

Transparencia y el nuevo sistema de derechos humanos

22

Cuadernos de
transparencia



SAÚL LÓPEZ NORIEGA



Transparencia y el nuevo sistema de derechos humanos

SAÚL LÓPEZ NORIEGA

DIRECTORIO

Ximena Puente de la Mora
Comisionada Presidente

Francisco Javier Acuña Llamas
Comisionado

Areli Cano Guadiana
Comisionada

Oscar Mauricio Guerra Ford
Comisionado

María Patricia Kurczyn Villalobos
Comisionada

Rosendoevgueni Monterrey Chepov
Comisionado

Joel Salas Suárez
Comisionado

José de Jesús Ramírez Sánchez
Coordinador Ejecutivo

Adrián Alcalá Méndez
Coordinador de Acceso a la Información

Luis Gustavo Parra Noriega
Coordinador de Protección de Datos

Yuri Zuckermann Pérez
Coordinador Técnico del Pleno

Federico Guzmán Tamayo
Coordinador del Secretariado Ejecutivo del
Sistema Nacional de Transparencia

Comité Editorial

Areli Cano Guadiana
Oscar Mauricio Guerra Ford
Joel Salas Suárez
Jesús Rodríguez Zepeda
José Roldán Xopa
Javier Solórzano Zinser
Gerardo Villadelángel Viñas

Cristóbal Robles López
Secretario Técnico del Comité Editorial

ÍNDICE

	El autor	4
	Presentación	5
	I. Introducción	8
	I. El escenario constitucional de los derechos humanos	11
	La reforma constitucional en materia de derechos humanos	11
	La Suprema Corte de Justicia y el caso “Consulta Radilla”	13
	II. La transparencia y su coraza protectora	18
	Redefinición de la transparencia y de la información pública	18
	Transparencia como política pública	21
	Información pública y sus múltiples definidores	26
	III. El Estado mexicano, transparencia y derechos humanos	30
	Conclusiones	34
	Notas	37
	Bibliografía	41

EL AUTOR

SAÚL
LÓPEZ
NORIEGA

Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Su tesis de licenciatura *Democracia y control constitucional: la sospecha del desastre* obtuvo el 3er lugar en el concurso “Vicente Aguinaco”, organizado por la Suprema Corte de Justicia (2004).

Doctor en filosofía política y derecho constitucional, con nota *Magna Cum Laude*, por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Ha publicado artículos en revistas culturales y especializadas; entre sus libros se encuentran: *Democracia, poder y medios de comunicación*, México, 2009; *Elección presidencial 2012. Análisis de su impugnación*, TEPJE, México, 2014; además de coordinar, junto con José Carreño Carlón, *Manual de periodismo judicial. Tribunales y opinión pública*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

Es coeditor de la colección de libros *Lectura Contemporánea de los Clásicos*, donde se estudia el pensamiento de autores como Max Weber, Adam Smith, Emilio Rabasa.

Actualmente es profesor e investigador de tiempo completo de la División de Estudios Jurídicos del CIDE.

PRESENTACIÓN

En junio de 2011, el artículo primero de nuestra Constitución fue reformado por el Congreso para equiparar los derechos contenidos en los tratados internacionales de los cuales México es parte, con los que establece nuestra Carta Magna. Este cambio significó un paso trascendente en la vida social del país y un cambio profundo en el sistema institucional, de consecuencias en el ámbito jurídico que aún hoy, se siguen explorando. Sabemos que tendrá que pasar un tiempo antes de que se logre transitar de la normatividad a la normalidad, del derecho al hecho; sin embargo, existen algunos indicios que permiten anticipar que los efectos de esta reforma serán de gran impacto en el ejercicio de impartición de justicia.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha actuado con la velocidad que la importancia del tema amerita, imprimiendo un giro en todo el Poder Judicial al introducir una metodología para que los jueces en sus sentencias privilegien los derechos humanos inscritos en nuestra Constitución y, por

ende, en los tratados internacionales suscritos por nuestro país.

Con miras de largo alcance y atentos al contexto nacional, el Comité Editorial del IFAI propuso la elaboración de un texto de divulgación que, bajo la perspectiva de los derechos humanos, se aproximara a los temas que tutela el Instituto y a los impactos que tendrán en los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales. Asimismo propuso al doctor Saúl López Noriega, reconocido abogado, académico e investigador especialista en el tema, para su desarrollo.

En el trabajo que aquí se presenta, el doctor López Noriega hace una revisión detallada de la reforma en materia de derechos humanos y los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el mérito de plantear con un lenguaje sencillo y claro el tecnicismo legal, lo que da oportunidad a la población no especializada de adentrarse en el tema.

El autor señala las implicaciones de los últimos cambios en materia de

derechos humanos en el orden institucional y en la vida cotidiana de las personas. Aborda también directa y ampliamente las consecuencias en el ejercicio de los derechos de acceso a la información y de protección de datos.

Damos por tanto, la más cordial bienvenida a la colaboración del doctor Saúl López Noriega a la serie *Cuadernos de Transparencia*, con una obra que destaca por el escrutinio que hace al campo, aún poco explorado, de las implicaciones normativas e institucionales de los derechos humanos.

Con esta publicación el Instituto pone a disposición del público interesado material relevante para el análisis y la reflexión. La valoración final se la dejamos a usted, estimado lector.

**Instituto Federal de Acceso
a la Información Pública (IFAI)***

* En virtud de la reforma al artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014, y de la publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el IFAI cambió su denominación por el de Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

INTRODUCCIÓN

LA EXIGENCIA DE TRANSPARENTAR LA ACTIVIDAD DEL ESTADO SE UBICA EN LA RAÍZ MISMA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL. Desde las primeras circunstancias, textos y discusiones que construyeron el edificio de este régimen, se entendió que la publicidad de la maquinaria estatal era un aspecto indispensable para cumplir con el reto de controlar el ejercicio del poder. Cada una de las palancas, tuercas y resortes institucionales encaminados a limitar el poder, se volvían inservibles si éstos no eran transparentes. Por ello, el control último de la compleja madeja de procedimientos, límites e incentivos propios de una democracia moderna es la publicidad. El acceso a la información del Estado es el antídoto por antonomasia para inhibir el surgimiento de corrupción, abuso de poder y patrimonialismo (Jardin, 1998).

Lo que ha cambiado, sin embargo, es el contexto en el que se plantea esta exigencia de transparentar la infraestructura estatal. Es decir, si bien desde el nacimiento de la democracia moderna siempre ha existido el objetivo de acceder a la información del Estado,

las sociedades actuales han cambiado de tal manera que se ha vuelto todavía más complejo el obstáculo de publicitar el desempeño de los múltiples órganos estatales. Son dos, por lo menos, los cambios que han orillado a repensar las armas para lograr un efectivo acceso a la información estatal (Bobbio, 1986; Vallespín, 2003).

En el surgimiento del pensamiento liberal se buscaba acabar con el secreto cortesano, ese cuchicheo alrededor del rey que influía en las decisiones de éste. El proceso de decisión de los gobernantes debía de realizarse en la plaza pública y no en la alcoba del castillo. Este tipo de secreto sigue siendo un reto para la transparencia. No obstante, actualmente hay que sumar otro: el secreto técnico. El desarrollo del Estado moderno, por diversos factores, ha dado como resultado un sinfín de órganos cuya responsabilidad implica un conocimiento sumamente técnico que abre la puerta para que, por medio de una abigarrada jerga y sofisticadas dinámicas institucionales, se oculte información con enormes repercusio-

nes sociales. Hoy, combatir la opacidad y el secreto requiere de recursos institucionales que permitan hurgar de manera atinada en lo que está detrás de un sistema de pensiones, una política de exploración y perforación de petróleo o una decisión sobre concesiones de telecomunicaciones (Joly, 1974).

Esta misma complejidad social, y aquí el segundo reto contemporáneo para la transparencia, ha propiciado que el acceso a la información tenga que convivir con una pluralidad de otros valores que en no pocas ocasiones exigen por lo menos reflexionar seriamente si cierta información debe hacerse pública o no. El ejemplo de pizarrón de esta tensión son los datos personales. Pero, por supuesto, no es el único. Consecuencias económicas, seguridad nacional, protección a la integridad de funcionarios públicos, son una serie de valores que, en ciertas circunstancias, pueden llegar a tensar su relación con el acceso a la información y cuya solución no siempre es sencilla ni evidente (López Noriega, 2009).

