

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO - POSGRADO EN DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

***LA TRANSPARENCIA: UNA VISIÓN DE SU SIGNIFICADO Y VALORACIÓN DENTRO DE
UN ESTADO QUE SE OSTENTE COMO DEMOCRÁTICO DE DERECHO***

**Tesina para obtener el grado de Maestro en Derecho Administrativo sustentada por
Alejandro Lafuente Torres**

Bajo la dirección del Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto

México, D.F. Octubre 2010

*A mis padres, Evaristo y Mercedes,
por su permanente apoyo.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

I. TRANSPARENCIA: ESTADO Y DEMOCRACIA

La Transparencia y el Estado	1
Transparencia y democracia.....	8

II. TRANSPARENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Democracia y derechos fundamentales.....	27
¿La Transparencia es un derecho fundamental?.....	36

III. LA TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

Art. 6°...El derecho de acceso a la información será garantizado por el Estado.....	50
CONCLUSIONES.....	80
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	86

INTRODUCCIÓN

La palabra *Transparencia* tiene diversos significados, sin embargo, nos interesa el relacionado con el uso del poder político en público, es decir, con la actuación de los poderes públicos de cara a la ciudadanía. La *Transparencia* de estos poderes puede darse de tres formas diferentes: deliberando públicamente los asuntos de interés general; respondiendo a solicitudes de información en posesión de éstos, es decir, ejerciendo el derecho de acceso a la información pública; y por último, mediante la publicación constante y permanente, por diferentes medios, de la información referente a su mandato.

Si bien las tres maneras de acceder a información de los poderes públicos tienen distintas formas, medios y términos, estas tres variantes tienen algo en común: que la ciudadanía pueda tener conocimiento de la forma de atender los asuntos públicos por parte de los poderes del Estado, es decir, la *Transparencia*.

En el presente documento, cuando se alude a la *Transparencia*, se está hablando del derecho de la ciudadanía a acceder a la información en poder de los órganos del Estado, independientemente de la forma o medio en que acceda a ésta.

Es claro que un Estado democrático de Derecho tiene como presupuestos necesarios de su existencia a la misma publicidad en el funcionamiento de los poderes públicos; éstos al derivar directa o indirectamente de la voluntad de la ciudadanía, responden de sus actos ante ella; responsabilidad que no puede producirse sin una adecuada publicidad que permita conocer el actuar de quienes se les ha encomendado la función de velar por los intereses de todos los ciudadanos.

Hoy en día son significativos los avances democráticos alcanzados debido al reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información. Sin embargo, todavía existen resistencias a transparentar la actuación de los poderes públicos ante la ciudadanía, esto se debe porque la ley de *Transparencia* aplicada da margen a la opacidad; porque no existe una implementación de una política pública que cumpla con las obligaciones constitucionales o legales de *Transparencia*, o porque carecen de incentivos para cumplir con la normatividad vigente al no existir un órgano garante con el compromiso cívico para garantizar a toda persona el acceso a la información en poder del Estado.

Este breve documento tiene como propósito aportar de manera resumida y sencilla, una visión general del derecho fundamental de la *Transparencia*. Es importante mencionar que este documento está basado en argumentos que muchos autores expertos han vertido con anterioridad sobre la materia, y que si bien ya se han manifestado en diversos textos, seminarios y talleres, lo que se busca con esta síntesis es contribuir a una promoción sobre el significado y valor democrático de la *Transparencia* en el Estado democrático de derecho; en ese contexto deben leerse los capítulos subsiguientes.

Los aspectos básicos en los que se desarrolla este texto son como primer capítulo, la relación entre la *Transparencia* y el Estado moderno. Se hace un breve recorrido doctrinal sobre la manera de manejar la información pública dentro del Estado Absoluto, y en contraparte, en el Estado Liberal; asimismo, la relación y la importancia de la información en los Estados democráticos, teniendo como base la

democracia representativa y en los cuales, la *Transparencia* otorga diversos beneficios a los ciudadanos respecto de los actos de sus representantes.

El capítulo II aborda el tema de la *Transparencia* como derecho fundamental. Para esto, se comienza por entrelazar el régimen de gobierno democrático con el respeto de los derechos fundamental. Se hace énfasis en la interdependencia del primero con los segundos, y las implicaciones que conlleva esta relación. Después se intenta justificar el porqué la *Transparencia* es considerada como un derecho fundamental y su reconocimiento en los distintos ordenamientos internacionales.

Por último, el capítulo III se centra en la reforma constitucional de 2007, ésta tuvo como finalidad la adición de un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6° constitucional, y en el cual se estableció, dentro del capítulo de garantías individuales, los principios que deben regir la protección del derecho de acceso a la información pública en el Estado mexicano. En este apartado se buscará interpretar y proponer de forma precisa, la manera en que el legislador deberá generar, por medio de una la ley clara y progresista, las prácticas y usos administrativos y legales que requiere el derecho de acceso a la información, así como su instrumentación como política pública permanente del Estado mexicano.

En la parte final del texto, expreso algunas reflexiones personales respecto a la forma en que todo ciudadano o servidor público deben de concebir la *Transparencia* de los actos de gobierno, su implementación y la necesidad de lograr un Estado más transparente.

I TRANSPARENCIA: ESTADO Y DEMOCRACIA.

LA TRANSPARENCIA Y EL ESTADO

Para Norberto Bobbio, la publicidad de los actos de poder representa el verdadero y propio momento de cambio en la transformación del Estado moderno de Estado absoluto a Estado de Derecho.¹ Bobbio define el gobierno de la democracia como el gobierno del poder público en público, sin embargo, señala que “público” tiene dos significados: por un lado, si es contrapuesto a privado, haciendo la distinción clásica de los juristas romanos entre *ius publicum* y *ius privatum*; y por otra parte, la que se confronta con lo *secreto*, y que no adopta el significado de perteneciente a la “cosa pública” al “Estado”, sino de “manifiesto”, “evidente”, “visible”, es decir, para el filósofo turinés, la democracia es vista como régimen del poder visible,² es decir *transparente*.

La *Transparencia* ha tenido distintas particularidades dentro del Estado moderno. La relación histórica entre los regímenes autoritarios y el ocultamiento de los actos del poder político ha sido una constante a lo largo del tiempo. Los *Arcana* eran

¹ Orozco Henríquez, Jesús y Ortiz, Javier, *La influencia del pensamiento jurídico de Norberto Bobbio*, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (Coords.), *Política y Derecho, [Re] pensar a Bobbio*, México, UNAM, 2005, p.180.

² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008 pp. 94 y 95.

las verdades y conocimientos, informaciones y evaluaciones, argumentos y discursos, así como todo tipo de información en dominio exclusivo de los hombres en el poder.³

El *Arcana Imperii* no da a conocer a sus gobernados la información que el gobierno posee, mientras que el *Arcana dominationis* es la información relevante, así como sus razonamientos, que el mismo gobierno sustrae de cualquier acceso a ésta por parte de sus ciudadanos.⁴

Bobbio describe como maquiavélico a Gabriel Naudé, y señala que manifestó:

No hay algún príncipe, por más débil y carente de sentido que sea, tan insensato que ponga a juicio del público lo que difícilmente permanece secreto si es confiado a la oreja de un ministro o de un favorito.⁵

De esta cita, señala, se desprende que la categoría de los *arcana* se compone de dos fenómenos distintos pero estrechamente vinculados: el fenómeno del poder oculto o que se oculta, y el del poder que oculta, es decir, que se esconde escondiendo.⁶

El Absolutismo fue la primera forma histórica de aparición del Estado.⁷ Thomas Hobbes fue el teórico más grande del Estado absolutista, junto a Maquiavelo fue uno de los teóricos de la razón de Estado. En su obra el *Leviatán*, de 1649, otorga el

³ Véase Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, Cuadernos de transparencia, núm. 4, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007, pp. 14 y 15.

⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 2, pp. 104 y 105.

⁵ *Ibid.*, p. 105.

⁶ *Idem.*

⁷ Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p.20.

derecho, al hombre o asamblea que ostenta la soberanía, de utilizar cualquier medio con tal de lograr los objetivos del Estado, así como la imposibilidad de ser sancionado por su actuar, afirmando lo siguiente:

Como el fin de esta institución es la paz y la defensa de todos, y como quien tiene derecho al fin lo tiene también a los medios, corresponde de derecho a cualquier hombre o asamblea que tiene la soberanía, a ser juez, a un mismo tiempo, de los medios de paz y de defensa, y juzgar también acerca de los obstáculos e impedimentos que se oponen a los mismos, así como hacer cualquier cosa que considere necesario [...] ⁸

[...] ningún hombre que tenga el poder soberano puede ser muerto o castigado de otro modo por sus súbditos. En efecto, considerando que cada súbdito es autor de los actos de su soberano, aquél castiga a otro por las acciones cometidas por el mismo. ⁹

Hobbes despoja a los particulares de toda libertad que no sea la de defender la propia vida y los condena a una sumisión casi total de los gobernantes y a una unanimidad ideológica. El gran valor del Estado absolutista es la seguridad; en nombre de ésta, considera legítimos la restricción de las libertades individuales, la incertidumbre sobre la propiedad y la imposición de un solo credo religioso. ¹⁰

[...] es inherente a la soberanía el ser juez y acerca de qué opiniones y doctrinas son adversas y cuáles conducen a la paz; y por consiguiente, en qué ocasiones, hasta qué punto y respecto de qué puede confiarse en los hombres, cuando hablan a las multitudes, y quien debe examinar las doctrinas de todos los libros antes de ser publicados. ¹¹

⁸ Hobees, Thomas, *Leviatán*, México, Gernika, 2007, t. I, p. 183.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 183 y 184.

¹¹ *Ibid.*, p. 184.

La razón de Estado Hobbesiana contenía la idea de que los intereses específicos del Estado tienen que protegerse contra el ejercicio de algunas libertades de los ciudadanos, principalmente las que permiten el pluralismo de valores, ideologías o religiones; por otro lado, que la imposición de esta razón se justifica porque evita el desorden, la inseguridad y el caos.¹²

En consecuencia, la función de esa razón de Estado de Hobbes reúne dos vertientes claves: el poder político tiene sus intereses propios (a veces contrarios a los de los ciudadanos) y la otra, consiste en asociar restricciones informativas, sofocamiento de pluralismo doctrinario y de libertad de expresión, de igualdad y de credo con la salvaguarda de la paz social y el orden público.¹³

Es decir, la idea de Hobbes es que, para que el soberano pueda cumplir su cometido de proteger la vida de sus súbditos, debe gozar de amplias atribuciones, las cuales no son otra cosa que la limitación a los derechos y libertades de los súbditos.¹⁴

No fue sino hasta el surgimiento de ideas alternativas a las concepciones absolutistas de la razón de Estado, lo que originó la crisis misma de la forma de Estado absolutista, que si bien no logró desaparecer esta visión de una razón de Estado, sí se alcanzó a imponer fuertes restricciones para su puesta en práctica y para su justificación ideológica.¹⁵

¹² Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p. 23.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

En contra parte, con la aparición de las explicaciones liberales de la naturaleza del Estado, es decir, del Estado liberal, cuyo teórico más destacado fue John Locke, el Estado sólo justifica su existencia en la capacidad de tutelar una serie de derechos fundamentales de los ciudadano como son la libertad, la igualdad, la propiedad privada, así como a su facultad de hacer justicia cuando se atente contra éstos.

[...] a pesar de disponer de tales derechos en el estado de Naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellados por otros hombres.¹⁶

[...] Tienen razones suficientes para procurar salir de la misma y entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que se encuentren ya unidos, o que tienen el propósito de unirse para la mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades.¹⁷

Locke sentó las bases para pensar al poder político como un mandatario de los ciudadanos y como una entidad representativa de los intereses de éstos. Es decir, el Estado es estrictamente representativo de intereses que no le son propios:

[...] y habida cuenta de que el propósito de todos los que la componen es salvaguardarse mejor en sus personas, libertades y propiedades (ya que no puede suponerse que una criatura racional cambie deliberadamente de estado para ir a peor), no cabe aceptar que el poder de la sociedad política, o de los legisladores instituidos por ella, pretenda otra cosa que el bien común, hallándose obligados a salvaguardar las propiedades de todos mediante

¹⁶ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Gernika, 2008, p. 117.

¹⁷ *Ibid.*, p. 118.

medidas contra los defectos arriba señalados, que convierten en inseguro e intranquilo el estado Naturaleza.¹⁸

Podemos ver que, a diferencia de la teoría absolutista, la visión liberal del Estado es, en sentido estricto, un instrumento de justicia que permite el ejercicio de derechos que no son creados por él y que sobre todo, le preceden en existencia. Por lo tanto, el Estado no crea derechos ni intereses, sólo tiene que representarlos y tutelarlos.

En ese sentido, el Estado liberal carece de autoridad para restringir las libertades fundamentales y legítimas del individuo como la libertad de expresión o la libertad religiosa. La función del Estado consiste en garantizar que estas libertades de los ciudadanos se ejerzan sin presiones de ninguna especie y que su ejercicio no se convierta en impedimento para que otro ciudadano también los ejerza.¹⁹

Por consiguiente, esta nueva justificación del poder político postula que no existe nada en el Estado que no esté antes en los derechos del individuo, contrario al Estado absolutista, donde los derechos que otorga los convierte en concesiones del gobernante.

Así, en la teoría liberal al ser los servidores públicos representantes de los intereses de la ciudadanía, no pueden existir verdades ni secretos de Estado que

¹⁸ *Ibid.*, p. 121.

¹⁹ Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p. 27.

deban ser preservados de la mirada e interés de los ciudadanos comunes ni tampoco existir sujetos privilegiados en cuanto al manejo de la información.

Podría decirse que el Estado liberal se definía como un Estado limitado, contenido por las libertades fundamentales de los ciudadanos, un Estado sin secretismos políticos, sin uso restrictivo de la información, sin sofocamiento a las libertades básicas como la de conciencia o expresión, un Estado sin intereses propios que pudieran estar en contra de los ciudadanos, es decir, un Estado *Transparente*.

