internacionales que ofrecen elementos para pronunciarse con un mejor criterio sobre este tipo de limitaciones al acceso a la información pública con relación a la seguridad nacional. Uno de estos documentos son los Principios de Johannesburgo y los Principios de Lima, este último emitido el 16 de noviembre del año 2000 en el que participaron el Relator Especial para Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, la Westminster Foundation for Democracy del Reino Unido, Human Rights Watch y la Relatoría de Libertad de Prensa de Naciones Unidas. Dicho documento en su numeral ocho sobre las Excepciones al Acceso a la Información establece:

“...Es inaceptable que bajo un concepto amplio e impreciso de seguridad nacional se mantenga el secreto de la información. Las restricciones por motivos de

⁷⁸ HERNÁNDEZ VEGA, Edmundo, op. cit. p. 358.

seguridad nacional solo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático. Una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítima si su propósito es proteger los intereses del gobierno y no de la sociedad en su conjunto. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de la información de interés público. La ley, habiendo determinado los casos específicos de información clasificada, establecerá plazos y procedimientos razonables para su desclasificación tan pronto como el interés de seguridad nacional lo permita. En ningún caso una información podrá ser mantenida clasificada indefinidamente."

Otro documento relevante son los Principios de Johannesburgo, de donde destaca el Principio 11 que establece:

"Principio 11. Ley General sobre el Acceso a la Información.

Todos tienen derecho a obtener información de las autoridades públicas, incluyendo información relacionada con la seguridad nacional. No se puede imponer restricción alguna a este derecho por motivos de seguridad nacional, a menos que el gobierno pueda demostrar que la restricción está prescrita por ley y que es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo."

De igual modo el Principio Primero establece:

"Principio 1°. Libertad de Expresión e Información.

d) Ninguna restricción a la libertad de expresión o información puede imponerse por motivos de seguridad nacional a menos que el gobierno pueda demostrar que dicha restricción está prescrita por ley y es necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés de seguridad nacional legítimo. La obligación de demostrar la validez de la restricción recae en el gobierno."

Por su parte, en México, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública ha realizado un trabajo en que el propósito más importante es el de aclarar, detallar y acotar el término "seguridad nacional" para efectos de acceso. Así, junto con el Gabinete de Seguridad Nacional realizó un trabajo para tratar de definir lo mejor posible los términos de seguridad nacional, seguridad pública y

defensa nacional que son utilizados para clasificar en razón de ser excepciones al acceso público. El resultado de este estudio se encuentra dentro de los Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de donde resulta relevante por varias razones lo siguiente:

- a) Define para efectos de acceso a la información el término abstracto y elusivo de seguridad nacional que contiene la LAI;
- b) Establece que no será suficiente para clarificar la información que ésta se encuentre directamente relacionada con el tema de seguridad nacional, **sino que además se funde y motive el daño presente, probable y específico que causaría su divulgación, y**
- c) Que el periodo de reserva –hasta 12 años según la LAI- debe ser el estrictamente necesario y que deberá tomar en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Por su parte la nueva Ley de Seguridad Nacional, define el concepto seguridad nacional y amenaza de seguridad nacional de manera abstracta al establecer términos como “unidad nacional, cohesión social, afectación de los intereses vitales del Estado Mexicano (manifestados por medios extremos), preservación de la democracia fundada en el desarrollo económico y social del país y sus habitantes”. El problema nace cuando se presenta una definición tan confusa del término seguridad nacional o amenaza a la seguridad nacional y radica en que casi cualquier información generada por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal podría caer en dichos supuestos y permanecer con carácter de reservada hasta por 30 años, con lo cual el proyecto de apertura y transparencia puede verse afectado significativamente.

El principal motivo de la Ley en mención es la definición y regulación de la Seguridad Nacional, precisar su concepto; establecer sus principios; señalar los supuestos en los que se puede ver amenazada, por esto tiene relación directa con la LAI, ya que esta primera ley específica deroga en lo general a la LAI en materia de seguridad nacional. Adicionalmente, se señalan las instancias encargadas de

preservarlas, se regulan las labores de inteligencia; se organiza al Centro de Investigación y Seguridad Nacional; se fijan controles parlamentarios y judiciales, se establecen las bases de coordinación de la materia en los tres niveles de gobierno; finalmente, se regula el acceso a la información y la protección de los derechos de las personas.

Cabe recalcar que de la exposición de motivos de la Iniciativa de reformas a los artículos 73 y 89 por la que se otorgó al Congreso de la Unión la facultad de expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes, se desprende que el propósito de la misma fue homogenizar la concepción sobre la naturaleza y alcances de la seguridad nacional, a efecto de contar con una política real en esa materia, evitar arbitrariedad y discrecionalidad en la operación de los organismos que realizan funciones de seguridad nacional, mejorar las capacidades del sistema y en particular, del control de las actividades de contrainteligencia, de la calidad de los análisis, de la racionalidad en el uso del presupuesto, así como la optimización de la formación y capacitación del personal dedicado a estas tareas.

Es de aclarar que el propósito de esta ley de seguridad no es el de regular el acceso a la información en materia de seguridad nacional, sino la actuación al interior del gobierno en esa materia, máxime considerando que el acceso a la información ya se encuentra regulado y fue creado el IFAI cuya competencia se constriñe al Poder Ejecutivo Federal –ámbito al que pertenecen las autoridades en materia de seguridad nacional y pública-. Cabe resaltar que el IFAI tiene entre otros mandatos, el de establecer los criterios de clasificación y desclasificación de la información reservada y confidencial.

En su capítulo III relativo al acceso a la información en materia de seguridad nacional dispone sobre esta materia la Ley de Seguridad Nacional y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, son las únicas legislaciones que regulan esta actividad tratándose de seguridad nacional. Además que considera como excepciones al acceso a este tipo de información, además de las señaladas en la LAI las siguientes:

1. Aquellas cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes especificaciones técnicas, tecnología o equipo útiles a la generación de inteligencia para la Seguridad Nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent, o
2. Aquella cuya revelación pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza.

De todo lo anterior aseveramos que esta legislación sobre seguridad nacional contraerá complicaciones para la aplicación de la LAI sobre este rubro y se tendrá que determinar si el IFAI tiene facultades para resolver casos en que la clasificación de funde en una legislación particular.

Podemos asegurar que la excepción al acceso a la información pública no consiste en que determinada información contenga datos sobre seguridad nacional, sino que la publicación de esta información pueda vulnerar a la seguridad nacional y dicha situación deberá ser probada por la autoridad para determinar su clasificación como excepción.

Dentro de la LAI en su artículo 13 establece la vulneración de la Seguridad Nacional como una excepción, dicha disposición señala:

“Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional.”

Y aquí surge el problema primordial que consiste en interpretar el enunciado “comprometer la seguridad nacional” debido a un problema de ambigüedad del mismo. El legislador debe desarrollar las hipótesis normativas que contemple todos los supuestos que considere en los que la publicidad de la información comprometa o vulnere la seguridad nacional.