El propósito, por tanto, de este cuaderno de investigación y divulgación es aquilatar los retos actuales y de antaño del acceso a la información gubernamental, teniendo siempre presente que la publicidad de la actividad estatal coadyuva a controlar el ejercicio del poder, pero también propicia incentivos positivos para generar conocimiento, mejorar

políticas públicas, así como imaginar mejores arreglos institucionales. Y todo este análisis tendrá como eje rector las oportunidades que ofrece el nuevo escenario constitucional de los derechos humanos. En efecto, en los últimos años ha habido una serie de cambios institucionales –reformas constitucionales y sentencias de la Suprema Corte– que han rediseñado de manera radical el andamiaje de protección de los derechos del país. Lo cual, por supuesto, impactará en la manera de entender el derecho a la información y la transparencia.

Pero este efecto no se limita al órgano garante por antonomasia de la transparencia en el Estado mexicano, el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI). Al contrario, la reestructura que sufrió el sistema de derechos humanos del país es de tal magnitud que afectará por supuesto al IFAI pero también a todas las autoridades judiciales, administrativas y legislativas del país. Imponiéndoles no solo una nueva batería de obligaciones respecto a los derechos humanos, sino también exigiéndoles nuevas metodologías de trabajo al momento de ejercer sus correspondientes competencias para que tengan una actuación mucho más protectora de los derechos.

¿De qué calibre son dichos cambios al escenario constitucional de derechos humanos? ¿Cómo afectarán tales ajustes al entendimiento del derecho a la in-

formación y la transparencia? ¿Cuáles son los nuevos retos para el IEAI? Si estas reformas impactan no solo a este órgano de transparencia, sino al resto de las autoridades del país, ¿qué obligaciones tendrán éstas en el futuro al respecto? Y no menos importante: ¿De qué manera convergerán ambos grupos de autoridades, los institutos de transparencia federal y locales junto con el resto de las autoridades, en su entendimiento de los límites y alcances de la transparencia? ¿Cuáles son, en este sentido, los obstáculos que tendrá que sortear el Estado mexicano para crear un sistema de transparencia coherente y eficaz? Lanzar posibles respuestas a éstas y otras interrogantes es indispensable para entender no solo el potencial que ofrecen las nuevas características de nuestro escenario de derechos humanos frente a la transparencia y el derecho a la información, sino también los retos que hay que sortear para exprimir al máximo precisamente tal potencial.

EL ESCENARIO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En junio de 2011, se aprobó una reforma constitucional en materia de derechos humanos de enorme trascendencia para el país. Este cambio implicó básicamente la inclusión en la norma suprema de una serie de disposiciones encaminadas a fortalecer nuestro sistema de protección de derechos. Entre los cambios más relevantes, y que sin duda impactarán en la manera de entender y proteger la transparencia, destacan los siguientes, los cuales se insertaron en el nuevo artículo 1º constitucional.

En primer lugar, se estableció que los derechos humanos ubicados en algún tratado internacional, suscrito y ratificado por el Estado mexicano, tienen la misma posición jerárquica que la Constitución. Esto significa que el abanico de derechos de nuestro sistema constitucional se amplió, ya que se incluyeron por esta vía nuevos derechos que no estaban contemplados en nuestra Constitución. Ese es el caso, por ejemplo, del

derecho a una indemnización por error judicial establecido en el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José.

Pero también se extendió nuestro arsenal de derechos, aun en el caso de derechos que sí estaban ya contemplados en nuestro texto constitucional, debido a que ahora es posible gozar de las definiciones de los derechos de fuente internacional cuyos contenidos en términos generales son mucho más actualizados y especializados que nuestros derechos constitucionales. Un ejemplo, en este sentido, sería la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución, que sin duda traza con mayor nitidez que nuestro texto constitucional, una de las mayores afrentas al núcleo duro de la autonomía y libertad personal. Con esto, entonces, el paraguas protector de derechos de nuestro orden jurídico ahora es capaz de ofrecer una protección mucho más extensa, detallada y precisa.

Otro cambio relevante de esta reforma constitucional en materia de dere-

chos humanos, es la inclusión del llamado principio pro persona como criterio clave para interpretar cualquiera de las aristas que giran alrededor de los derechos humanos. Este principio, a grandes rasgos, implica que las autoridades encargadas de resolver asuntos relacionados con derechos tienen que interpretar éstos favoreciendo siempre a las personas con la protección más amplia o, en su caso, leyendo de la manera menos restrictiva alguna limitación que esté en juego. Es decir, con esta modificación, como con varias más que a continuación comentaremos, se establece una herramienta o metodología de trabajo que los órganos del Estado mexicano tienen que usar de manera obligatoria para efectos de realizar en todo momento una lectura mucho más garantista de los derechos (Pinto, 1997).

El tercer cambio significativo consiste en establecer la obligación a todas las autoridades del Estado, sin importar el nivel de gobierno o si desempeñan una tarea legislativa, administrativa o judicial, de que en el ámbito de sus responsabilidades promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos. Esto se traduce también en una especie de metodología de trabajo que exige que las autoridades siempre deban ejercer sus respectivas competencias a partir de la perspectiva de los derechos humanos. Lo cual no significa, por supuesto, que ahora todas las autoridades

tengan como responsabilidad principal la protección de los derechos. Mejor dicho, se trata de que en la realización de su trabajo, que será sin duda de diversa índole, adecuen su actuación en la medida de lo posible justamente a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos. Y deberán hacerlo ciñéndose a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esto es, no solo tienen los diferentes órganos de la estructura estatal una nueva serie de obligaciones frente a los derechos, al momento de cumplir con sus correspondientes responsabilidades, sino que también la misma reforma les establece un conjunto de estándares que guiarán el cumplimiento de tales obligaciones (Gómez Hernández, 2014).

¿Qué implican, sin embargo, estos principios? Sin entrar en cuestiones demasiado técnicas, podemos entender lo siguiente: universalidad se refiere a una pretensión del sistema de derechos de ampliar cada vez más los segmentos de la población que gozan de tales derechos, así como de las circunstancias o hechos protegidos por los mismos. Es decir, la idea detrás de la universalidad es que los derechos al ser exigencias éticas y morales justificadas, empaquetadas con revestimiento normativo, y cuyo fundamento último es la dignidad humana, deben expandirse hasta abarcar a todos los seres humanos. Lo cual no significa ignorar las diferencias de contexto

que existen en los diversos puntos del planeta donde ha echado raíces la lógica de los derechos humanos.

Interdependencia e indivisibilidad, por su parte, son principios que buscan destacar la expresión “derechos humanos” como una unidad, sin distinguir grupos, ni establecer jerarquías entre sí. De tal manera que el goce de un derecho en particular, o de un conjunto de derechos, en no pocas ocasiones está atado a la realización de otro derecho u otra batería de derechos. De ahí que los derechos sean una especie de madeja que, en conjunto, forman una unidad indivisible y, en ese sentido, están interconectados entre sí para efectos de su cumplimiento y realización.

Progresividad, por último, parte del supuesto de que el cumplimiento cabal de los derechos no se puede realizar de una vez y para siempre. Se trata, mejor dicho, de un proyecto gradual y progresivo, que debe evitar resbalar en la tentación de considerar que una vez alcanzando cierto punto de satisfacción ya no es posible mejorar su cumplimiento. Y de ahí que una vez que se logre un mínimo de realización de los derechos –con todas las dificultades que implica definir ese mínimo–, se debe evitar cualquier retroceso en el terreno ganado del proyecto para garantizar los derechos humanos en el mediano y largo plazo (Vázquez y Serrano, 2011).

Por último, tenemos que con esta reforma se insertó otro ramillete de obligaciones para el Estado mexicano que resulta de una preocupación no menor: una vez detectada una vulneración a cierto derecho humano, sea de fuente internacional o constitucional, ¿qué procede? ¿Basta con una mera declaración formal de que en efecto sí se realizó una afectación a un derecho? O, en cambio, ¿a partir de ahí es necesario hacer lo conducente para sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos en cuestión? Justo este último conjunto de obligaciones al Estado mexicano determina que éste debe prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier afectación a un derecho. Lo cual abre un escenario inédito en nuestro orden normativo. Uno donde, ante una vulneración a un derecho, debe haber consecuencias puntuales para el responsable y debe repararse en la medida de lo posible la vulneración en cuestión.