Si bien el Estado liberal de los siglos XVIII y XIX no tenía rasgos democráticos, ya que sólo otorgaba derechos políticos a los individuos con propiedades inmobiliarias, lo cierto es que su herencia, respecto a que existen libertades indiscutibles de los individuos que son inviolables para el Estado, y que sucesivamente, el poder político sólo se justifica por su condición de mandatario y representante de la voluntad de los ciudadanos, dichas premisas fueron recogidas por las modernas democracias constitucionales.²⁰

²⁰ *Ibid*, p. 26

TRANSPARENCIA Y DEMOCRACIA

El gobierno representativo nacido en los siglos XVIII y XIX no era tan incluyente como la moderna democracia liberal, pero contenía indiscutibles elementos democráticos ausentes en el absolutismo y otras formas de gobierno. Si bien no existía el sufragio universal y las elecciones directas, lo cierto es que la soberanía descansaba en la mayoría de los ciudadanos, quienes elegían a sus gobernantes y representantes a través de elecciones periódicas, extendiéndose, con el paso del tiempo, la ciudadanía a las mujeres, los desposeídos y otras personas originalmente excluidas, transformándose paulatinamente el gobierno representativo en la democracia liberal.²¹

Como afirmaba John Stuart Mill,

[...] la participación de todas las clases en los beneficios de la libertad es en teoría la concepción perfecta del Gobierno libre. Desde el momento en que algunos, no importa quienes, son excluidos de esa participación, sus intereses quedan privados de las garantías concedidas a los de los otros, y a la vez están en condiciones más desfavorables para aplicar sus facultades a mejorar su estado y el estado de la comunidad, siendo esto precisamente de lo que depende la prosperidad general.²²

Ahora bien, Giovanni Sartori señala que la palabra democracia, “cuya etimología deriva del griego *demokrati*: *demos*, “pueblo” y *kratos*, “poder”, traducida al castellano significa “poder del pueblo”.²³ Si es así, las democracias debieran ser lo

²¹ Aguilar Rivera, José, Antonio, *Transparencia y democracia: claves para un concierto*, México, Cuadernos de transparencia, núm. 10, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2009, p. 13.

²² *Idem*.

²³ Sartori, Giovanni, *La Democracia en 30 lecciones*, México, Taurus, 2009, p. 15.

que significa la palabra: sistemas y regímenes políticos donde el pueblo es el que manda.

Sin embargo, siguiendo con Stuart Mill

[...] el único Gobierno que satisface por completo todas las exigencias del estado social es aquel en el cual tiene participación el pueblo entero; que toda participación, aún en las más humildes de las funciones públicas, es útil; que, por tanto, debe procurarse que la participación en todo sea tan grande como lo permita el grado de cultura de la comunidad; y que finalmente, no puede exigirse menos que la admisión de todos a una parte de la soberanía. Pero puesto que en toda comunidad que exceda los límites de una pequeña población nadie puede participar personalmente sino de una porción muy pequeña de los asuntos públicos, el tipo ideal de un Gobierno perfecto es el Gobierno representativo.²⁴

Es decir, existe una imposibilidad material de la ciudadanía en poder participar en todos los asuntos públicos, y todavía más complejo que pudiera llegar a resolver todas las demandas debido a la gran diversidad de intereses, de ahí que la democracia representativa sea hoy en día la forma más factible para la solución de tal circunstancia. Me parece que en términos generales, la expresión democracia representativa quiere decir que las deliberaciones colectivas, que involucran a toda la comunidad, no son tomadas de manera directa por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin. Sin embargo, lo cierto es que eso no implica que la representación signifique alejar y esconder los asuntos públicos de los representados, sino únicamente administrarlos. El pueblo delega el ejercicio de su soberanía, no la soberanía misma.

²⁴ Aguilar Rivera, José, Antonio, *op. cit.*, nota 21, p. 14.

Por lo tanto, en virtud de lo difícil que sería que todo el pueblo participe en la toma de decisiones, ciñéndonos estrictamente al término de que democracia significa el “mandato del pueblo”, y que sólo unos cuantos son elegidos para que representen al resto de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. En esa tesitura, y buscando la relación entre democracia y *Transparencia*, dicha toma de decisiones deben ser públicas para todos esos ciudadanos ¿qué individuo le otorgaría a otro tal discrecionalidad para que no le informe la manera en que está velando por sus intereses? Si el régimen democrático ha sido definido como el gobierno del pueblo o controlado por el pueblo, ¿de qué manera lo puede controlar si este se encuentra escondido?

De igual manera, Bobbio señala que existe el nexo entre la democracia representativa y la *Transparencia* del poder en el sentido de entender a la representación como una manera de presentar y hacer visible lo que los representados no alcanzan a visualizar. Bobbio señala que quien captó mejor esta relación fue Carl Schmitt quien detalló esto de la siguiente manera:

La representación puede tener lugar solamente en la esfera de la publicidad. No hay ninguna representación que se desarrolle en secreto o a cuatro ojos [...] Un parlamento tiene un carácter representativo únicamente en cuanto se cree que su actividad sea pública. Reuniones secretas, acuerdos y decisiones secretas del comité que se quiera pueden ser muy significativos e importantes, pero jamás pueden tener un carácter representativo.²⁵

²⁵ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 2, pp. 98 y 99.

Representar significa hacer visible y hacer presente un ser invisible mediante un ser públicamente presente. La dialéctica del concepto está en que lo invisible es supuesto como ausente y al mismo tiempo se hace presente.²⁶

Con el nacimiento del gran Estado territorial moderno, resulta imposible que el pueblo participe en la deliberación de los asuntos públicos, por lo tanto sus representantes se ocuparán de asistir a tales actos y en consecuencia de informar sobre éstos.²⁷

Por su parte, el filósofo y jurisconsulto británico, Jeremías Bentham, fundador del utilitarismo, y como precursor del poder de la opinión pública, fue de los pocos que profundizó sobre la relación entre *Transparencia* y el gobierno representativo²⁸ “antes de pasar a individualizar las operaciones de una asamblea, pongamos a la cabeza de su reglamento la ley más acomodada para afianzarle la confianza pública, y encaminarla constantemente hacia el fin de su institución. Esta ley es la de la publicidad.”²⁹

En su obra *Táctica de las asambleas legislativas*, Bentham aporta un estudio en cuanto a la justificación, objeción, medios, extensión o abstención sobre el principio de publicidad dentro de una asamblea legislativa, pero para efectos de este estudio analicemos la justificación y sus objeciones.

²⁶ *Ibid.*, p. 99.

²⁷ *Ibid.*, pp. 98 y 99.

²⁸ Aguilar Rivera, José, Antonio, *op .cit.*, nota 21, p. 14.

²⁹ Bentham, Jeremías, *Táctica de las asambleas legislativas*, París, en la imprenta de J. Smith, 1824, p. 29.

Dentro de sus justificaciones señala ciertos beneficios que, si bien hablan de las asambleas legislativas, pudieran aplicarse a cualquier acto de gobierno.