Esta necesidad de esclarecer las limitaciones de esta excepción al Derecho de Acceso también corresponde a la necesidad de adoptar un método para la redacción pulcra de las normas, tomando en consideración la dificultad de

construir textos inteligibles con la participación de varias personas, que además pretenden introducir tesis no siempre compatibles entre sí.

Por su parte los lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal emitido por el pleno del IFAI obliga en su artículo octavo a los órganos clasificados a que determinen si la publicación de la información que encuadre en las hipótesis del artículo 13 de la LAI, produce un daño a los intereses jurídicos tutelados por la ley; dicho artículo prescribe:

“Octavo. Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma este directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto. (...)”

Aunado a lo anterior el mismo ordenamiento señala de una manera más específica los supuestos en que deberá clasificarse información por seguridad nacional el cual señala lo siguiente:

“Décimo Octavo. La información se clasificara como reservada en los términos de la fracción I del artículo 13 de la Ley, cuando se comprometa la seguridad nacional, esto es cuando la difusión de la información ponga en riesgo acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional.

- I. Se ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la integridad y permanencia del estado Mexicano cuando la difusión de la información pueda:
 - a) Menoscabar o lesionar la capacidad de defensa del territorio nacional, entendiéndose como tal el establecido en el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por otros estados o sujetos de derecho internacional, o

- b) Quebrantar la unidad de las partes integrantes de la federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos.
- II. Se ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la estabilidad de instituciones de la Federación cuando la difusión de la información pueda afectar la integridad física de las máximas autoridades de los tres Poderes de la Unión y de los órganos con autonomía constitucional, que en el caso del poder Ejecutivo son el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, los secretarios y el Procurador General de la República.
 - III. Se ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la gobernabilidad democrática cuando la difusión de la información pueda:
 - a) Impedir el derecho a votar y a ser votado, o
 - b) Obstaculizar la celebración de elecciones federales.
 - IV. Se ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la defensa exterior de la federación cuando la difusión de la información pueda obstaculizar o bloquear las acciones de prevención o defensa que lleva a cabo el estado Mexicano frente a otros estados o sujetos de derecho internacional.
 - V. Se ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la seguridad interior de la Federación cuando la difusión de la información pueda:
 - a) Obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
 - b) Obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia;
 - c) Menoscabar o dificultar las estrategias o acciones contra la delincuencia organizada;
 - d) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir la comisión de los delitos contra la seguridad de la Nación, previstos en el Código Penal Federal;
 - e) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - f) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, vías generales de comunicación o servicios de emergencia, o

g) Obstaculizar o bloquear acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país según lo dispuesto por el artículo 73 fracción XVI 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

La clarificación de la Seguridad Nacional trae en sí mismo notables beneficios con claras tendencias democráticas, ya que acota el poder discrecional que origina un texto jurídico ambiguo utilizado en perjuicio del acceso publico y la transparencia. Además de evitar llegar a los órganos jurisdiccionales quienes interpretaran estos textos normativos. Si bien el IFAI tiene facultades para interpretar la LAI, y en consecuencia poder determinar si alguna clasificación de información realizada por cierta autoridad se apega a lo que el órgano revisor interpreta como seguridad nacional. En estos casos la clarificación del termino “seguridad nacional” contrae beneficios notables al reducir los recursos de revisión y por esta razón se evitarían muchos casos en los que la ambigüedad motivó a su clasificación, además de agilizar aun mas los casos en que el IFAI determine si pertenece al supuesto de excepción ya que se tendrán mayores parámetros para resolver.

4.3.3. UN PERIODO DE RESERVA PRUDENTE

Cuando hablamos de información fuera de acceso del acceso publico nos referimos a información que ha encuadrado en los supuestos legales para ser considerada como una excepción al ejercicio del derecho que estamos tratando teniendo esta categoría por un determinado tiempo o diferentes lapsos.

El maestro Bobbio señala “típico en el sentido de que cualquier medida excepcional, cuando este rigurosamente limitadamente en el tiempo, suspende la aplicación de la regla, pero no abroga la misma, y por tanto salva el ordenamiento en su conjunto”⁷⁹

Por lo que resulta insistir en la noción de temporalidad habida cuenta que ningún registro publico puede estar todo el tiempo vedado para su consulta por las personas porque una excepción no debe aminorar la regla,

⁷⁹ BOBBIO Norberto, op. Cit. P. 67

ya que el secreto esta justificado al igual que todas las medidas excepcionales solamente si esta limitado en el tiempo

A mayor abundamiento el maestro Villanueva explica una razón por la cual la información pública solo puede ser incomunicable en determinado tiempo y nunca de forma indefinida en tiempo, y señala:

“Los mandatarios deben su función a los mandantes en todo estado democrático de derecho. Por esta razón, la información en poder de los sujetos (mandatarios) obligados a informar por disposición de Ley es propiedad, en ultima instancia, del publico (mandantes), por lo que excepcionalmente se puede admitir que haya registros públicos, de manera temporal, fuera del conocimiento de la sociedad. Es muy importante insistir en la noción de temporalidad, habida cuenta que ningún registro publico puede estar todo el tiempo vedado para su consulta por las personas. Lo que puede variar, todo caso, son las modalidades de acceso a esa información publica. ”

De esta manera este tipo de información queda reservada por un tiempo que puede ser en plazos o por eventos como algunas legislaciones lo han prescrito, es decir cuando se den determinados acontecimientos por lo cual ya no se ponga en peligro la tutela del bien protegido por la ley y por lo tanto su publicación ya no vulnera la esfera jurídica de terceros o del mismo Estado.

Dentro de un estudio comparativo se puede observar que los plazos de reserva que existen en las legislaciones van desde los cinco hasta los treinta años. Una legislación en donde se encuentre plasmada una voluntad democrática del legislador no puede exceder en un tiempo de reserva que vulnere el propósito de la ley sobre la materia, de la cual su mayor propósito es regular el acceso publico a información en manos de las autoridades, precisamente para que éstas no segreguen a la información indiscriminadamente y se dé una mayor transparencia dentro de la actividad gubernamental.

En México, la LAI establece un periodo de reserva de doce años en su articulo 15 que establece lo siguiente:

Artículo 15. la información clasificada como reservada según artículo 13 y 14, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de doce años. Esta información podrá ser desclasificada cuando se extingan las causas que dieron origen a su clasificación o cuando haya transcurrido el periodo de reserva.

La disponibilidad de esa información será sin perjuicio de lo que al respecto establezcan otras leyes.

El instituto, de conformidad con el Reglamento, o la instancia equivalente a que se refiere el artículo 61, establecerán los criterios para la clasificación y desclasificación de la información reservada.

Excepcionalmente, los sujetos obligados podrán solicitar al instituto o a la instancia establecida de conformidad con el artículo 61, según a la instancia establecida de conformidad con el artículo 61, según corresponda la ampliación, la ampliación del periodo de reserva, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación.