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y EL CASO “CONSULTA RADILLA”

Ahora bien, tres años después de la entrada en vigor de esta reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia publicó la sentencia de un caso que resulta indispensable explicar de manera breve, pues se trata de otra pieza medular del nuevo

andamiaje constitucional de derechos humanos. Me refiero al llamado caso “Consulta Radilla”.¹

El origen de este asunto arranca con la sentencia “Radilla Pacheco vs México” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en donde este tribunal internacional condenó al Estado mexicano a una serie de obligaciones (Guerrero Rosales, 2012). En este contexto, el caso “Consulta Radilla” fue la respuesta de la Suprema Corte -en su calidad de tribunal constitucional de nuestro país- a la sentencia de la CIDH y, en concreto, a las obligaciones impuestas por ésta al Poder Judicial de la Federación.

¿Qué cambios se derivaron a partir de este caso? El punto clave fue establecer que cualquier autoridad judicial del país –sin importar su jerarquía, materia o cuantía de los asuntos que conoce- debía realizar un control de convencionalidad ex officio de manera incidental o accesoria en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. ¿Qué significa esto, dejando de lado la abigarrada jerga jurídica? Pues que cada uno de los jueces del Estado mexicano, al momento de juzgar los asuntos para los que está facultado conocer, deberá resolver el problema jurídico que esté en juego a partir de una perspectiva de derechos humanos, aunque ninguna de las partes involucradas en el juicio solicite ese tipo de análisis.

Es decir, lo que hizo la Suprema Corte fue someter a los jueces del país a una nueva metodología de trabajo, la cual exige que cada asunto que conozcan lo analicen necesariamente a partir de la perspectiva de los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. De tal manera que si un juez local, por ejemplo, conoce un asunto de patria potestad, así como de pensión y alimentos respecto de los hijos de una pareja que está en proceso de divorcio, el juez deberá resolver este asunto leyendo la legislación civil correspondiente a partir de una perspectiva de derechos humanos. Y deberá definir el sentido de su decisión considerando los principios del interés superior del niño y la igualdad de género, por mencionar algunos de los derechos que con mayor frecuencia están presentes en este tipo de conflictos judiciales.

Esto implica un cambio realmente estructural en el sistema de justicia constitucional del país. Pues, en breve, a nuestro tradicional sistema de control de constitucionalidad depositado de manera concentrada en los órganos del Poder Judicial de la Federación –mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y los juicios de amparo-, se le sumó un control constitucional de tipo difuso. Esto es, un control realizado por el resto de los jueces del país de forma accesoria en los

procesos ordinarios en los que son competentes, sin necesidad de abrir un juicio o expediente por cuerda separada para abordar el análisis de derechos humanos.

Es necesario mencionar, por último, que los ministros de la Suprema Corte en el caso "Consulta Radilla" establecieron también que este nuevo control difuso de convencionalidad y constitucionalidad debía realizarse siguiendo una interpretación integrada por los siguientes tres pasos clave:

- a) *Interpretación conforme en sentido amplio.* Todos los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, justo como lo explicamos al disecionar el nuevo artículo 1º de la Constitución, deben interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo momento a las personas con la protección más amplia.
- b) *Interpretación conforme en sentido estricto.* En caso de que haya varias interpretaciones jurídicamente posibles, los jueces deben inclinarse por aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales

en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

- c) *Inaplicación de la ley.* Cuando cualquiera de las dos primeras alternativas anteriores no sean posibles, entonces, los jueces deben resolver el asunto que conozcan sin aplicar la ley en cuestión.

En conjunto estos ajustes son, sin duda, un sustrato idóneo para construir un sistema de derechos capaz de traducirse en límites reales al ejercicio del poder y, en este sentido, en mejoras concretas a la calidad de vida de los habitantes de nuestro país. Pero subrayo precisamente el carácter de punto de partida de esta reforma porque todavía falta ver cómo es entendida y utilizada por el sinfín de operadores jurídicos que tienen la responsabilidad de hacerla efectiva en el día a día de sus funciones. Es decir, una reforma constitucional de este calibre ofrece una buena batería de herramientas para proteger derechos humanos; sin embargo, el tino para usar tales instrumentos jurídicos depende de un abultado grupo de funcionarios públicos que ahora tienen esta responsabilidad. Si los jueces o los comisionados del IFAI no entienden estos cambios o, simplemente, se resisten a ellos, entonces, se abre el escenario para dejar pasar una inigualable oportunidad de expresar al máximo

el potencial de este nuevo conjunto de dispositivos constitucionales.

Un ejemplo: desde que se aprobó esta reforma constitucional y se estableció que los derechos tanto de fuente internacional como constitucional se ubicasen en la misma posición jerárquica, inició una discusión entre los ministros de la Suprema Corte respecto a cómo resolver las latentes contradicciones entre ambos tipos de derechos. Pensemos en la manera como entienden varios tratados internacionales la libertad personal y la presunción de inocencia frente la figura del arraigo –ese limbo jurídico que justifica que la autoridad nos prive de la libertad sin ningún indicio, prueba o acusación formal– establecida en nuestra Constitución. Para algunos, este tipo de contradicciones se debían resolver aprovechando el principio pro persona.

De tal manera que para un caso en que se suscitase una contradicción entre el texto constitucional y un derecho de un tratado internacional, se debía aplicar aquel que ofreciese una mayor protección. Para otros, sin embargo, esta solución no era correcta: la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano y, por ello, no es posible que ésta deje de aplicarse en un caso en concreto en favor de algún tratado internacional. La mayoría de los ministros, en el último debate que tuvieron al respecto, se inclinó por esta última opción.

Lo cual para muchos, y con justa razón, se trata de una decisión que, en el mejor de los casos, debilita el músculo del principio pro persona (Pérez Salazar y Pozas Márquez, 2014).²

Esto significa que no basta, pues, con describir los cambios constitucionales que resultaron de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la decisión de la Suprema Corte en el caso “Consulta Radilla”, también es indispensable esbozar escenarios que puedan presentarse dependiendo de cómo se entiendan y operen estos rediseños en el sistema de derechos humanos del país. Solo así podremos establecer un rasero respecto a cómo debe aterrizar este nuevo esquema constitucional para lograr una mayor protección de la transparencia y el derecho a la información y, en este sentido, vislumbrar algunos de los riesgos que pueden presentarse en este proceso que viene para los siguientes años.

¿Cuál es, entonces, el nuevo manto protector de la transparencia una vez que derechos de fuente internacional se ubican en la misma posición jerárquica que la Constitución? ¿Existen derechos en algún tratado internacional que enriquezcan el derecho a la información definido en nuestra Constitución? ¿Cómo debiese operar el principio pro persona al proteger la transparencia frente a otros valores también constitucionales como los datos personales? Una vez que

todas las autoridades judiciales del país, así como los institutos de transparencia locales y federales, tienen la posibilidad de definir, cada vez que resuelvan asuntos para los que estén facultados, los límites y alcances de la transparencia, ¿de qué manera se logrará unificar esa pluralidad de criterios respecto el derecho a la información? ¿Qué significa en concreto que las autoridades del país tengan que promover, respetar, proteger y garantizar la transparencia y el derecho a la información? ¿Cuál debe ser el contenido mínimo de este abanico de obligaciones? ¿Es posible desprender de esta nueva exigencia a las autoridades los aspectos estructurales de una política pública que proteja la transparencia, más allá de la garantía que se puede conseguir en la cancha judicial?

Es indispensable plantear estas y varias preguntas más para vislumbrar de manera clara los escenarios que se presentan para nuestro sistema de transparencia y acceso a la información a partir del nuevo andamiaje constitucional de los derechos humanos. Por ello, a continuación trataremos de responder estas interrogantes para esbozar con más claridad el filón que hay para la transparencia frente a esta nueva maquinaria constitucional.

LA TRANSPARENCIA Y SU CORAZA PROTECTORA

REDEFINICIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En los años 2013 y 2014, se impulsaron un par de reformas constitucionales que modificaron varios aspectos sustantivos respecto los artículos 6º y 7º de la Constitución, en los cuales se trazan los puntos clave de la libertad de expresión y del derecho a la información. Entre otros, estas reformas tuvieron dos aspectos positivos centrales: por un lado, actualizaron la definición de estos derechos al recoger algunos de los mejores criterios del canon más avanzado en la doctrina y el derecho internacional y, por el otro, se amplió de manera sustantiva la definición de información pública y, por ende, de las autoridades obligadas a facilitar la información que generan en el desempeño de sus responsabilidades.