El primer beneficio señalado es el de “contener a los miembros de las asambleas dentro de su obligación”.³⁰ En este supuesto, Bentham hace énfasis en la necesidad de controlar a los poderes y constatar el cumplimiento de sus obligaciones. La publicidad de sus actos permite combatir la corrupción y los abusos de autoridad que afectan a los políticos y a los gobiernos. En la medida que se hace pública la información de los poderes públicos, se abren las vías para investigar, conocer y denunciar los delitos de corrupción que de otra manera no serían puestos al descubierto.

Cuanto más expuesto está el ejercicio del poder político a un sinnúmero de tentaciones, tanto más poderosos motivos conviene dar a los que están revestidos con él para desecharlas. Pero la vigilancia del público es el más constante y universal de todos ellos.³¹

Esto proviene del simple hecho de que los actos políticos y gubernamentales abiertos, incluyentes y transparentes cierran la puerta a la discrecionalidad y a las decisiones autoritarias.

De igual manera advierte que el cuerpo del público forma un tribunal que vale más que todos los otros juntos, señalando que “*si bien es capaz de error es incorruptible*”.³²

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, pp. 30 y 31.

Al referirse a ese tribunal, me parece que Bentham advierte que si hay publicidad resulta imposible arreglar a escondidas cualquier acto de corrupción cometido, pues sería difícil corromper a toda la ciudadanía en su conjunto para que no se le juzgara por sus actos en contra del interés general.

También se refiere al valor de la representatividad al manifestar que si bien en una asamblea numerosa, sus integrantes forman un contrapeso interno, éste nunca podrá ser suficiente como para sustituir al del verdadero público.³³

Como segundo beneficio, Bentham señala el de “asegurar la confianza del pueblo y consentimiento suyo en las revoluciones legislativas”.³⁴

Para Bentham, la *Transparencia* incrementa la confianza en el gobierno y los representantes populares y por ende, la legitimidad:

Pero ¡qué confianza y seguridad, no digo para el pueblo, sino para los mismos que gobiernan en una política abierta y franca! Póngase el gobierno en la imposibilidad de no hacer nada sin saberlo la nación; pruébele que él no puede engañarla ni sorprenderla, y se quitan al descontento cuantas armas le hubiera sido posible dirigir contra el gobierno. El público devuelve duplicada a éste la confianza que él le manifiesta; pierde la calumnia su fuerza [...] ³⁵

Para que los representados confíen en sus representantes, es necesario que sus actuaciones las realicen a la luz pública, además de que esto beneficia a los gobernantes al legitimar su actuación, ya que se entendería que está realizando sus

³³ *Ibid.*, p. 32.

³⁴ *Ibid.*, p. 33.

³⁵ *Ibid.*, pp. 33 y 34.

funciones sin afán de esconder nada, lo que posibilitaría la aceptación y aprobación de su proceder ante sus gobernados.

Un tercer beneficio para Bentham es el de “proporcionar a los electores la facultad de obrar con conocimiento de causa”.³⁶ Es decir, la rendición de cuentas. Bentham hace énfasis en que la publicidad aumenta la capacidad que tiene la sociedad de evaluar el desempeño de sus gobernantes:

¿De qué vale renovar las asambleas, si el pueblo está precisado siempre a escoger entre unos hombres que él no ha tenido medios de juzgar? Ocultar al público la conducta de sus mandatarios, es agregar la inconsecuencia a la prevaricación, y decir a los delegantes, elegiréis o desecharéis a tales o cuales de vuestros diputados, sin saber por qué.³⁷

Por lo tanto, si se cuenta con información sobre el actuar de los representantes, podrán saber con precisión cuál es el desempeño de la persona y partido en el poder, evaluando su conducta que les permitirá refrendar su voto o eliminarlos del poder público.

El último beneficio que invoca Bentham es el de “proporcionar a la asamblea la facultad de aprovecharse de las luces del público”.³⁸ Bentham entendía que los diputados no eran expertos en todas las materias y que difícilmente podrían tener en

³⁶ *Ibid.*, p. 39.

³⁷ *Ibid.*, pp. 39 y 40.

³⁸ *Ibid.*, p. 40.

una asamblea a las personas capacitadas para legislar sobre todos los asuntos que hacían falta:

¿tendrá en concentración esta asamblea toda la inteligencia nacional? ¿ni aun es posible que estos electos sean, bajo todos los aspectos, los más ilustrados, capaces, y sabios de la nación; y que posean por sí solos todos los conocimientos generales y locales que el ministerio de establecer leyes requiere?³⁹

Para Bentham, la *Transparencia* es una condición para el debate público, la cual ofrece la posibilidad de incorporar las preferencias de los grupos sociales afectados y la oportunidad de mejorar las decisiones de las autoridades políticas y administrativas al someterlas al escrutinio y discusión de diversos actores sociales.

En este sentido, se puede decir que la *Transparencia* contribuye a una mejor gestión pública al tener en cuenta las expresiones de la sociedad afectada en la toma de decisiones.

Ahora bien, una vez vistos los beneficios que la publicidad de los actos de las asambleas proveía, Bentham se dispuso a debatir las objeciones que se pudieran invocar en contra de esto.

Si la publicidad es tan favorable, por tantos títulos, para los mismos que gobiernan, y propia para preservarlos de las injusticias del público, y proporcionarles la más grata recompensa de sus tareas ¿por qué son ellos tan generalmente enemigos de este régimen? ¿Será necesario buscar la causa de ello en los vicios y deseo de gobernar sin responsabilidad, exentar de toda inspección su conducta, engañar al pueblo y esclavizarle por medios de su

³⁹ *Idem.*

ignorancia? Semejantes motivos pueden no ser ajenos de muchos de ellos; pero el atribuirlos a todos sería el lenguaje de la sátira.⁴⁰

Bentham aceptaba que no siempre sería así, que habría "...errores de buena fe, y fundados sobre objeciones especiosas: trataremos de reducirlas a su justo valor".⁴¹

La primera objeción que señala es "El público es un juez incompetente de las operaciones de una asamblea política, en razón de la ignorancia y pasiones de la mayoría de los que le componen".⁴²

A esto Bentham refutaba que:

Si llegara yo hasta el grado de confesar que no hay quizá en la masa del público un individuo entre cientos, que sea idóneo para formar un ilustrado juicio sobre las cuestiones que se ventilan en una asamblea política, no me acusarían de atenuar la objeción; y sin embargo, aun en este grado no me parecería ella de fuerza ninguna contra la publicidad. Semejante objeción tendría alguna solidez, si, quitando al tribunal popular los medios de juzgar bien, le quitasen igualmente la fantasía de juzgar; pero el público juzga, y juzgará siempre. Si él se abstuviese de juzgar por el miedo de hacerlo mal, tan lejos de acusar su ignorancia, habríamos de admirarnos de su sabiduría; y un pueblo que supiera suspender su juicio, no se compondría de hombres vulgares, sino de filósofos.⁴³

Para Jeremías Bentham, no es argumento suficiente la ignorancia del público o las pasiones que pudiera tener éste sobre los asuntos tratados en la asamblea, ya que por sentido común, siempre existirá alguien con conocimientos, pocos o suficientes, de

⁴⁰ *Ibid.*, pp.43 y 44.