Asimismo dentro de los Lineamientos de Clasificación y Desclasificación el artículo decimoquinto señala que la información que sea reservada en un periodo máximo de 12 años, las unidades administrativas deben determinar que sea el estrictamente necesario durante el cual subsistan las causas que dieron origen a esta clasificación.

Consideramos que el plazo máximo de 12 años establecido por la LAI es excesivo tomando como referencias diversas legislaciones tanto internacionales como locales, así como a la Ley Modelo de la Organización de Estados Americanos, que recomienda en su artículo 22 lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 22: Plazo de vigencia del término de reserva legal de informaciones reservadas por interés público preponderante. Cuando no se disponga otra cosa en las leyes específicas de regulación de materias reservadas, se considera que el término de reserva legal sobre informaciones y datos reservados acorde con lo dispuesto en el artículo 4 de esta ley, sobre actuaciones y gestiones de los entes u órganos referidos en el artículo primero de la presente ley, es de cinco años. Vencido este plazo, el ciudadano tiene derecho a acceder a estas informaciones y la autoridad o instancia

correspondiente estará en la obligación de proveer los medios para expedir las copias pertinentes.”

En México en el ámbito estatal la Ley de Acceso de Morelos en su artículo 47 señala un ejemplo de un tiempo de reserva prudente:

Artículo 47. la unidad administrativa responsable de archivar y resguardar la información clasificada como reservada, la mantendrá restringida hasta por un lapso de:

1. Cuatro años tratándose de información en posesión de las autoridades municipales y del Poder Legislativo del estado.
2. Siete años tratándose de la información en posesión del resto de las entidades publicas reguladas en esta Ley

Un ejemplo de una legislación en Latinoamérica que contemple un periodo de reserva prudente es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información de Perú, que establece en su artículo 15 un único plazo de cinco años, en este sentido muestra que no quiere que la información sea archivada fuera del escrutinio público.

En nuestro país se debe tener mucho cuidado con los casos relevantes en que la autoridad se escuda tras la clasificación de la información del artículo 13 de la LAI, para no entregar información importante en donde se ponen en juego muchos valores como el respeto a las relaciones con otras naciones, como fue el caso de México-Cuba en su rompimiento temporal de relaciones diplomáticas, en donde la Secretaria de Gobernación clasifico la información con fundamento al artículo 13 fracción II de la LAI,

El señalar dentro de la LAI un periodo prudente de reserva contribuye a que el derecho de acceso a la información se estimule tanto en la ciudadanía y en la administración pública, porque dejar vedado un lapso amplio a algún archivo publico es quitarle actualidad y vigencia. Así también un periodo prudente de exclusión pública es benéfico para nuestra democracia en la que las practicas políticas discrecionales y autoritarias se perjudican a las libertades y derechos consagrados en las leyes. Acotando estas facultades discrecionales de poner en reserva información por demasiado tiempo, se verían eficaces mejoradas las

actividades de transparencia que la Administración Pública Federal tiene obligación de cumplir.

4.3.4. LA NECESARIA PROTECCION DE DATOS PERSONALES.

El derecho de acceso a la información no puede vulnerar la esfera jurídica privada, que junto con el derecho a la intimidad tiene que dar un trato jurídico diferente a esta vertiente que se no se separa del bien jurídico protegido por el derecho de acceso, que básicamente es la protección de la información, su veracidad y las normas para su acceso.

La importancia del derecho a la autodeterminación sobre los propios datos personales, consiste en la prerrogativa de la persona para disponer de la información que sobre sí misma exista en los registros o bases de datos, a fin de que esa información sea veraz, íntegra, actualizada, no intrusiva a la intimidad, y con las garantías de seguridad y de uso conforme a la finalidad para la que fue proporcionada. De esta manera, la protección de datos podemos entenderla como: “el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad”.⁸⁰

Por esto la necesidad de delimitar claramente hasta que punto es accesible determinada información sobre un particular es un tema de importancia y de actualidad debido por una parte, al impacto tecnológico que incrementa la posibilidad de que la intimidad de las personas pueda ser violada por el uso mal intencionado de tecnologías de información, motivo por el cual es urgente que el

⁸⁰ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel., Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) 2002. Trabajos Doctrinales Especializados, Boletines de Actualidad, Reseñas de Interés Jurídico, Glosario de Términos, Preguntas más Frecuentes y otras Informaciones de Interés, Fundación AIRTEL Vodafone – Davara & Davara Asesores Jurídicos. Madrid, 2002, 500 p 3.

ordenamiento jurídico de respuesta para la protección y mantenimiento del derecho a la intimidad.

Por otra parte la Suprema Corte de la Nación ha emitido su criterio para esclarecer la noción de “vida privada” en tesis jurisprudencial que se transcribe a continuación:

“La Ley no da un concepto de vida privada de una manera explícita, pero sí puede decirse que lo contiene implícito, toda vez que en los artículos siguientes se refiere a los ataques a la Nación Mexicana, a las entidades políticas que la forman, a las entidades del país y a la sociedad. Para determinar lo que es la vida privada puede acudirse al método de la exclusión y sostener que vida privada es aquella que no constituye vida pública. Precizando dicho concepto, puede afirmarse que la vida que observan los funcionarios con este carácter, es decir, en el desempeño de su cargo y que es lo que interesa a la sociedad, se opone a las actividades del individuo como particular, a sus actividades en el hogar y en la familia esto da la tónica para considerar cuales fueron los ataques que la Ley de Imprenta. Allí se contiene una limitación a las garantías de los artículos 6° y 7° constitucional, pero se refiere a la vida privada, no a la que observan los funcionarios en el desempeño de su cargo...”⁸¹

Además es preciso señalar que los datos personales constituyen información que obtiene valor en proporción de la veracidad de los mismos; además tienen implicaciones económicas debido a que la falta de información veraz incrementa los costos de transacción entre los agentes económicos, situación que en la Unión Europea se está reglamentando al respecto, ya que los datos personales generan información por sí mismos o su combinación, y esta información tiene un valor relacionado con la veracidad, que necesita la economía en general y por esto ya se discute seriamente el tema en países desarrollados. En algunos casos la Administración accede a distintos datos de terceros que no forman parte de Administración pública. En los archivos oficiales coinciden información referente al estado civil de una persona, su registro de antecedentes penales, o cualquier dato personal, sin ningún tipo de reserva o confidencialidad

⁸¹ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, t. VII, p. 10.

en el trato de esa información. De esta manera, la publicación de datos personales –aun de aquellos que no sean considerados estrictamente como sensibles, pertenecientes a terceros ajenos a la Administración Pública y relacionados a cuestiones aparentemente inofensivas, como declaraciones patrimoniales, tributarias o financieras- puede generar en las personas un estado de indefensión y vulnerabilidad y significan y puede significar una situación de peligro.