En este contexto, actualmente, nuestra Constitución entiende al derecho a la información como la posibilidad de acceder a información plural y oportuna, así como de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por

cualquier medio de expresión. Sobra mencionarlo pues se trata de una responsabilidad frente a todos los derechos, pero la Constitución explícitamente señala que este derecho será garantizado por el Estado mexicano.

En cuanto a la información pública se mantiene el criterio de que toda persona, sin tener que acreditar su interés o justificar su finalidad, tiene acceso gratuito a la información pública. Sin embargo, un cambio medular fue ampliar la definición de información pública para la Federación, entidades federativas, municipios y el Distrito Federal –lo cual, por supuesto, también aumentó el listado de poderes e instituciones obligados a facilitar la información que generan. De esta manera, ahora es información pública toda aquella que esté en posesión de cualquier autoridad, órgano o entidad que formen parte de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, órganos constitucionales autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos. Pero no solo eso: también están obligados a las reglas de transparencia de la

información pública, cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal.

Con esto, se fortalece de manera por demás relevante el derecho a la información al ampliar la definición de información pública y de las autoridades que la crean. Ahora, no solo abarca, en los tres niveles de gobierno, los diferentes órganos e instituciones insertos en las ramas de gobierno ejecutivo, legislativo y judicial, sino también incluye instituciones que están fuera de la división clásica de poderes. Algo muy relevante es que agrega además dos criterios que permiten, sin necesidad de realizar un listado exhaustivo, contemplar un amplio universo de supuestos donde debe proceder la transparencia: seguirle la pista al dinero público y a los actos de autoridad.

Los alcances de estos últimos dos criterios constitucionales dependen, por supuesto, de la manera que se vayan construyendo por las diferentes autoridades encargadas de darle contenido. Sin embargo, en principio éstos abren la posibilidad, por ejemplo, de que se pueda exigir a una compañía de construcción información relacionada con su trabajo para realizar una obra con dinero público, o que también se pueda requerir información a una empresa privada que tenga la concesión de la recolección de

basura en un determinado municipio. Es decir, con este par de criterios, si se interpretan de manera adecuada, el acceso a la información pública se puede ampliar de tal manera que se incluya información de empresas o grupos privados que mantienen relación con la estructura estatal. Asociaciones que, debido a la complejidad de la economía moderna, son cada vez más comunes en la administración pública y que en no pocas ocasiones se aprovechan para realizar prácticas de corrupción.

Vale señalar, además, que con estas reformas se establecieron un conjunto de responsabilidades para las autoridades obligadas a transparentar su información, que vale comentar brevemente. En primer lugar, se mantiene la regla de que en la interpretación del derecho a la información debe prevalecer el principio de máxima publicidad –el cual, sobra mencionar, va justo en sintonía con el principio pro persona-. Asimismo, las instituciones, organismos o personas obligadas por las reglas de información pública deben establecer mecanismos de acceso a la información, así como procedimientos de revisión que se resolverán en los institutos de transparencia correspondientes –federal o local-. Por otra parte, los documentos que sean información pública deben resguardarse en archivos administrativos, los cuales siempre deberán estar actualizados y publicados en los medios electrónicos

disponibles. Y, por último, se estableció una regla que también es acorde con algunos de los puntos insertos en el artículo 1º constitucional: el no cumplimiento de estas y otras reglas del juego del sistema de información pública deberá ser sancionado.

Ahora bien, toda vez que, como ya vimos, gracias a la reforma constitucional en derechos humanos, hoy en día los derechos de fuente internacional están en la misma posición jerárquica que los derechos constitucionales, vale plantear la siguiente pregunta: ¿Qué derechos de algún tratado internacional pueden enriquecer la concepción de la transparencia y el derecho a la información trazado en nuestro texto constitucional? Existen varios tratados internacionales,³ suscritos por el Estado mexicano, que ofrecen una definición del derecho a la información. Pero, en realidad ninguno de éstos adiciona algo novedoso a lo que ya apunta el artículo 6º de nuestra Constitución. No obstante, es importante subrayar un aspecto estructural sobre este punto de la reforma constitucional en derechos humanos, el cual parte de la manera como se redactó el primer párrafo del artículo 1º constitucional.

En efecto, este párrafo apunta lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano

sea parte, así como de las garantías para su protección...” Pareciese irrelevante, pero esta redacción no pone el acento en los tratados internacionales canónicos de derechos humanos, los cuales tienen ciertas características en común y de ahí que en la academia y jurisdicción internacional exista un buen consenso con respecto al listado de este tipo de tratados. Más bien, esta manera de redactar el párrafo primero de nuestra Constitución permite que se ubiquen al mismo nivel jerárquico de nuestro texto constitucional aquellos derechos humanos que se puedan encontrar en cualquier tratado internacional, suscrito por el Estado mexicano, sin importar la materia o tema de éste. Es decir, de un tratado internacional sobre doble tributación, patentes o sobre reglas para el transporte marítimo, es posible desprender un derecho humano ya que a lo largo de nuestro texto constitucional no se ofrece una definición de derecho humano ni una guía mínima para identificarlo. De ahí que en un litigio alguien puede argumentar que en cierto tratado existe un derecho humano y si el tribunal en cuestión pesca el anzuelo, entonces, este derecho humano identificado y construido a golpe de sentencias se ubicará al mismo nivel de la Constitución –con la fuerza y protección que eso conlleva.

Esto, por supuesto, abre un escenario inédito para el sistema de derechos humanos del país y, en concreto, para

la transparencia. Debido a que si bien, como comentábamos líneas arriba, en términos generales en los tratados internacionales canónicos de derechos humanos no existe una definición del derecho a la información que aporte algo novedoso a lo ya trazado en nuestra Constitución, sí es posible que en un tratado sobre inversión extranjera, por ejemplo, exista una porción normativa que argumentada de manera adecuada pueda ofrecer matices, acotaciones o apuntes que enriquezcan el concepto de derecho a la información. Presentándose, entonces, la posibilidad de que se pueda expandir el concepto de este derecho a partir de tratados internacionales de una diversidad de materias.

Este escenario, sin embargo, también tiene el riesgo de abrir un amplio universo de trincheras litigiosas para tratar de incluir cierto aspecto normativo de un tratado internacional en el concepto de derecho a la información. Y en temas que tal vez en principio no son la prioridad de un sistema de transparencia e información pública. Sobre todo si consideramos que nuestra Suprema Corte ha determinado que las personas morales (empresas, corporaciones, etc.) nacionales y extranjeras (que son quienes tienen mayor músculo económico y de relaciones para impulsar litigios) tienen derechos humanos al mismo nivel que una persona física⁴ –salvo aquellos que por sus características propias

de persona moral justo no le apliquen, como el derecho a la integridad física. Esto dependerá de dos aspectos clave: los criterios jurídicos que nuestros tribunales construyan para identificar un derecho humano y, en concreto, para definir qué es información pública, transparencia, datos personales y derecho a la información.

TRANSPARENCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA

Uno de los debates más relevantes en la narrativa constitucional tiene que ver con el tipo de actuación que se le exige al Estado para efectos de garantizar los derechos humanos.

En breve: durante un buen tiempo, la posición dominante consideraba que al momento de proteger derechos la obligación del Estado se circunscribía a abstenerse de actuar con el propósito de no vulnerar el derecho humano de una persona o grupo de personas. El Estado, en este contexto, garantizaba los derechos al momento de no ingresar a la casa de una persona sin orden de cateo o de aprehensión, de evitar cualquier acción encaminada a censurar un periódico o cuando no impedía que un grupo de personas pudiese manifestarse de manera ordenada en la plaza pública (Holmes, 1995).

En las últimas décadas, sin embargo, desde la academia y los tribunales de

justicia, esta perspectiva ha cambiado y ahora se considera que en no pocas ocasiones el Estado también debe realizar ciertas acciones positivas para garantizar los derechos humanos, o algún aspecto de éstos. No basta, pues, con que la estructura estatal no obstaculice el campo de acción de los derechos humanos, es indispensable que actúe y ofrezca un soporte institucional. De ahí que, por ejemplo, para garantizar la libertad de expresión no es suficiente con que el Estado se abstenga de establecer políticas pro censura, también es indispensable que impulse un diseño institucional del sistema de concesiones basado en la igualdad de oportunidades, en la libre competencia y el pluralismo, así como en la diversidad de contenidos. O, en el caso del derecho a manifestarse, el Estado no debe obstaculizar que las personas ejerzan este derecho sin importar que su crítica o discurso vaya incluso en contra de funcionarios públicos, pero a su vez la estructura estatal está obligada a tomar las medidas necesarias para proteger a las personas que se manifiestan de las eventuales agresiones de grupo sociales antagónicos (Holmes y Sunstein, 1999).