⁴¹ *Ibid.*, p. 44.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibid.*, pp. 44 y 45.

los asuntos que se atienden en las asambleas. Ni si quiera siendo falso esto, sería motivo suficiente para que no existiera publicidad. De igual manera señala que la ciudadanía siempre juzgará, aunque carezca de los medios para hacerlo. Si se diera el caso de que llegará a no juzgar, en virtud de carecer de los medios suficientes, no se estaría hablando de ciudadanos comunes, sino de sabios filósofos.

Por otra parte, Bentham responde respecto a que “la publicación de los documentos, dirán, aumentará el número de los malos jueces en una proporción muy superior a la de los buenos”.⁴⁴

Bentham divide en tres clases al público: la primera no se ocupa de los asuntos públicos por no tener tiempo de informarse ni de ocuparse de dichos temas, la cual es la mayoría. La segunda es la que juzga por lo que dicen los demás y no se toma la molestia, o no tiene la capacidad, de hacerse un juicio propio. La tercera y última es la que juzga por la segunda clase de público, la cual opina a partir de la información más o menos puntual que ha podido obtener.

“¿A cuál de estas tres clases de hombres puede perjudicar la publicidad?”,⁴⁵ preguntaba. A la primera no, respondía, ya que no juzga; a la tercera tampoco, ya que ésta juzga de cualquier forma con la información que tiene, sea precisa o no “y juzgará mejor, cuando la hayan puesto en posesión de los verdaderos documentos”,⁴⁶ advertía. Respecto a la segunda clase, Bentham afirmaba que al ser eco de la tercera que

⁴⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁶ *Idem.*

juzgaba, y al tener ésta mejor forma de opinar, los juicios serán más sanos e instruidos, y en consecuencia sus receptores, es decir la segunda clase, tendrán mejores juicios. En conclusión, “Rectificando las unas, se habrán rectificando las otras; y purificando la fuente, se habrán purificando los conductos”.⁴⁷ Concluye de manera contundente con la argumentación de que para decidir si la publicidad puede perjudicar o servir, basta considerar a la clase que juzga, aduciendo que si esta juzga mal, es porque desconoce los hechos o no posee los verdaderos datos para allegarse de información confiable para formarse un buen juicio.

Para continuar con las objeciones, hace referencia a que “la publicidad puede exponer al odio público a un miembro de la asamblea, por unos procederes que serían dignos de otra suerte”.⁴⁸ Bentham aceptaba que si bien es cierto que la publicidad pudiera exponer a los funcionarios a ser juzgados de manera superficial o injusta, la realidad es que al final le acarrea mayores beneficios a los mismos.

Bentham ve que la publicidad puede ser aprovechada en el sentido de que no habría forma de imputar mentiras o falsos discursos en contra de los funcionarios, esto en virtud de que su actuar se había efectuado a la luz pública: “la publicidad, bajo el aspecto de la reputación, es mucho más útil que perjudicial para los miembros de la asamblea. Es ella la salvaguarda suya contra las malignas imputaciones y calumnias.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 47.

No es posible atribuirles discursos falsos, disimular el bien que ellos han hecho, ni dar pérfidos visos a su conducta”.⁴⁹

En torno a lo expuesto por Bentham con anterioridad hoy en día puede deducirse que el diputado que realiza una labor legislativa correcta y activa, podría verse beneficiado por la publicidad de sus actos, ya que podría ser evaluado en forma objetiva e individual, y no únicamente como parte integrante del órgano colegiado. Esto contribuiría a legitimar sus acciones y estaría fuera de toda discusión cualquier imputación que se le pudiera hacer a su persona respecto a su labor como funcionario público.

Dentro de las objeciones que Bentham mencionaba pudieran alegar los partidarios del secreto, señala: “El deseo de la popularidad puede sugerir peligrosas proposiciones a varios miembros de la asamblea: la elocuencia que se cultiva, lo es *más* de seducción que de razón, y más la de un tribuno del pueblo que la de un legislador”.⁵⁰

Bentham considera que esta objeción está relacionada con la primera, la cual invoca la ignorancia del pueblo para juzgar sobre sus verdaderos intereses y diferenciar entre quienes cuidan de éstos y los demagogos. En relación con lo anterior, Bentham señala que en virtud de que se es un Estado representativo, esto no causaría

⁴⁹ *Ibid.*, p. 48.

⁵⁰ *Idem.*

problema alguno. Asimismo, apunta que la publicidad resulta un antídoto en contra de los demagogos, ya que

La publicidad de los debates ha arruinado más que formado a los demagogos. Un hombre que se ha ganado toda el aura popular, no tiene mas que entrar en el parlamento para dejar de ser formidable. Colocado él en medio de los iguales o superiores suyos, no sienta cosa que ninguna que no se impugne: se reducen sus ponderaciones a la justa medida de lo verdadero; queda humillada su presunción; el deseo de una momentánea popularidad no produce más que la ridiculez, y el adulator del pueblo acaba llenando de fastidio al pueblo mismo.⁵¹

Bentham añade que la publicidad de los debates en las asambleas ayudaba al pueblo a darse cuenta de lo embaucador que pudiera ser un demagogo, pues durante el debate con otros diputados, podrían ponerse al descubierto, con razonamientos, la farsa de sus discursos.

Otra objeción sería que “exponiendo en un Estado monárquico la publicidad de las asambleas a los miembros al resentimiento del jefe de Estado, puede perjudicar a la libertad de sus decisiones”.⁵² Bentham en vez de aceptarlo lo convierte en un argumento a favor, ya que señala que al ser públicas las asambleas, no cabría la presión del jefe de Estado, ya que sería fácil de advertir esto por parte del pueblo. Por el contrario, si la asamblea invocara la secrecía para liberarse del jefe de Estado, sería un pretexto únicamente ya que “El verdadero motivo de este proceder sería más bien un deseo de sujetarse a su influjo, sin exponerse mucho a la censura pública; porque

⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

⁵² *Ibidem.*, p. 50.

¿de qué inspección se exentan, excluyendo al pueblo, más que de la del pueblo mismo?”⁵³

La última objeción que podrían argumentar en contra de la publicidad es que se trata de un sistema de desconfianza. Bentham debate tajantemente que ¿De quién será preciso desconfiarse más que de aquellos a los que se confiere una suma autoridad, con grandes tentaciones de abusar de ella?⁵⁴

Y aquí Bentham da a continuación el argumento principal de todo principio de publicidad en clara demanda de lo que significa la democracia representativa:

Consideréense los objetos de sus obligaciones; no son los propios negocios suyos, sino los ajenos, complicados, que la indolencia sola movería a abandonar, y que exigen la más laboriosa atención.