Por lo tanto, cualquier información que afecte a terceros en sus derechos constitucionales, y cuando no se encuentre debidamente acreditada su necesaria publicación, deberá ser objeto de un procedimiento especial que determinara la obligación administrativa de consulta al involucrado. Así lo han hecho algunos países desarrollados que gradualmente han promulgado leyes que protegen la privacidad de los datos personales. “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuales de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quien posee esos datos personales y para que, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.”⁸²

Algunas características de algunas leyes de protección de datos que comparten objetivos en común son las siguientes:

1. Prevenir y eliminar violaciones a las garantías individuales con respecto a la privacidad, tales como el almacenamiento y tratamiento ilegal o incorrecto de los datos personales o la transmisión no autorizada de dichos datos; y
2. Evitar que estas regulaciones dificulten el flujo de información necesaria para el eficiente funcionamiento de los mercados y para el adecuado desarrollo de la economía.

Además estas legislaciones han adecuado de manera acertada la permisión de los datos personales importantes para la actividad económica para tener un valor en el mercado y así fomentar su protección por parte de los tenedores de los

⁸² FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio, Op. Cit., p. 135.

mismos. Por consecuencia la confianza de los particulares aumentaría sobre el buen uso de datos personales que permitiría la conformación de mejores bases de datos. Aunque existe el riesgo de que el Congreso de la Unión legisle para proteger a las empresas que comercializan los datos personales, y que venden la información a bancos y empresas comerciales sin el consentimiento del ciudadano. La discusión del tema se da también porque el Senado de la República aprobó en abril de 2002 una ley de Protección de Datos y envió la minuta a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación. Los diputados aún no han emitido ningún dictamen al respecto. La propuesta del Senado a raíz de una iniciativa del senador priísta Antonio García Torres regula las empresas que se dedican a la venta de ese tipo de información. Esta iniciativa es más bien mercantilista, porque permitirá a las empresas comercializar con los datos personales, lo que legalmente no pueden hacer en este momento, propuesta que tanto el Banco de México como Hacienda, a través del Sistema de Administración Tributaria, han propuesto privilegiar la generación de los mercados de base de datos, más que garantizar la protección de los datos personales, y para el caso es fundamental garantizar el derecho a la intimidad con posibilidades de mercado porque de esa manera se tutelara con mayor eficacia este derecho fundamental. Y es que este tema hay verlo en su justa dimensión, porque sabemos que para obtener un empleo, recibir atención médica, inscribirse a la escuela, abrir un correo electrónico o simplemente obtener una suscripción, es necesario entregar formularios con diferentes datos personales. Sin embargo, México actualmente no cuenta con una ley que regule a las empresas privadas que comercializan esa información.

En México la LAI, en su capítulo IV relativo a la Protección de Datos Personales, se regula el acceso a través del mismo procedimiento que del acceso a la información pública a los datos personales que estén en posesión de los sujetos obligados. En su artículo 21 establece la prohibición del flujo de información que contenga datos personales cuando no medie consentimiento de los sujetos de los datos; a la letra dicho precepto dice:

“Artículo 21. Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información.”

Sin embargo los sujetos de los datos no saben cuál es el destino que se le da a su información que ellos proporcionan, y si estos están siendo transferidos a alguien, por lo que los interesados no tienen seguridad jurídica en el tratamiento de la información ya que no pueden controlar el flujo de la misma. Asimismo no se habla en la Ley de cual es la finalidad que persigue con la protección de datos personales, y no se menciona en ningún artículo del capítulo IV sobre el perjuicio que puede provocar la transmisión de determinada información al sujeto de dichos datos, por lo que debe estar regida por reglas que ponderen el aspecto protector de la intimidad y de los medios en que se puede defender el particular de un tratamiento inadecuado de sus datos.

Por otra parte la fracción I del artículo 22 fue derogada a finales del año 2004, en un intento de proteger los datos en materia de salud, sin embargo en nuestra opinión no es la solución mas adecuada porque ahora nos encontramos en un vacío legal ante hechos que suceden cotidianamente, No obstante que la intención para derogar la referida fracción fue salvaguardar el derecho a la intimidad, la interpretación que se le dio a los alcances jurídicos de la norma fue contraria a la de su finalidad. En este sentido, la excepción prevista en el artículo 22 para la transmisión de datos personales, ahora derogada, fue para que las instituciones de salud pudiesen recabar datos personales contenidos principalmente en expedientes o historiales clínicos, sin el consentimiento de su titular por estar éste imposibilitado —física o mentalmente—, no implicando ello que la información sería pública; por el contrario, la confidencialidad prevalecería y con responsabilidades administrativas para quien divulgase la información.

Aunado a lo anterior, el artículo 39 del Reglamento de la Ley esclarecía la excepción al establecer: “Para efectos de la fracción I del artículo 22 de la Ley se entenderá

que no se requiere el consentimiento expreso del titular de la información, cuando esté en serio peligro la vida o la salud de la persona de que se trate”. Por lo anterior, sin duda creemos que se trata de un problema de interpretación de dicha fracción, porque utilizar datos personales para atención médica urgente sin que medie el consentimiento no viola ninguna disposición, ya que no son actos de autoridad, tan solo son conductas (médica en este caso) por lo que no vulnera las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 constitucional. Prevaler a la interpretación en este caso para no dejar un vacío o una laguna legal, hubiera sido la mejor solución ya que es preferible regular estas conductas para que fortalezcan el principio de legalidad.

Abundando sobre la protección de datos en México podemos observar que existe un evidente vacío regulatorio respecto a este tema que primordialmente propicia que: a) exista un abuso en el procesamiento de la información y los datos personales por parte de los controladores de los datos; además b) una constante indefinición de los sujetos de los datos; y c) la incapacidad del Estado mexicano para solucionar esta situación. Lo anterior es consecuencia de ciertos factores que dificultan esta necesaria protección, que el maestro Gustavo Adolfo Bello identifica de la siguiente manera:

1. Los datos personales en México son considerados como un bien público.
2. Esto hace que, ante la falta de regulación, casi ningún controlador de datos esté dispuesto a invertir en la protección / calidad de los datos personales.
3. Como resultado de ello, los sujetos de los datos no tienen suficientes incentivos para mantener cierta veracidad en su información personal.
4. Debido a ello, algunos controladores de datos personales abusan de los sujetos de los datos para mantener sus bases de datos.
5. Los sujetos de los datos responden, en la medida posible, con los datos personales de dudosa veracidad (falsa o de rápida obsolescencia)⁸³

⁸³ BELLO MARTINEZ, Gustavo Adolfo, Principios Generales a Considerar en la Elaboración de una Ley de Protección de Datos Personales, en Transparentar al Estado: la Experiencia Mexicana de Acceso a la Información, Op. Cit. P. 245.