Este viraje en el entendimiento de la responsabilidad del Estado al garantizar los derechos humanos, ha permitido diseccionar los derechos en un conjunto de obligaciones que justo, como ya vimos, fue incluido en el artículo 1º de nuestra Constitución. Me refiero a cua-

tro niveles de obligaciones, de todas las autoridades del país, respecto a los derechos humanos (Abramovich y Courtis, 2002).

En primer lugar, está la *obligación de respetar* que se entiende como el deber del Estado de no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que integran el núcleo esencial del derecho. Se trata de la obligación de abstención por parte de la estructura estatal para permitir el ejercicio de un derecho. En el tema del derecho a la información, estaríamos ante la obligación de los funcionarios estatales de abstenerse de obstaculizar cualquier solicitud de información pública sin importar las características de la persona que ejerce este derecho o, en su caso, sin requerir una determinada justificación.

La *obligación de proteger*, por otra parte, implica que el Estado debe impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso al ejercicio del derecho. Pensemos, por ejemplo, que una persona solicita información pública respecto los términos en que se construyó una línea del metro, la cual involucra datos de los contratos realizados entre el gobierno y empresas privadas de la construcción. En este contexto, si una de estas empresas busca amedrentar a dicha persona con el propósito de impedir que solicite y obtenga tal información, entonces, el Estado debe protegerla y, en este sentido, ofrecer las condiciones adecuadas para

que de manera libre pueda ejercer el derecho de acceso a la información pública.

En tercer lugar, está la *obligación de garantizar* que implica que el Estado se cerciore de que la persona que tiene el derecho en cuestión pueda acceder a éste, en caso de que no pueda hacerlo por sí mismo. Esta obligación, sobre todo, se dirige a aquellos derechos que eventualmente pueden satisfacerse de manera privada. Éste sería el caso del derecho a la salud, donde ciertos segmentos de la población por su capacidad económica pueden pagar servicios privados de salud. No obstante, para aquellas otras personas que carezcan de recursos para acceder a esta opción, entonces, el Estado debe ofrecer un servicio público que asegure precisamente la satisfacción del derecho a la salud. En el caso del derecho a la información es difícil imaginar un escenario donde se pueda privatizar la información generada por el Estado. Pues justo la lógica del sistema de transparencia del país van en contra de esa posibilidad: la información de los funcionarios estatales es, más bien, un bien público que como tal, aunque uno no haya solicitado cierta información, puede beneficiarse de ésta una vez que se haya hecho pública.

La *obligación de promover*, por último, se caracteriza por la responsabilidad del Estado de establecer y desarrollar las condiciones para que las personas accedan en concreto al derecho. Esto signifi-

ca que no basta con que el Estado establezca en algún instrumento normativo –como la Constitución– algún derecho o, en su caso, que un tribunal determine su existencia, es indispensable a su vez que las autoridades estatales construyan una infraestructura que de manera instrumental facilite el goce del derecho en cuestión. Se trata, pues, de hacer viable el ejercicio de los derechos humanos. Un ejemplo: en el artículo 4º de nuestra Constitución se establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. No obstante, si el Estado no impulsa campañas informativas sobre los diversos métodos anticonceptivos que existen –riesgos, beneficios, costos, etc.– e incluye en la canasta básica de medicinas los métodos anticonceptivos más comunes, entonces, las posibilidades de hacer efectivo el goce de este derecho se pueden complicar de tal manera que en términos prácticos solo un puñado de personas –las de mayores recursos e información– podrían ejercerlo en su máxima expresión. En este contexto, respecto al derecho a la información pública, las autoridades deberán, por ejemplo, impulsar campañas para dar a conocer sus sistemas de acceso a la información, diseñar sitios web amigables para acceder a la información, etc. Pues un sistema de transparencia que instrumental y materialmente esté minado de obstáculos y

fallas puede resultar en la imposibilidad de exprimir el potencial de este derecho clave para consolidar un régimen democrático.

Ahora bien, más allá de la relevancia de diseccionar cada uno de los derechos humanos a partir de esta pluralidad de obligaciones, es clave subrayar que ésta puede ser a su vez el sustrato idóneo para proteger los derechos humanos, y en concreto la transparencia, racionalizando de mejor manera los recursos institucionales del Estado mexicano. En efecto, las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover, que giran en torno a los derechos humanos, bien pensadas, pueden ser el esqueleto para una política pública que permita que cada una de las autoridades del país pueda ajustar su actuación a los nuevos raseros de la transparencia y de la información pública. Y con la ventaja de hacer esto de manera más eficiente no por medio de decisiones aisladas, sino de instrumentos institucionales generales que ciñan a tales exigencias el desempeño de su trabajo.

Esto se debe, en buena medida, a que las políticas públicas son instrumentos que permiten administrar o gestionar el trabajo gubernamental con el propósito de planear, programar y concretar acciones del Estado que, en el caso de la transparencia, permitirían incluir estos criterios que integran la nueva coraza protectora de la transparencia y del de-

recho a la información adecuándolos a la lógica institucional de cada autoridad y, algo de enorme relevancia, facilitándoles a las personas el acceso y goce a este derecho. Pues no hay que olvidar que las políticas públicas son objetivos públicos compartidos, traducidos en programas de acción dirigidos a alcanzar fines sociales valiosos (Demo Oliveira y Nunes de Aranha, 1997; Álvarez Ledesma, 2010). Las cuales permiten identificar problemas, trazar objetivos por alcanzar –que en este caso serían las exigencias derivadas del sistema de transparencia– y estructurar el proceso de implementación de las etapas institucionales necesarias para alcanzar éstos (Zavala de Alba, 2010).

Todo esto, sobra mencionar, embona muy bien con la transparencia ya que se trata de una exigencia que permea a cada una de las instancias del Estado mexicano. Lo cual implica que el tipo de información que deba hacer pública un tribunal es distinta a la de un cuerpo policiaco y ésta a la de una oficina administrativa. De ahí que este conjunto de obligaciones entendidas en clave política pública sea un filón para el reto de garantizar la información pública, pues permite aterrizar las exigencias de ésta de manera mucho más concreta de acuerdo a las características y responsabilidades de cada autoridad.

Un obstáculo no menor, sin embargo, ante la posibilidad de impulsar políticas públicas que garanticen la

transparencia a partir de estas obligaciones que hemos comentado, junto con las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier afectación a un derecho humano, es que se trata de disposiciones normativas que necesitan reglamentarse para definir de manera clara su significado. Es decir, al ser obligaciones que atan a todas las autoridades del país, con sus respectivas diferencias en cuanto a responsabilidades, es indispensable un marco que oriente en cuanto a sus alcances y límites.

El escenario ideal, en este sentido, sería que justo existiesen leyes que aterrizaran este ramillete de obligaciones. Con ello, cada una de las autoridades del país podría diseñar reglamentos o protocolos para que, de acuerdo al tipo de trabajo que realizan, puedan determinar su política pública para ajustarse al sistema de transparencia e información pública del país. Por último, las instituciones de transparencia y de acceso a la información pública, junto con los tribunales del país, definirían, en caso de que se genere alguna inconformidad mediante algún recurso jurídico, si tales políticas públicas fueron construidas en sintonía con las obligaciones constitucionales que hemos comentado y sus correspondientes leyes reglamentarias.

El problema, no obstante, es que nuestra práctica constitucional apunta a una dirección diametralmente opuesta: rara vez las reformas constitucionales

se acompañan con leyes que las reglamenten aun cuando en el mismo proceso de reforma, en los llamados artículos transitorios, así se establezca como una obligación del Congreso de la Unión. Éste es justo el caso de la reforma constitucional en materia de derechos humanos que hemos desmenuzado en este trabajo: en algunos de sus correspondientes artículos transitorios se determinó que se emitieran leyes que regulasen varios de los aspectos apuntados en el texto constitucional, pero al día de hoy el Congreso federal no ha legislado al respecto.