Contemplemos sus intereses personales, y los veremos opuestos a menudo con los que les están confiados: ellos poseen todos los medios de servirse a sí mismos a costa del público, sin poder ser convencidos de malversación. ¿Qué resta, pues, para superar estos peligrosos motivos, más que crear un interés de una fuerza superior? Ni cuál puede ser este sino el respeto de la opinión pública [...]

A todo se extiende la eficacia de este gran medio; a la legislación, gobierno, y judicatura. Ningún bien estable sin publicidad; ni mal alguno durable bajo los auspicios de ella.⁵⁵

Como padre del utilitarismo, Bentham señala todos los beneficios de la publicidad, y argumenta con efectividad cualquier objeción que pudiera suponerse en

⁵³ *Ibidem.*, p. 51.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

⁵⁵ *Ibid*, p. 52.

contra, al demostrar que no existe, por lo menos dentro de una de un gobierno representativo, motivos para que la regla no sea la publicidad de todos los actos en una asamblea; pero bien señala excepciones como lo son: “1. Favorecer los proyectos de un enemigo, 2. Ofender sin necesidad a personas inocentes y 3. Imponer una pena muy severa a algunos culpables”, asegura que “El secreto es un medio de conspiraciones; no le convirtamos pues en un gobierno regular”.⁵⁶

Tiempo después, Habermas señalaría la relación entre *Transparencia*, democracia, y opinión pública, entendida esta última como la que proviene del debate racional, un debate impulsado por la fuerza de la razón la cual diverge de la fuerza coactiva para interpretar el espacio público.⁵⁷

Rodriguez Zepeda señala que para Habermas una democracia verdadera solo existe sobre la base de una relación constante entre el sistema de instituciones públicas y la capacidad organizada de la sociedad civil independiente, para plantear sus argumentos. Advierte que Habermas considera que en los sistemas democráticos actuales, los derechos políticos expresan la opinión y decisión ciudadana y solo pueden ejercerse de manera adecuada si existe una esfera pública de discusión y argumentación, abierta a todo mundo, que convierta en argumentos validos los puntos de vista que son sometidos a esta esfera y cumplan con sus requisitos. Estas

⁵⁶ *Ibid*, pp.56 y 57.

⁵⁷ Tenorio Cueto, Guillermo, A., *El derecho a la información: entre el espacio público y la libertad de expresión*, México, Porrúa-UP, 2009, p. 23.

condiciones de dialogo y debate público son lo que hacen posible una democracia genuina.⁵⁸

En la democracia consensual-discursiva (deliberativa) la soberanía reside en la opinión pública y en el poder comunicativo de la sociedad civil. La democracia deliberativa de Habermas consiste en localizar la soberanía popular en una sociedad civil capaz de formar una opinión pública racional inspiradora de un consenso mínimo normativo que alimente los contenidos jurídicos-políticos, y que busque fortalecer la democracia comprometiendo las diversas culturas, clases y movimientos sociales.⁵⁹

Esta sociedad civil es la trama asociativa no estatal y no económica, de base voluntaria en la que se abordan de un modo informal, no institucionalizado los problemas socialmente relevantes. Estos problemas sociales que requieren un tratamiento político se hacen visibles para el sistema político diferenciado a través de esta esfera pública informal que constituye la periferia de dicho sistema político, y de la que depende la legitimación de éste.⁶⁰ Esta esfera pública debe apoyarse en una base social en la que los derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social, es decir, que esta base se encuentre dentro de una condición de igualdad en torno de los

⁵⁸ Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p. 46.

⁵⁹ Cifuentes, Diana, Carolyn, "El papel de la Ciudadanía en la Democracia Deliberativa y su relación con la Opinión Pública", *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, núm. 010, 2001, p. 83. <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/815/81501009.pdf>.

⁶⁰ López y López de Lizaga, José, Luis, *RAZÓN COMUNICATIVA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA* Memoria para optar por el grado de Doctor, Facultad de Filosofía, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2008, p. 337, <http://eprints.ucm.es/8063/1/T30434.pdf>.

individuos participantes donde pueda desarrollarse plenamente el potencial del pluralismo cultural capaz de funcionar conforme a su propia lógica de conflictos y forma de vida, ya que solo una esfera pública de una sociedad igualitaria podría cumplir su función de racionalizar el poder, puesto que una sociedad civil deteriorada por desigualdades sociales y culturales profundas queda indefectiblemente instrumentalizada por el sistema económico o manipulada por el sistema político.⁶¹

Para Habermas, afirma Rodríguez Zepeda, un discurso o debate es un acto lingüístico al que concurren varios participantes, con visiones diferentes y contrapuestas, en la que expresan sus argumentos buscando se les conceda validez a las pretensiones de quienes participan. Esta validez de argumentos, puede ser en un sentido teórico o en un sentido práctico. El teórico se da cuando los que proponen el argumento y sus oponentes discuten con razones acerca de si tal argumento es planteado de manera adecuada. El sentido práctico de la validez se da cuando se habla de una rectitud normativa, es decir, del carácter justo de los principios del deber ser. Estos principios son las órdenes, promesas, recomendaciones prácticas o la exigencia de derechos.

Respecto al sentido práctico señala:

[...] para Habermas ningún derecho, obligación, mandato o cualquier acto político puede ser válido, ni por tanto legítimo, si no se pueden dar buenas razones de él, es decir, si no se pueden

⁶¹ *Ibid.*, p. 349.

rebatir las objeciones, reservas y críticas que un dialogante racional pueda enderezar contra él.⁶²

Es decir, en la democracia deliberativa la legitimidad de las leyes y del poder político no depende sólo del consentimiento de los ciudadanos, sino que este consentimiento debe estar precedido de una deliberación pública que garantice la aceptabilidad racional de su resultado, y que no se reduzca a un proceso de negociación de compromisos entre intereses particulares enfrentados.

Aunque si bien Habermas no otorga a la opinión creada mediante las deliberaciones informales de la esfera pública política un carácter vinculante, ni los actores de la sociedad civil pueden tener poder político, ya que cede a las instituciones del sistema político las tareas de decisión y administración, lo cierto es que la esfera pública ejerce una función de racionalización del poder.⁶³

En mi opinión, en este sentido el modelo democrático de Habermas, al requerir de la exposición de la justificación racional de los actos de gobierno, por consecuencia apela implícitamente a la *Transparencia* gubernamental. La toma de decisiones que afectan a una colectividad por medio de procedimientos democráticos, desde esta perspectiva, debe otorgar la accesibilidad de toda información y razones relevantes relacionadas con el ejercicio del poder político, ya que como señala Rodríguez

⁶² Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p. 47.

⁶³ López y López de Lizaga, José, Luis, *op. cit.*, nota 60, pp. 338 y 339.

Zepeda, “rechaza al secretismo gubernamental, como el simbolizado por los *arcana imperii* y la razón de Estado.”⁶⁴

Asimismo, por un lado se trata de un rechazo a los monólogos de los sujetos en el poder, en los cuales la verdad es la que a ellos les conviene y porque ellos lo dicen, y por otro, la pretensión de que la realidad de las cuestiones sociales solamente puede ser producto del dialogo racional, incluyente, democrático y sobre todo libre de presiones.⁶⁵

⁶⁴ Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 3, p. 47.