El mismo autor afirma que la solución para resolver este problema es la regulación de los datos personales, y para que esta sea eficiente, se debe tomar en cuenta:

- a) La problemática, de forma integral;
- b) Los objetivos a alcanzar, mediante la expedición de la regulación;
- c) Las facultades / restricciones jurídicas del Estado para regular en esta materia;
- d) Las alternativas regulatorias, que son los diferentes enfoques mediante los cuales se puede lograr los objetivos determinados;
- e) La implementación, y así verificar si el Estado prevé las instituciones, recursos y procedimientos necesarios para ejecutar las regulación;
- f) El impacto esperado, mediante la definición y descripción de los costos y beneficios derivados de la regulación. Esto incluye la identificación de los agentes involucrados en la regulación, así como la forma en que los costos y beneficios serán distribuidos entre ellos; y
- g) Las acciones regulatorias, que son el conjunto de derechos y obligaciones definidos en la regulación y que servirán de instrumentos para lograr los objetivos establecidos por los reguladores.⁸⁴

Así, México tiene que mirar a las diversas legislaciones internacionales para empezar a construir una ley de la materia o abundar más dentro de la LAI, ampliando el capítulo IV y que con el tiempo al igual que sucedió con el derecho de acceso a la información pública, se convierta en una disciplina independiente con su régimen jurídico propio; mientras esto acontece es preciso que los legisladores prevean dentro de la LAI una postura para la regulación de los datos personales mucho más desarrollada que el actual capítulo cuarto de la Ley, por lo que puede adoptar una postura restrictiva que consiste en realizar directivas y códigos estrictos del manejo de datos personales, así como su transmisión y la publicación, como es el caso de Alemania. O por otra parte, una postura abierta que consiste en la protección de información sensible, pero que

⁸⁴ Ídem, p. 245.

permite la transmisión de la demás información con reglas claras y que por un lado permiten el flujo regulado de la información entre los agentes económicos autorizados por la ley, adjudicándoles un valor a estos datos; y por otro, los datos personales entran a las reglas del mercado por el valor que han adquirido, y dejan de considerarse un bien público. Ante esta situación los sujetos de los datos mantienen correctos y actualizados sus datos ya que de esta manera tiene valor sus datos personales dentro del mercado. Esta última postura la ha adoptado Estados Unidos de América.

Cierto es que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental tiene que complementarse con una ley de protección de datos personales para que existan un verdadero ensamble entre las dos para proteger la información y permitir el acceso, pero se tienen que cuidar las posibles contradicciones entre una con otra, además de no traspasar los propios límites de aplicación, a pesar que como ya se ha señalado el diseño de la Ley atribuye una protección dual: el derecho que todo individuo tiene de acceder a la información generada por el Poder Público y a la protección de datos personales. En efecto el régimen jurídico que se ha creado con la aparición del derecho de acceso en México, debe ser aprovechado en la medida de lo posible para sustentar la protección de datos personales paulatinamente como se puede inducir del contexto jurídico mexicano actual. De esta manera, el IFAI está buscando ser el controlador de los datos sean públicos o privados ya que cuando se pensó en el diseño, facultades y presupuesto del IFAI se tomaron en cuenta esas tareas. Por ello sería un error de operación y un malgasto crear una nueva institución. Además, como se mencionó anteriormente, la protección de datos personales no solo es cuestión de derechos fundamentales sino también de materia económica, porque para México tiene implicaciones comerciales, ya que no resulta conveniente quedar fuera del área de transmisión segura de datos, incluyendo éstos los del comercio electrónico, como se puede ver en caso de Argentina que la Unión Europea le otorga una certificación que le reconoce como un país con una legislación adecuada dentro de la Directiva 95/46/CE, que marca una ventaja

comercial significativa.⁸⁵ Y es que hay que dar importancia que los países más desarrollados – es decir los países de la Unión Europea y los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE—han promulgado leyes para proteger la privacidad en relación con los datos personales. Estas leyes tienen los siguientes objetivos:

1. Prevenir y eliminar violaciones a las garantías individuales con respecto a la privacidad, tales como el almacenamiento y tratamiento ilegal o incorrecto de los datos personales o la transmisión no autorizada de dichos datos; y
2. Evitar que estas regulaciones dificulten el flujo de la información, necesaria para el eficiente funcionamiento de los mercados y para el adecuado desarrollo de la economía.⁸⁶

La legislación de estos países ha conciliado dos objetivos que en apariencia son contradictorios, pero que la evidencia internacional demuestra que son complementarios. Estos países en pocas palabras consideran a los datos personales un bien de mercado sujeto a la protección jurídica que se les da a este tipo bienes

Cabe resaltar que la protección de datos es un asunto prioritario porque contribuiría a mejorar el desempeño del acceso a la información ya que contarían cada uno (el acceso a la información y la protección de datos personales) con su propio régimen jurídico, y otorgara una mejor seguridad jurídica a los datos de carácter personal, creando una mayor confianza de que los datos que proporcione el gobernado a cualquier institución gubernamental serán utilizados conforme a lo que determine la ley al respecto.

En la Democracia es fundamental otorgar confianza factible a los ciudadanos para que puedan obtener de los archivos del Estado cual es el estado en que se encuentran sus propios datos personales de los cuales ellos son los

⁸⁵ Cfr. GREGORIO, Carlos, Protección de Datos Personales: Europa vs. Estados Unidos, Todo un Dilema para América Latina, Temas Selectos de Derecho a la Información, op.cit., p. 325

⁸⁶ BELLO MARTINEZ Gustavo Adolfo, Principios Generales a Considerar en la Elaboración de una Ley de Protección de Datos Personales, en Transparentar al Estado La Experiencia Mexicana de Acceso a la Información., op. cit. P. 244.

poseedores, y cual es el tratamiento que se les esta haciendo. Estos pueden ser desde el propio nombre o el domicilio particular, como datos fiscales ya sea el Registro Federal de Contribuyentes, régimen fiscal, las declaraciones o información patrimonial que requieren de mayor protección por contener elementos económicos de la persona.

El IFAI ha emitido en julio de 2005 una resolución en donde se permitió el acceso a los números celulares de los funcionarios de la Secretaria del Medio Ambiente que trajo opiniones encontradas. El Instituto argumento que dicha resolución encuentra su fundamento en que el uso de dichos teléfonos corre a cargo del presupuesto de esta Secretaria, por lo tanto esos números son públicos. No así los números telefónicos que corren a cargo del funcionario pero de manera privada.

Asimismo el Instituto Federal de Acceso a la Información se encontró dividido al resolver un recurso de revisión ordenando el 12 de octubre de 2005 a la Secretaría de la Función Pública retirar de su página de Internet el Registro Federal de Causantes de todos los funcionarios del Gobierno federal, en lo que constituye el primer fallo del organismo para regresar a la sombra algo que ya era público. El argumento esencial que esgrimió el comisionado Alfonso Lujambio para vedar el RFC es que el artículo 40 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de Servidores Públicos establece que la Secretaria de la Función Publica debe llevar un registro de funcionarios con el carácter de público, pero jamás puntualiza que ese dato deba formar parte del registro. Por su parte los comisionados Juan Pablo Guerrero y Horacio Aguilar votaron contra el proyecto, con el argumento de que el nombre y la fecha de nacimiento -datos que componen el RFC-, se localizan en registros que son públicos, como son el Civil, de la Propiedad o de Comercio y no aporta nada sobre la intimidad y privacidad de las personas. La resolución no es favorable a favor de la transparencia ya que no existía un precedente donde información ya considerada publica el Instituto resolviera en sentido contrario al de la de publicidad, bajo la premisa de que lo que ya es público debe permanecer así.