Esto significa que las autoridades del país, hasta el momento, carecen de una brújula que les permita orientarse en este nuevo mapa constitucional. Algunos lo harán a partir de su buen entender y la mayoría serán omisos al respecto. Con esto, se prepara el terreno para que se ataquen jurídicamente tales omisiones o lecturas erróneas de sus obligaciones. Pero al ser esgrimas legales que atacarán aspectos muy concretos respecto la política de transparencia de cierta autoridad, los institutos de transparencia, los tribunales y, en particular, la Suprema Corte se pronunciarán sobre puntos relevantes en el mejor de los casos, pero aislados. Sin la posibilidad de pronunciarse gradualmente respecto a los aspectos clave, de acuerdo a la lógica constitucional, que deben apuntalar cualquier política pública en la materia. Ejercicio que sería mucho más sencillo si

se contara con un desarrollo legislativo de este nuevo universo de exigencias en el sistema de transparencia e información pública.

Con estas condiciones, por tanto, el paquete de obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover, así como de prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier afectación a un derecho humano, corre el riesgo de que su potencial no se exprima al máximo. Su eficacia tampoco sería nula, pues aunque carezcan de un desarrollo legislativo es posible que directamente desde la Constitución se apliquen a casos o problemas concretos. Pero lo cierto es que sí está en riesgo, de continuar esta práctica constitucional, la posibilidad de hilvanar una política pública novedosa de la transparencia y acceso a la información pública.

INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS MÚLTIPLES DEFINIDORES

Como ya vimos, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y de la decisión de la Suprema Corte de Justicia en el caso “Consulta Radilla”, el sistema de control constitucional cambió de manera drástica en el país. De un sistema exclusivamente concentrado, que establecía que los únicos órganos jurisdiccionales facultados para realizar tareas propias de la justicia

constitucional eran aquellos del Poder Judicial de la Federación, ahora tenemos un sistema que además del control concentrado sumó uno difuso (García de Enterría, 1985). Es decir, todos los órganos judiciales del país –sin importar su jerarquía, cuantía, ni materia de los asuntos que conoce- pueden ejercer control constitucional.

Existen diferencias significativas entre ambos sistemas. Por ejemplo, mientras que el concentrado puede expulsar del ordenamiento jurídico aquella norma o acto jurídico que no sea armónico con la Constitución, en el sistema difuso, lo más que pueden realizar los jueces, después de ceñirse a una metodología trazada por la Suprema Corte, es señalar como no aplicable para el caso en concreto la norma o acto jurídico que no se ajuste a lo que establece el texto constitucional. Sin embargo, más allá de estas y otras diferencias entre ambos sistemas, lo cierto es que las consecuencias de este reajuste en la justicia constitucional del país son todavía inciertas. Esto debido a que existe un número importante de variables procesales e interpretativas que una vez que empiecen a operar en el día a día de los tribunales, será indispensable que éstos ofrezcan criterios que definan varios de los escenarios posibles al respecto y, en este sentido, marquen el rumbo del nuevo sistema de control constitucional difuso.

Pero, mientras esto sucede, lo que

sí podemos apuntar desde ahora es que con este cambio se presenta un terreno institucional inédito para proteger la transparencia y el acceso a la información pública. En primer lugar, tenemos que, después de las últimas reformas a los artículos 6º y 7º de la Constitución, se mantiene la posibilidad de que cualquier persona no satisfecha con alguna resolución de las instituciones de transparencia federal y locales puede atacarla ante los tribunales. Por parte del Estado, el único que tiene esta posibilidad es el consejero jurídico del gobierno federal, quien podrá interponer un recurso de revisión contra una decisión del IFAI, directamente ante la Suprema Corte de Justicia, cuando considere que ésta pone en riesgo la seguridad nacional del país.

Ahora bien, junto con esta participación de los tribunales en el tema de transparencia, gracias al nuevo control difuso, el resto de los tribunales también eventualmente podrá pronunciarse sobre temas de acceso a información pública. ¿En qué supuestos? En principio, en un abanico tan amplio de temas como asuntos puedan conocer los tribunales del país. No hay que olvidar que la Suprema Corte, al establecer el control constitucional difuso en nuestro país, determinó que una de las características clave de éste es que se trata de un control incidental y por oficio. Esto es, que los jueces deben de realizar este control, al momento de resolver los asuntos que

conoce, sin que lo solicite alguna de las partes y deberá realizarlo de manera complementaria e instrumental al punto neurálgico del asunto que conoce.

Un ejemplo: pensemos en un caso de responsabilidad de servidores públicos, donde a un funcionario se le acusa de trucar un proceso de licitación de obra pública para la construcción de una plataforma petrolera. De tal manera que le otorgó el contrato a una empresa constructora a pesar de que su propuesta no se ajustaba a las bases de dicha licitación. Y no sólo eso: reservó toda la información relacionada con este proceso por varios años. El fondo del asunto es determinar si este funcionario público es responsable o no de tal ilícito. Sin embargo, el tribunal que conozca de este asunto tendría que interpretar el derecho de acceso a la información pública, con el propósito de que le permitiera resolver el fondo del asunto. Es decir, el tribunal, anclado en el sistema de transparencia, buscaría eliminar el candado de dicha información reservada, para así poder cumplir con su objetivo principal: determinar si hubo o no algún abuso en el proceso de licitación en cuestión.

Con esto, toda vez que todos los tribunales, dependiendo de las características del caso, estarán obligados a realizar este tipo de ejercicio interpretativo respecto el derecho al acceso a la información pública, aunado a que el Poder Judicial de la Federación resolverá las

inconformidades de las personas y del consejero jurídico del gobierno federal que presenten en contra de alguna decisión del IFAI, se abre un escenario donde prácticamente habrá tantos intérpretes de la transparencia como tribunales haya en el país. Lo cual tendrá como resultado que no haya una definición inequívoca de las diversas aristas que giran en torno al valor constitucional de la información pública. Esto, por supuesto, no significa que necesariamente el sistema de transparencia, en su lectura constitucional, vaya a carecer de coherencia o de cierto hilo conductor. La Suprema Corte de Justicia, una vez que cierto asunto local o federal superé los diferentes obstáculos de la escalinata judicial, lo resolverá en su papel de gran unificador de criterios en este y cualquier otro tema constitucional.

Pero es importante tener presente que si bien habrá un unificador de razonamientos a partir del puñado de casos de transparencia que llegue a conocer nuestro tribunal constitucional, habrá muchísimos más que nunca arribarán a la Suprema Corte —sea por falta de interés de las partes y de los tribunales de menor jerarquía, por obstáculos procesales o por carga de trabajo de los ministros de la Corte—. Lo cual significa que no pocos criterios e interpretaciones sobre la información pública se quedarán en tribunales superiores de justicia estatales, en tribunales colegiados de circuito,

en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el IFAI o algún instituto de transparencia de una entidad federativa. El trabajo, por tanto, de trazar los diferentes matices del sistema de transparencia se realizará con cierto orden impuesto por la Suprema Corte, pero sin duda estará marcado por una gran heterogeneidad de criterios.

Esto es difícil de procesar, sobre todo para buena parte del pensamiento jurídico del país cuyas raíces se encuentran en una ingenua y conservadora idea de la seguridad y coherencia jurídica. Sin embargo, existe una enorme ventaja de contar con un terreno poblado por una multiplicidad de definidores del sistema de transparencia. Al abrir la posibilidad de cualquier tribunal interprete en clave constitucional el acceso a la información pública, permite a su vez que un mayor número de problemas de la realidad relacionados con este valor, puedan conectarse fácil y rápidamente con una autoridad judicial facultada para resolverlo (Damaska, 1986). Con lo cual, se establece una red mucho más amplia y fina para detectar y procesar las diversas vicisitudes que pueden surgir en un sistema de transparencia con una amplia definición de información pública, un listado más extenso de instituciones obligadas a proveer ésta y un esquema que obliga a que todas las autoridades adecuen su desempeño a las nuevas exigencias de este sistema. Esto, debiese

resultar en una inyección de celeridad y versatilidad a la dinámica de constante redefinición del valor de la información pública. Lo cual, en principio, es el escenario institucional apto para impulsar con prontitud los cambios y asignaturas pendientes del nuevo andamiaje de transparencia del país.

EL ESTADO MEXICANO, TRANSPARENCIA Y DERECHOS HUMANOS

POR ÚLTIMO, ES NECESARIO REALIZAR UN BREVE MAPEO DE LOS CRITERIOS QUE, EN SU CASO, HAN CONSTRUIDO HASTA AHORA LOS PRINCIPALES DEFINIDORES DE LA NUEVA INFRAESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DEL SISTEMA DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA. La idea, con esto, es realizar un corte de caja respecto a lo que se ha avanzado en este rubro. De tal manera que se pueda ubicar el punto donde nos encontramos y, así, tener más claras las metas por alcanzar en el mediano y largo plazo.