⁶⁵ *Idem.*

II. TRANSPARENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Para intentar demostrar que la *Transparencia* debe ser vista como un derecho fundamental y una vez señalado en el Capítulo anterior la relación entre democracia y *Transparencia*, me parece necesario primero manifestar el vínculo existente entre la democracia y los derechos fundamentales, para después, una vez entendido el significado y función como tal de estos derechos, señalar la razón por la cual la *Transparencia* se encuentra en los supuestos de los que son llamados derechos fundamentales.

Lorenzo Córdova Vianello señala que “sin derechos no hay democracia, pues sus reglas formales, las que Bobbio señala como el conjunto de reglas del juego para adoptar las decisiones políticas, éstas son *el quién y cómo se decide*, parten precisamente del ejercicio de las libertades básicas del individuo que garantizan y protegen los derechos”⁶⁶ y enfatiza que:

[...] la última de dichas reglas del juego supone precisamente, como una condición de una decisión democrática, el respeto de los derechos fundamentales de las minorías”⁶⁷

⁶⁶ Córdova Vianello, Lorenzo, *Bobbio y la edad de los derechos*, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 1, p. 47.

⁶⁷ *Idem.*

Aquí Córdova plantea, citando a Bobbio, que se está estableciendo como una condición esencial del procedimiento democrático el reconocimiento y el respeto de los derechos del hombre⁶⁸

Se puede decir que existe un nexo teórico entre democracia y los derechos. La moderna democracia representativa se funda en el principio de la libertad política, es decir, de la posibilidad real de autodeterminación de los individuos, de una autonomía que se expresa en las elecciones de los representantes en la libertad de elegir sin algún tipo de presión.⁶⁹

La democracia nace y se consolida a través de la conquista de algunas libertades fundamentales bien definidas: La libertad personal, la libertad de imprenta y de opinión, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Consecuencia de esas conquistas se ubica la libertad política, es decir, el derecho de todos los ciudadanos a participar en la formación de las decisiones colectivas que los atañe, directamente o mediante la elección de representantes. Por lo tanto, la democracia representativa se basa en el reconocimiento de los derechos de libertad, ya que no sería concebible que en una democracia representativa se impida a los electores decidir autónomamente a sus representantes, esto es, en la cual no se respeten los derechos de los verdaderos soberanos. Así, la lógica misma de la democracia se nutre de la existencia, del respeto y de la garantía de los derechos fundamentales.⁷⁰

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibid.* p. 65.

⁷⁰ *Ibid.* pp. 69,70 y 71.

Ahora bien, Luigi Ferrajoli agrega una connotación a la democracia con los derechos fundamentales. Para Ferrajoli las constituciones son:

[...] contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto.⁷¹

Ferrajoli al hablar de la dimensión sustancial de la democracia, utiliza la expresión para señalar lo que es *decidible* por la mayoría, es decir, una mayoría, por mas aplastante que sea, no puede decidir vulnerar los derechos fundamentales de las minorías, tal como mencioné que lo instituyó Bobbio en la última de sus reglas, pero Ferrajoli va más allá y agrega que también, los derechos fundamentales circunscriben la *esfera de lo indecible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, refiriéndose a las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales. Es decir, llama democracia sustancial al que puede, que no puede y que no, no puede dejar de hacer la mayoría como actor decisivo en las políticas de un Estado.⁷²

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2009, p. 43.

⁷² *Ibid.* pp. 50 a 55.

Si la democracia sustancial obliga a que hay espacios sobre los cuales *no se puede decidir*, también existe su contrapartida: *no sobre todo se puede dejar de no decidir*. Las mayorías, no pueden decidir sobre *todo* pero incluso, por mayoría, no pueden dejar de decidir sobre *todo*. Los derechos de libertad constituyen esa área de *no decidir*. Los derechos sociales forman parte de lo que *no se puede dejar de no decidir*.⁷³

En este sentido, puede entenderse que no existe la democracia si los derechos del hombre no son reconocidos y protegidos, de ahí el vínculo existente entre éstas dos expresiones.

Sin embargo, pudiendo decir que es muy cercana la relación entre derechos fundamentales y democracia, no debe confundirse su significado. Intentando exponer de forma breve el significado y función de los derechos fundamentales, es necesario señalar diversos conceptos que han sido proporcionados por diversos autores. Por ejemplo, los derechos para Bobbio son límites al poder “la última lucha por la limitación del poder político es la que se combatió en el terreno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, comenzando por los derechos personales, ya enunciados en la *Magna Charta* (Carta Magna) de Enrique III (1225), hasta los diversos derechos de libertad, religión, opinión política, prensa, reunión y asociación que constituyen la materia de los *Bill of Rights* de los Estados Americanos y de las Declaraciones de los derechos del Hombre y del Ciudadano emanadas durante la revolución francesa.”⁷⁴

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Bobbio, Norberto, *ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 138.

Bobbio señala que independientemente del fundamento que tengan los derechos fundamentales, ellos son considerados como derechos que el hombre tiene en cuanto tal por ser persona, independientemente de ser puestos por el poder político, y que éste no solamente debe de respetar sino proteger. Asimismo, señala que a diferencia de la división de poderes que tiene como función limitar al poder en cuanto a cantidad, los derechos fundamentales lo limitan en cuanto a extensión, y que solamente su reconocimiento pleno, “dieron origen al Estado limitado por excelencia que es el Estado Liberal y a todas las formas sucesivas que, aun reconociendo otros derechos fundamentales, como los derechos políticos y los derechos sociales, no vinieron a menos en el respeto de los derechos de libertad”⁷⁵ y termina precisando que:

[...] el constitucionalismo encuentra su completa expresión en las constituciones que establecen límites no solamente formales sino también materiales al poder político, bien representados por la barrera de los derechos fundamentales [...]⁷⁶

Para Miguel Carbonell los derechos fundamentales “son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de manera digna.”⁷⁷ Carbonell, siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, señala que por bienes básicos se entienden

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibid.*, p. 139.

⁷⁷ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2009, p. 5.

aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁷⁸

Por eso, cuando se habla de derechos fundamentales se está haciendo referencia a la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus características existenciales, es decir, son universales.

Por su parte, Ferrajoli señala que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”, y aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, y que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.⁷⁹

En palabras del propio Ferrajoli, son derechos fundamentales porque los reconoce un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto a tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar, es decir, si los reconoce un ordenamiento y además es adjudicado a todos los que tienen el status exigido,

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 71, p. 37.

entonces son derechos fundamentales; asimismo, les da la características de universales, tal y como los describe Carbonell, y describe como universales, por consecuencia fundamentales, a la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares.⁸⁰

En cuanto a status, la titularidad normativamente reconocida juega un papel primordial en la teoría de los derechos de Ferrajoli. En los ordenamientos jurídicos, los seres humanos, dice, no han sido catalogados en todos los casos con el status jurídico de titularidad de derechos. Muchos han sido los criterios para separar a los seres humanos de ese status jurídico que les permite ser titulares de una normatividad reconocida, (sexo, nacimiento, censo, nacionalidad) pero hoy solo subsisten únicamente dos diferencias que delimitan la igualdad de la persona humana: la ciudadanía y la capacidad de obrar.⁸¹

Ferrajoli hace dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, los de personalidad corresponden a todos los individuos, y los de ciudadanía, que corresponden únicamente a los ciudadanos; y por otro lado, la que se da entre derechos primarios y derechos secundarios, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. Y después hace una intersección entre las dos distinciones de las cuales describe cuatro clases de derechos, que para

⁸⁰ *Ibid.* pp. 38 y 39.