Por eso delimitar en una ley (que no debe de ser la Ley de Acceso a la Información Pública) los casos en que aplica el acceso a datos personales es una ventaja para demarcar la dirección que se quiere construir un régimen democrático y si es factible llevar acabo un sincretismo jurídico de acceso a información pública e información privada. Crear una ley equilibrada con la visión garantista y la mercantil. Dejar las hipótesis normativas ambiguas y dejar fuera principios que corresponden al habeas data, son cuestiones que incrementan las facultades discrecionales de las autoridades pudiendo negar información -por ejemplo- alegando que corresponde a información restringida por ser personal. Una facultad discrecional donde no es necesaria, es una facultad burocrática entorpecedora y por lo tanto antidemocrática ya que imposibilita o dificulta un libre ejercicio de un derecho que tiene el sujeto poseedor del mismo.

4.4 REFLEXIONES FINALES

Actualmente respetar el derecho de acceso a la información pública es característica fundamental de una democracia activa. El filósofo italiano Norberto Bobbio señalaba que su definición predilecta de democracia es aquella que se presenta como “poder público”, entendido como la observación transparente a la luz del día por parte de los gobernados de las decisiones y acciones que realizan los gobernantes.⁸⁷

El gobierno que se hace público supone hacer el poder controlable por escrutinio ciudadano, el régimen que no cuente con medios para transparentar y rendir cuentas tanto vertical como horizontalmente, en sentido estricto, no es una democracia.

El Derecho de Acceso a la Información Pública aparece aquí como el instrumento idóneo para fomentar los intereses ciudadanos y estabilizar los pesos de poder público. Para poder realizar esta labor es necesario consolidar las

⁸⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto Teoría General de la Política, Trota, Madrid 2003, p. 418.

instituciones de este derecho vinculándolas mas a un sentido democrático. Como podemos ver, los principios como el de publicidad o el de afirmativa ficta resultan evidentes y necesarios para transparentar la administración publica.

La autoridad revisora independiente, es un paradigma del Derecho de Acceso a la Información Publica, porque sin ella no se puede garantizar el principio jurídico relativo a que un mismo sujeto no puede ser juez y parte al mismo tiempo en un procedimiento, por lo tanto, sustentar una autoridad no vinculada directamente con ninguno de los tres poderes que conforman al Estado es la tarea actual en donde el IFAI debe buscar por medio de la concertación con el Congreso de la Unión alcanzar su plena autonomía e Independencia, del Poder Ejecutivo.

Asimismo esta Ley tan importante en un régimen jurídico y político debe establecer su propio sistema de interpretación de sus normas para respaldar el camino hacia los fines que persigue y obligando a los operadores jurídicos a interpretarla con claras tendencias de apertura y legitimidad, ya que uno de los grandes problemas que comúnmente acaecen es el relativo a la interpretación jurídica.

La creación de una Ley de Protección de Datos Personales es fundamental para la seguridad de esta información que producirá una credibilidad tanto gubernamental como del sistema jurídico mexicano atrayendo beneficios económicos y sociales especialmente.

La información publica no pierde esta calidad por encontrarse dentro de alguna excepción a su acceso, tan solo es el acceso el que no se puede ejercerse en un periodo marcado por la propia Ley de Acceso. Nunca se justificara que por una información publica estuviera vetado del acceso por tiempo indefinido. El periodo entonces debe ser prudente es decir se deben considerar exclusivamente los motivos que pueden originar un perjuicio al Estado y en razón de que lo pueden perjudicar y que lapso puede durar esos motivos.

Uno de los puntos mas álgidos son las excepciones al derecho de acceso, las cuales deben estar bien fundamentadas y justificadas siguiendo con el

principio de legalidad. Al respecto, la Seguridad Nacional se convierte en uno de los pretextos más comunes que utilizan las autoridades para esconder información que pone al descubierto sus actos o vulnera en cierta medida su poder. Para atacar esta situación los legisladores tienen que esclarecer lo mayor posible el concepto de Seguridad Nacional, ya sea delimitando con mucho mayor detalle las hipótesis normativas contempladas por la LAI o tratarla con acertadamente en la Ley de Seguridad Nacional. Mientras sucede esto último la interpretación jurídica toma relevancia para resolver este tipo de indeterminaciones de términos ya sea por vaguedad o ambigüedad.

Además las excepciones que haga valer el órgano clasificador o autoridad facultada no deben recaer en esas potestades discrecionales para tal efecto, sino las explícitamente señaladas por la Ley, y las que de manera particular señalen otras leyes. El tratamiento prudente de la información que se traduce en el manejo responsable de la información así como de la aplicación de la normatividad de la LAI sin duda traerá enormes beneficios para el respeto al derecho de acceso a la información y así como para que la administración pública se vuelva transparente originando que con el escrutinio público se democratice paulatinamente.

Hay que recalcar que estas premisas expuestas en este capítulo son de índole democrático y cuando se piensa en ellas se hace en relación al beneficio que contrae el acceso a la información a la democracia, para atacar el autoritarismo y menguar la discrecionalidad de las autoridades para que germine una administración pública mucho más comprometida con el ciudadano, principal actor en el derecho de acceso a la información pública y el engranaje primordial de cualquier democracia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El derecho de acceso a la información es sin duda uno de los paradigmas de todo régimen democrático, como lo podemos comprobar en el derecho comparado con diversos estados democráticos que ya han legislado al respecto, aunado al fuerte crecimiento que ha tenido que lo convierten, sin duda, en la disciplina jurídica que con mayor auge a nivel nacional en los últimos seis años, con casi la totalidad de los estados de la república con leyes de acceso a la información.

SEGUNDA. Uno de los aspectos destacables, es el diseño de la Ley Federal de Acceso a la Información Gubernamental, que la convierten en una de las leyes federales mejor logradas en el contexto internacional y siendo la más importante en la región latinoamericana. Al incorporar figuras jurídicas que apoyan a garantizar este derecho sobresaliendo la afirmativa ficta, que tendría que ser acompañada con alguna sanción para la autoridad que no responda ante una solicitud de información; así como la incorporación del principio de publicidad entre muchos otros, además de que debe establecerse en el texto de la ley, las normas de interpretación aplicables a la propia Ley, como parte fundamental para garantizar su cumplimiento por las autoridades ya que una de las principales actividades del operador jurídico es interpretar el derecho

TERCERA. Es evidente el auge que ha tenido esta nueva disciplina jurídica en nuestro país que la convierte en la de mayor desarrollo legislativamente por parte de los estados de la República. Estas diversas leyes en general son acertadas ya que constituyen el primer esfuerzo para contemplar dentro de nuestro derecho positivo a tal disciplina. Algunas de esas leyes son en algunos aspectos paradigmáticos por contemplar figuras y principios jurídicos muy relevantes como la afirmativa ficta, la prueba de daño, o la creación de una autoridad reguladora.