En cuanto al IFAI, en los últimos años, justo a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, ha adoptado resoluciones en las que ha trabajado con el control de convencionalidad y el principio pro persona.⁵

Un caso interesante,⁶ en este sentido, es que el inicia con una solicitud de información al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) de, entre otros, los siguientes datos relacionados con el incendio de la guardería ABC: el total de recursos económicos con los que se había apoyado, hasta ese momento, a los familiares de los niños fallecidos y lesio-

nados, así como el nombre de cada uno de ellos. En respuesta, el IMSS entregó al solicitante diversos datos relacionados con los montos otorgados por el gobierno federal como ayuda a los damnificados de esta tragedia y sus familiares. Mas no facilitó los nombres de los niños y adultos fallecidos o lesionados.

Inconforme, el solicitante presentó un recurso de revisión ante el IFAI. En el corazón de este caso, estaba la clásica tensión entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. Los comisionados del IFAI se inclinaron por este último valor, al ordenar al IMSS que le entregase al solicitante la información en montos individualizados de los recursos económicos en cuestión, pero sin publicar los nombres de las personas destinatarias de tales recursos. Lo relevante, para efectos de nuestro tema, es que para resolver este caso el IFAI hizo uso de diversos instrumentos internacionales. Tanto para definir los alcances de la información pública y el principio de máxima publicidad, como para aquilatar frente a estos

valores la protección de los datos personales e intimidad –usando, en concreto, para ello la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos de los Niños.

En el caso del Poder Judicial de la Federación, también existen varias definiciones relacionadas con la transparencia y el nuevo diseño constitucional de los derechos humanos. En cuanto a la información pública, se han adoptado algunos criterios que van justo en sintonía con la ampliación de sujetos obligados de la reforma constitucional en la materia de 2014, al incluir a aquellos sindicatos que reciban recursos públicos. Así, se ha determinado que tiene carácter de información pública, por un lado, aquella que se encuentra en posesión de Petróleos Mexicanos (PEMEX) relativa a los recursos públicos que han sido entregados al sindicato de PEMEX por concepto de prestaciones laborales contractuales a favor de sus trabajadores.⁷ Y, por el otro, también es pública la información relacionada con el monto de las cantidades pagadas por PEMEX a su sindicato –siempre que sean distintas de los descuentos que realiza al salario de sus trabajadores por concepto de cuotas sindicales-, derivado de las obligaciones asumidas en su contrato colectivo de trabajo.⁸

Respecto al principio pro persona y la obligación de las autoridades de ejercer sus funciones en clave de derechos, los tribunales federales han señalado

lo siguiente. Por una parte, a partir de un caso en el estado de Guanajuato, se determinó que si a una persona se le rechaza su solicitud de acceso a información pública y, no conforme, acude a un tribunal, éste, pudiendo aplicar el código de procedimiento y justicia administrativa o la ley de transparencia y acceso a información pública, debe resolver la controversia siguiendo esta última ya que por sus características y desarrollo normativo es capaz de proteger con mayor amplitud el derecho de acceso a información pública.⁹ Y, por la otra, aunque se trata de una tesis previa a la reforma de derechos humanos, se estableció que las autoridades que realizan un control de legalidad, en ocasiones resuelven asuntos en que están involucrados derechos de las personas. De ahí que este tipo de instituciones, como es el caso del IFAI, viola su deber de exacta aplicación del derecho si al interpretar las leyes en cuestión no considera los efectos que puede tener en los derechos legales, constitucionales e internacionales en conflicto.¹⁰

Se trata, por supuesto, de apenas un puñado de argumentos que han construido los tribunales federales respecto a la información pública. No son ni de cerca la totalidad. Pero sí son de los primeros que empiezan a trazarse en función del bagaje de novedades que trajo consigo la reforma constitucional de derechos humanos.

Ahora bien, en buena medida, en los primeros años posteriores a esta reforma, los tribunales federales se han enfocado sobre todo en definir aspectos estructurales de este nuevo andamiaje de derechos humanos. De esta manera, se han definido los alcances de la interpretación conforme –que deben aplicar todas las autoridades y, en aspectos muy particulares, los órganos judiciales– a la luz del principio pro persona;¹¹ asimismo, respecto a este último principio se han establecido varios criterios con el propósito de evitar que se entienda como una licencia para obviar cualquier exigencia procesal o requisito del medio de control constitucional en el que se utilice;¹² o pensar que no es necesario que haya una contradicción entre dos normas que protejan derechos para poder utilizar este principio¹³ o, en el caso más extremo, eliminar la idea de que este principio necesariamente se traduce en que las quejas planteadas por el demandante deben resolverse a su favor de acuerdo a sus argumentos.¹⁴

Otras definiciones de los tribunales federales, respecto a la nueva estructura constitucional de los derechos humanos, tienen que ver con la manera en que debe operar el bloque de constitucionalidad cuando haya contradicciones entre los derechos de fuente constitucional y aquellos establecidos en tratados internacionales;¹⁵ la obligatoriedad de utilizar el control de convencionalidad por parte

de las autoridades judiciales y las consecuencias de su incumplimiento;¹⁶ así como un trazado más fino de las características del control de constitucionalidad difuso.¹⁷ Estos y algunos criterios más que se han elaborado en los últimos años, son apenas guiños de los principales definidores del nuevo escenario constitucional de los derechos humanos. Es de esperarse que, en buena medida, por el momento, éstos se enfoquen a definir aspectos estructurales del actual andamiaje de derechos humanos; pues existen todavía varias interrogantes respecto a varios aspectos procesales y sistémicos.

El reto, en este sentido, es que en los años que vienen se aproveche esta batería de recursos jurídicos para impulsar criterios más relacionados con problemas sustantivos de los derechos humanos y, en concreto, de la transparencia e información pública del país. Lo anterior, vale subrayar, no sólo depende de los jueces, comisionados o del resto de las autoridades del Estado mexicano. Al contrario, mientras no haya demandas, recursos de revisión, solicitudes de información que, apoyadas en el nuevo sustrato constitucional, realicen planteamientos creativos e inéditos, será difícil que los grandes definidores de la Constitución puedan pronunciarse sobre casos relevantes que impulsen un cambio significativo en la materia. De ahí que sea clave difundir el potencial de

estas reformas, pues solo de esta manera la sociedad podrá conocer y aprovechar este nuevo abanico de posibilidades.

CONCLUSIONES

EL NUEVO ESCENARIO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ES, SIN DUDA, UN ANDAMIAJE INSTITUCIONAL POR DEMÁS PROMETEDOR PARA SORTEAR VARIOS DE LOS RETOS QUE PRESENTA EL ACTUAL SISTEMA DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DEL PAÍS.

Entre otros, estos cambios consisten en la apertura de nuestro texto constitucional al derecho internacional, la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como la inclusión de principios interpretativos de enorme potencial tales como progresividad, pro persona, etc. Junto a estas novedades, la Suprema Corte rediseñó drásticamente nuestra justicia constitucional para establecer un modelo al mismo tiempo concentrado y difuso. Como hemos visto, estos ajustes no buscan agregar en concreto algún derecho o mejorar la definición de otro. Se trata, mejor dicho, de un conjunto de reformas encaminadas a transformar la lógica en la manera de entender y proteger los derechos humanos.

Esto, por supuesto, significa que para aterrizar y expresar el enorme potencial de este nuevo andamiaje de derechos, es necesario que nuestros jueces y demás autoridades del país, académicos, litigantes y, en general, la sociedad reaprenda qué es el derecho. Y éste es el punto más delicado. Pues si bien es cierto que, con este nuevo arsenal jurídico, existen condiciones idóneas para garantizar de manera más efectiva la coraza protectora de la información pública y la transparencia, también lo es que el éxito de este reto depende en buena medida de cómo se aprovechen estas nuevas herramientas. Es decir, justo porque este conjunto de reformas impulsaron un cambio de lógica –anclado en principios de interpretación, ajustes en la justicia constitucional y en un replanteamiento de las obligaciones del Estado– falta ver cómo reaccionan ante ésta los definidores clave del valor constitucional de la transparencia en nuestro país.

En efecto, si la Suprema Corte y el IFAI –el cual adquiere todavía mayor relevancia como definidor al contar

ahora con la facultad de revisar asuntos resueltos por las instituciones de transparencia de las entidades federativas- entienden e interpretan estos cambios constitucionales de manera conservadora y restrictiva pueden diluir su potencial, al grado de reducirlo a mero material para discursos propios de nuestro característico vacío compromiso constitucional.