Dentro de estas leyes estatales se encuentran la de los estados de Sinaloa, Michoacán y la de Morelos, simplemente en su diseño, porque en su aplicación es una situación distinta. Los legisladores federales deben considerar los avances que en determinados aspectos tienen las leyes estatales para el perfeccionamiento de la LAI, que implicaría inclusive la incorporación constitucional de ciertos principios a rango constitucional, la plena autonomía del IFAI, como lo hizo el estado de Morelos con su autoridad reguladora.

CUARTA. El Derecho a la Información puede concebirse como el derecho de la sociedad, en un Estado democrático de derecho, a conocer información de interés público bajo los criterios de objetividad, veracidad, pluralidad, policentrismo, confiabilidad y oportunidad, información dirigida a la formación de la opinión pública para la participación informada del ciudadano en las instituciones democráticas y en las políticas públicas, en el contexto sociopolítico de un Estado constitucional democrático de derecho. así la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo considera actualmente como una garantía individual que es tutelada tanto por la Constitución como por la Ley Federal.

QUINTA. La creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, es un gran logro ya que esto da mayores elementos para confiar en el ejercicio libre del acceso público por los ciudadanos. El Instituto goza actualmente de atribuciones que hacen cumplir de manera un tanto eficaz el cumplimiento de la Ley de acceso, pero falta camino por recorrer en cuanto a sus facultades, ya que elevarlo a órgano constitucional sería muy positivo, como lo es el IFE en materia electoral, el IFAI debe serlo en materia de acceso a la información. Sus facultades son federales pero debe ser la última autoridad administrativa en la resolución de los asuntos teniendo facultades de atracción de revisiones del ámbito estatal cuando se trate de asuntos relevantes, esto implica un diseño complejo, por esta razón solo dejaremos el preámbulo a posteriores investigaciones.

SEXTA. Las legislaciones europeas en conjunto son las más avanzadas en cuanto al diseño de sus leyes de acceso y son las que cumplen con mayor eficacia la tutela de este derecho. La FOIA de Estados Unidos es una ley que presenta complicaciones por las diversas vinculaciones con normativas administrativas, además de que la política estadounidense hace que la Ley se vea sesgada en sus alcances. El caso más relevante es Canadá ya que crea un Ombudsman del acceso a la información que tutela el cumplimiento de su Ley de acceso, sin embargo cuenta con facultades de corto alcance ya que sus resoluciones no son vinculatorias sin responsabilidad para la autoridad que no cumpla con dicho resolutivo. En Latinoamérica el caso es diferente, pocos países han aprobado leyes de acceso a la información, como Brasil, Panamá, Perú, Ecuador y de manera local Argentina, (además de México por supuesto), y el panorama es alentador en el sentido de que el diseño en general de esas leyes es aceptable para ser un primer intento sin embargo no cuentan con las instituciones sólidas para hacer cumplir la ley una situación muy negativa para las leyes de acceso de la región, que como ejemplo podemos mencionar que no crearon una autoridad especializada para que vele por el respeto de la ley de acceso.

SEPTIMA. La incorporación de la afirmativa ficta en la Ley es un logro sobresaliente porque afirma la presunción de publicidad a la que esta sujeta la información en manos de la administración pública. Es un apoyo adicional que debe contar toda ley de acceso a la información para garantizar la respuesta a las solicitudes de información pero debe ser acompañada por una serie de responsabilidades administrativas para que cuando la autoridad por silencio administrativo se configure la afirmativa ficta, se considere una negligencia el no dar respuesta a una solicitud de información a tiempo, por lo que daría motivo a una sanción. La afirmativa ficta es una figura jurídica que junto con la presunción de publicidad adquiere una cualidad democrática porque su intención y su razón de existencia en la LAI es siempre de apertura a la información.

OCTAVA. El incorporar dentro de LAI algunas normas de interpretación para la propia ley, es uno de los medios más adecuados que dotan de elementos al operador jurídico para desentrañar de la ley, las normas jurídicas más apropiadas que provoquen una mayor apertura. Sobre todo cuando existen dentro de las excepciones ambigüedad o vaguedad de términos y conceptos y que con las normas de interpretación se define aun mas la dirección que pretende dicha Ley. Si las normas de interpretación nos definen un camino de apertura y publicidad máxima y considerar que la información solo en casos de excepción debe negarse a cualquier persona que lo soliciten entonces esas normas de interpretación tienen un carácter democrático.

NOVENA. El uso de tecnologías informáticas para facilitar el ejercicio de acceso a la información resulta necesaria si se pretende que la misma llegue a la mayor cantidad de personas posible, muy acorde con los principios de transparencia que el gobierno tiene que incorporar. El desarrollo de tecnologías de la información contribuye a democratizar al Estado si se realizan en el sentido de inclusión y de apertura, ponderando que esa tecnología facilite la comunicación de la información y pueda ser utilizada y comprendida por las personas que la requieran.

DECIMA. Las prácticas en contra de la democracia se ubican en ejercicios autoritarios y facultades ampliamente discrecionales. El acceso a la información puede poner nuevas condiciones en la administración si se le dota al derecho que lo tutela de circunstancias apropiadas para disminuir la discrecionalidad. Las clasificaciones de información son las que limitan el acceso a la información. dentro de la LAI deben establecerse nuevos paradigmas en cuestión de clasificación como reducir las facultades discrecionales de las autoridades clasificadoras, requiriendo los motivos de clasificación, y justificar el encuadramiento de la información en los supuestos normativos que establece la LAI. Además la implantación de un periodo de reserva prudente es lo más adecuado para evitar que información importante pierda vigencia y actualidad con el transcurso del tiempo.

DECIMA PRIMERA. El proteger los datos personales es una cuestión que sin duda importa al derecho de acceso a la información por que éste no puede vulnerar los derechos de terceros y se debe centrar en hacer accesible la información que por su naturaleza sea pública, debe crear condiciones que favorezcan la protección ya sea delimitando lo mayor posible la concepción de que son datos personales, sus condiciones de acceso y la protección de estos. El siguiente paso en México en los foros de acceso a la información, es el tratamiento adecuado en la protección de datos personales y su convivencia jurídica con el derecho de acceso a la información pública.

DECIMA SEGUNDA. El derecho de acceso a la información pública resulta necesaria en una sociedad democrática. No es concebible un régimen democrático sin la posibilidad de poder acceder por parte de la ciudadanía a la información que contenga el gobierno, en especial la administración pública, por que en tal caso no sería materialmente una democracia. La vinculación de administración pública y democracia es estrecha, las prácticas de ésta deben estar orientadas en el sentido democrático de servicio a la ciudadanía y debe estar sometida a las reglas de rendición de cuentas horizontal y vertical. El derecho de acceso participa en la forma vertical de rendición de cuenta referente a que el gobernado puede verificar lo que realiza la autoridad administrativa. En este sentido se estimula y se permite el ejercicio de este derecho que funge como un medio para el control de poderes y erradicación de arbitrariedades. En suma, el derecho de acceso a la información contribuye en regresar al ciudadano, al gobernado el poder y la posibilidad de ejercer mejor sus propios derechos, además de sensibilizarse por tener mejor conocimiento de su entorno. Esto da la posibilidad de desarrollo del gobernado, y aquí encuentra su mejor argumento el derecho de acceso a la información pública en el sentido democrático: mejorar las condiciones de vida de la población.