Esta preocupación, sobra mencionar, no es descabellada. Basta recordar que varias de las modificaciones que hemos explicado aquí, se han impulsado en otros países pero desde la sede judicial. Es decir, han sido los jueces que, a golpe de sentencias, han establecido el principio pro persona, el bloque de constitucionalidad, así como obligaciones más exigentes a las autoridades frente a los derechos. El cambio se dio justo gracias a los intérpretes últimos del edificio constitucional. Lo cual significó que este viraje estaba sustentando en un reentendimiento del derecho como una herramienta utilizada ya no para conservar la realidad de una sociedad, sino más bien para impulsar la transformación de ésta (Restrepo Saldarriaga, 2002).

Aquí, por el contrario, en los últimos años los ministros de la Suprema Corte tuvieron buenas oportunidades, al resolver varios de sus asuntos, de impulsar cambios similares. Mas no lo hicieron. Y, por tanto, la gran reforma de derechos humanos vino del Po-

der Legislativo. De ahí la preocupación de que ahora la Corte y el resto de los intérpretes de este nuevo sistema de transparencia se erijan en los reaccionarios ante esta reforma. Por lo menos, en el caso de la Corte, si uno revisa la manera como ha resuelto en los últimos años sus casos, podemos concluir que tenemos unos ministros conservadores, reacios a impulsar cambios sociales con sus decisiones y proclives a formalismos jurídicos que van en contra precisamente de la nueva lógica de derechos (Castagnola y López Noriega, en prensa).

Esto, por supuesto, no implica vaticinar desde ahora el fracaso del sistema de transparencia y acceso a la información pública en el nuevo diseño constitucional de derechos humanos. Se trata apenas de un escenario probable. Y, por ello, es indispensable para alcanzar el éxito en este rubro que la sociedad civil, por medio de instituciones y agrupaciones bien organizadas, presenten casos, planteamientos y argumentaciones a favor de la transparencia aprovechando esta nueva batería de dardos jurídicos (Epp, 1998). Como ha sucedido en otras democracias en plenos procesos de consolidación, sin ese protagonista que puede llegar a ser la sociedad civil en la reconstrucción del derecho, nuestro sistema de transparencia no dará el salto cualitativo acorde al nuevo trampolín constitucional.

NOTAS

- 1 Expediente varios 912/2010.
- 2 Se trata de la contracción de tesis 293/2011.
- 3 Estos tratados son los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José; así como, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Información.
- 4 Sobre este criterio, ver: Amparo directo 8/2012 y también “Derecho fundamental al honor de las personas jurídicas” Tesis aislada 1a. XXI/2011 (10a.), registro de IUS 2000082, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, Tomo 3, pág. 2905.
- 5 Aquí los datos de algunas de estas resoluciones: 2783/11 CONAGUA, 4505/11 PER, 5061/11 PEMEX, 5075/11 SEMARNAT y 5984/11 PGR.
- 6 612/12 IMSS.
- 7 Tesis de Jurisprudencia: Constitucional-Administrativa. Tesis: PC.I.A. J/2 A. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Plenos de Circuito. Libros 2, Enero de 2014, Tomo III, pág. 2101.
- 8 Tesis Aislada: Constitucional Administrativa. Tesis: I.1o.A.16. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, pág. 1805.
- 9 Tesis Aislada: Administrativa. Tesis: XVI.1o.A.7k. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3, pág. 1493.
- 10 Tesis Aislada: Constitucional Administrativa. Tesis: 2ª. LXXV/2010. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segunda Sala. Tomo XXXII, Agosto de 2010, pág. 464.
- 11 Tesis Aislada: Constitucional. Tesis: 1a.CCCXL/2013. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Primera Sala. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, pág. 530.

- 12 Tesis Aislada: Constitucional. Tesis: 1a.LXXXIV/2013. Décima Época. Primera Sala. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, pág. 890. Y también: Tesis Aislada: Constitucional. Tesis: 1a.CCLXXVI/2012. Décima Época. Primera Sala. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, pág. 530.
- 13 Tesis Jurisprudencia: Constitucional. Tesis: II.3o.PJ/3. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, pág. 2019.
- 14 Tesis Jurisprudencia: Constitucional. Tesis: 1*/J.104/2013. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Primera Sala. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, pág. 906.
- 15 Tesis Jurisprudencia: Constitucional. Tesis: P/J.20/2014. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Pleno. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, pág. 202.
- 16 Tesis Jurisprudencia: Común. Tesis: IV.2o.A.J/7. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, pág. 933.
- 17 Tesis Aislada: Constitucional. Tesis: XXVI.5o(V Región). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, pág. 1825.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. 2002 "La estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad" en (Abramovich, Víctor y Courtis, Christian coord.) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta. Pp. 19-64.
- Álvarez Ledesma, Mario. 2010. "Derechos humanos y políticas públicas: la función de los derechos humanos en las políticas públicas" en (Rossi, Andrea y Zavala, Luis, edit.) *Políticas públicas y derechos humanos en México*. Monterrey: EGPAP. Pp. 117-153.
- Bobbio, Norberto. 1986. *El futuro de la democracia*. México: FCE.
- Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl. En prensa. "The Supreme Court and the (no) rights revolution. An empirical analysis of the Court's rulings 2000-2011" en (Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl edit.) *The role of the Supreme Court in the consolidation of democracy in Mexico*. USA: SUNY.
- Damaška, Mirjan R. 1986. *The faces of justices and state authority. A comparative approach of the legal process*. USA: Yale University Press.
- Demo Oliveria, Pedro y Nunes de Aranha, Liliane. 1997. *Ciudadanía y derechos humanos desde la perspectiva de las políticas públicas*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Epp, C. R. 1998. *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press
- García de Enterría, Eduardo. 1985. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.
- Gómez Hernández, Juan. 2014. "Los principios hermenéuticos y de observancia de los derechos humanos" en (González, Héctor coord.) *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*. México: FONTAMARA. Pp. 157-168.
- Guerrero Rosales, Humberto Francisco. 2012. "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la transición democrática en México: lecciones del Caso Rosendo Padilla Pacheco" en (González, Luis y Morales, Julieta, coord.) *Derechos humanos. Actualidad y desafíos*. México: FONTAMARA-Universidad de Guanajuato. Tomo II. Pp. 153-172.
- Holmes, Stephen. 1995. *Passions & constraints. On the theory of liberal democracy*. USA: The University of Chicago Press.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. 1999. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. USA: Norton & Company.
- Jardín, André. 1985. *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*. México: FCE.
- Joly, Maurice. 1974. *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*. México: Muchnik Editores.
- López Noriega, Saúl. 2009. *Democracia, poder y medios de comunicación*. México: FONTAMARA – Konrad Adenauer.
- Pérez Salazar, Enrique y Pozas Márquez, Gustavo. 2014. "¿México y el bloque de constitucionalidad?" en (González, Héctor coord.) *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*. México: FONTAMARA. Pp. 97-134.

- Pinto, Mónica. 1997. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en (Martín, Abregú et al. coord.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto. Pp. 163-172.
- Restrepo Saldarriaga, E. 2002. "Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia" en (Saba, Roberto, edit.) *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires, Editores del Puerto. Pp. 73-88
- Zavala de Alba, Luis Eduardo. 2010. "Análisis de la política pública de derechos humanos en México: de la implementación a la evidencia empírica. Evaluación y progreso" en (Rossi, Andrea y Zavala, Luis, edit.) *Políticas públicas y derechos humanos en México*. Monterrey: EGPAP. Pp. 35-86.
- Vallespín, Fernando. 2003. *El futuro de la política*. Madrid: Taurus.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. 2011. "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad" en (Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro coord.) *La reforma constitucional de los derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: UNAM. Pp. 135-165.

Transparencia y el nuevo sistema de derechos humanos,
se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2015 en los talleres gráficos de
Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V.

Tiraje: 5,000 ejemplares

Edición a cargo de:

Dirección General de Promoción y Vinculación con la Sociedad.



Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la
Información y Protección de Datos Personales

● Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la
Información y Protección de Datos Personales (INAI)
Av. Insurgentes Sur, No. 3271, Colonia Insurgentes Cuicuilca,
Delegación Coyoacán, México, D.F. C.P. 04530
Primera Reedición del INAI
Impreso en México / Printed in Mexico