BIBLIOGRAFÍA

ABALON Maria G. y otros. Derecho a la Información, Habeas, Data e Internet, La Rocca, Buenos Aires, 2002.

ACOSTA ROMERO Miguel, Compendio de Derecho Administrativo, Parte General, 2ª Edic, Porrúa, México, 1998.

_____, Derecho Administrativo Parte Especial VI, Porrúa, 1998, México

ACKERMAN John M y SANDOVAL Irma E., Leyes de Acceso a la Información en el Mundo, IFAI, 2005

ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

BOBBIO Norberto, El Futuro de la Democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1996

_____, Teoría General del Derecho, Themis, Bogota, 1997

_____, Teoría General de la Política, Trota, Madrid 2003

BURGOA Ignacio, Las Garantías Individuales, Porrúa, México, 2002

CANCHOLA HERRERA Jesús, Tríptico Constitucional Mexicano, México, Irapuato.

CARPISO Jorge y CARBONELL, Miguel, Derecho a la Información y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000

CASTRO Y CASTRO, Juventino Víctor, Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional, Oxford. México 2002

CIENFUENTES Santos, Derechos Personalísimos, Astrea, 2ª, Buenos aires, 1995

COINUTTI Carlos E., Derechos Humanos Constitucionales, Rubinzal-Culzoni, Editores, Argentina 1999

CONCHA CANTU Hugo A., LÓPEZ AYLLÓN Sergio y TACHER EPELSTEIN Lucy, Transparentar al Estado: La Experiencia Mexicana de Acceso a la Información, 1ª reimp. UNAM, México, 2004

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) 2002. (Trabajos doctrinales especializados, boletines de actualidad, reseñas de interés jurídico, glosario de términos, preguntas más frecuentes y otras informaciones de interés). Fundación AIRTEL Vodafone – Davara & Davara Asesores Jurídicos. Madrid, 2002.

ESCALANTE GONZALBO Fernando, Derecho a la Privacidad, IFAI, México, 2000

FERNANDEZ RODRIGUEZ, José Julio. Lo Público y lo Privado en Internet. Intimidad y Libertad de Expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2004.

FERRER Maria A. Derecho a la Información, Habeas Data e Internet , Universidad, Buenos Aires

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, Porrúa 2000

FUENMAYOR ESPINA, Alejandro, Derecho de Acceso de los Ciudadanos a la Información Pública, UNESCO, Costa Rica, 2004.

HERNANDEZ VEGA, Edmundo, Diccionario de Política Internacional, Porrúa, México, 2002.

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Transparency and Access to Information, México 2004

KELSEN, Hans, Que es la Teoría Pura del Derecho?, Fontamara, México, 1998

LOPEZ AYLLON Sergio, Derecho de la información, UNAM-Mcgraw-Hill, México, 1997..

_____, Panorama del Derecho Mexicano, Derecho de la Información, McGraw-Hill, México, 1997.

LOPEZ AYLLON Sergio (coordinador), Democracia, Transparencia y Constitución: Propuestas para un Debate Necesario, IJ-IFAI, México, 2006

NEUMAN, Laura (compiladora), Acceso a la Información: La Llave para la Democracia, edit. Laura Neuman, E.U.A., 2002

NIETO, Santiago, Interpretación y Argumentación Jurídicas en Materia Electoral, una Propuesta Garantista, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005

PIERINI Alicia y otros, Habeas Data, Derecho a la Intimidad, Editorial Universidad, 2ª edición Buenos Aires, 1999

PIERINI Alicia y VALENTIN Lorences, Derecho de Acceso a la Información, Universidad, Argentina, 1999

RECASENS, Siches, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1956

RIOS ESTAVILLO, Juan José, Derecho e Informática en México, Informática Jurídica y Derecho a la Informática, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1997.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, Estado y Transparencia: Un Paseo por la Filosofía Política, IFAI, México 2004

SABA Roberto (compilador), Acceso a la Información Pública en las Américas, edit. Dialogo Interamericano, Washington, D.C., E.U.A.

SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Primer y Segundo Curso, México, 1999.

VALADEZ Diego, y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Constitucional III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002..

VILLANUEVA Ernesto, Derecho Mexicano de la Información, Oxford, México, 2000

_____, Derecho comparado de la información; Universidad Iberoamericana, México, 2002

_____, Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México 2003.

_____(compilador), Temas Selectos de Derecho a la Información, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2004.

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEICANOS

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMAION PUBLICA
GUBERNAMENTAL

LEY DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA DEL ESTADO DE SINALOA

LEY DE INFORMACION PUBLICA, ESTADISTICA Y PROTECCION DE DATOS PERSONALES
DEL ESTADO DE MORELOS

LEY DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA DEL ESTADO DE MICHOACAN DE
OCAMPO

REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA
INFORMACIÓN GUBERNAMENTAL

REGLAMENTO INTERIOR DEL INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACION
PUBLICA INTERNACIONAL

LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA DE PERÚ

LEY NUMERO 6 DE TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN PUBLICA DE PANAMÁ

FREDOM OF INFORMATION ACT OF UNITET STATE OF AMERICA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

LOS PRINCIPIOS DE JOHANNESBURGO SOBRE SEGURIDAD NACIONAL, LIBERTAD DE
EXPRESIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

LOS PRINCIPIOS DE LIMA

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

LEY MODELO PARA LOS ESTADOS AMERICANOS

PAGINAS ELECTRÓNICAS

ANTONIO M. Aeleyra, El Derecho de Acceso a la Información Pública y el Derecho de Libertad Informática, (¿Conflicto entre el Derecho a la Información y el Derecho a la Intimidad de los Datos Personales?) *Aportaciones desde la Teoría del Derecho*, www.uia.mx.

UGALDE, Luis Carlos, La rendición de Cuentas y la democracia, el Caso de México, www.ifai.org.mx/textos/culturatransparencia/mtm.pdf.

www.usembassy-mexico.gov/bbf/bfdossierS_FOIA.htm

www.ifai.org.mx

www.oae.org

www.juridicas.unam.mx

REVISTAS

VILLANUEVA Ernesto y LUNA PLA Issa, *El Derecho de Acceso a la Información. Visiones desde México y la Experiencia Comparada*. 1° de enero de 2001.

OTRAS FUENTES

LOMBARA Ricardo en la Conferencia de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica, celebración del año de implantación de la Ley Federal de Acceso a la Información Gubernamental en México, IFAI.