⁸¹ *Ibid.* pp. 39 y 40.

una comprensión más óptima se señalan en el cuadro con las siguientes características.⁸²

DIVISIONES	PRIMARIOS Toda persona	SECUNDARIOS capacidad de obrar
PERSONALIDAD Para toda persona	Derechos humanos (derecho a la vida y a la integridad de la persona, libertad personal, libertad de conciencia y manifestación del pensamiento, derecho a la salud, educación, garantías penales y procesales)	Derechos civiles (potestad negocial, libertad contractual, libertad de elegir y cambiar de trabajo, libertad de empresa, derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado)
CIUDADANÍA Personas reconocidas como ciudadanos	Derechos públicos (derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo)	Derechos políticos derecho de voto, de sufragio pasivo, de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política)

Y es enfático en señalar que como la tipología de los derechos fundamentales construida a través de la propia definición, tiene un valor teórico del todo independiente de los sistemas jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna, y que con cualquier “ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, serán

⁸² Ferrajoli los menciona en relación a la Constitución Política Italiana, sin embargo, me parece que encuadran igualmente con los de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque no se abarquen todos los reconocidos en nuestra Carta Magna (de petición, de acceso a la información, protección de datos personales, vivienda digna, etc) *Ibid.* p. 40.

«derechos fundamentales»,- según los casos, humanos, públicos, civiles y políticos- todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de «persona», «ciudadano» o «capaz de obrar».⁸³

⁸³ *Ibid.* pp. 40 y 41.

¿LA TRANSPARENCIA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL?

Una vez que he señalado la forma en que Bobbio, Carbonell y Ferrajoli visualizan a los derechos fundamentales, así como la relación entre derechos fundamentales y democracia, lo cual, como señala el propio Bobbio, sin el reconocimiento y protección de los primeros, no es posible la existencia de la segunda,⁸⁴ intentare relacionar y argumentar, el por qué el derecho de acceso a la información encuadra como derecho fundamental.

Miguel Carbonell señala que existen diversas teorías que explican los derechos fundamentales en cuanto a la interpretación de éstos establecidos en algún ordenamiento constitucional concreto.⁸⁵ Haciendo referencia a la teoría “democrático-funcional”, lo importante es la función pública y política de los derechos, de forma que ocupan un lugar preferente aquellos derechos que contienen referencias democráticas como la libertad de opinión, libertad de prensa, etcétera. En este caso, los derechos fundamentales son concebidos como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado. Esta teoría tiene por una parte el carácter de funcional de las libertades para el fortalecimiento del proceso democrático, es decir, la

⁸⁴ Córdova Vianello, Lorenzo, *Bobbio y la edad de los derechos*, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, nota 1, p. 65.

⁸⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, nota 77, p. 34.

libertad se convierte en “libertad para” y su contenido y alcance se determinan según la función a la que sirve en el contexto general del sistema de derechos.⁸⁶

En este sentido, dentro en la teoría “democrático-funcional”, la función del *derecho de acceso a la información* sería la una “libertad para” darle operatividad, contenido, calidad a otros derechos fundamentales.

Para empezar pudiéramos señalar la libertad de expresión, para que un individuo tenga la capacidad de expresarse libremente sobre cualquier asunto, es necesario que cuente con la información sobre el tema sobre el cual se expresa, pudiéramos decir que si el Estado reconoce que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa⁸⁷, sería absurdo que se diga que el Estado está protegiendo la libre manifestación de las ideas, si ni siquiera otorga los elementos necesarios para ejercer esa libertad. Es decir, el que los ciudadanos tengan acceso a la información en manos de los poderes e instituciones de gobierno, les permite tener en sus manos los elementos para ejercer su libertad.

Lo mismo sucede con las libertades políticas. Por ejemplo el sufragio activo, para que un individuo tenga alternativas de votar libre y razonadamente por el candidato de su preferencia, es necesario que tenga conocimiento del desempeño del ejercicio gubernamental, es decir, del actual partido político en el gobierno, lo que significa que es necesario que tenga en todo momento acceso a la información en

⁸⁶ *Ibid.* p. 41.

⁸⁷ Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

poder del Estado para estar en aptitud de poder juzgar de manera más objetiva el funcionamiento durante ese mandato. En otras palabras: para que existan alternativas reales de elección debe haber *Transparencia*.

Por su parte, para ejercer el derecho de sufragio pasivo también es necesario acceder a información en poder del gobierno en turno. Si un individuo quiere presentar en oposición al partido en el poder un programa de gobierno, es necesario que conozca el funcionamiento del poder en turno para estar en condiciones de proponer un programa alternativo.

Siguiendo con las libertades políticas, respecto a la libertad de asociación política⁸⁸, entendiendo esta como la facultad que tiene cada individuo para participar en la formación de toda clase de entes y organismos cuyo objeto permanente sea la promoción y defensa de intereses y derechos políticos,⁸⁹ para que un individuo ejerza ese derecho, en otra palabras, que tenga la libertad de afiliarse a algún partido político, es necesario que conozca los documentos doctrinales de los mismos, así como su funcionamiento interno, en tanto que al ser los partidos políticos entidades de interés público, también se debe promover y proteger el derecho de acceso a la información en poder de éstos.

⁸⁸ Artículo 9° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁹ Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 76.

Por otra parte, el derecho de acceso a la información cumple asimismo con la funcionalidad de promover y proteger los derechos sociales. Muchas veces para poder acceder a los programas sociales gubernamentales es necesario cumplir ciertos requisitos de elegibilidad, por lo que es necesario tener la capacidad de acceder a la información en poder de las autoridades para conocer esos requisitos y acceder a dichos programas. Pero no sólo eso, también incide en el ámbito de la determinación y control ciudadano de las políticas públicas destinadas a satisfacer los derechos sociales, ya que resulta importante conocer la forma en que los gobiernos están destinando los recursos públicos a esos programas, así como para conocer la implementación de esas políticas públicas. Se trata de una herramienta de gran utilidad como instrumento o garantía de monitoreo de las políticas públicas del Estado en materia social.

Además, encuentro la funcionalidad del derecho de acceso a la información respecto al derecho que toda persona tiene a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.⁹⁰ Tomando en cuenta que la posibilidad de prevenir efectos negativos sobre el medio ambiente que dañen a los individuos y a la colectividad, precisa de la obtención de información oportuna, idónea y necesaria, y en virtud de que el medio ambiente adecuado, además de estar reconocido como derecho protegido constitucional e internacionalmente, constituye el contexto espacial de subsistencia para el desarrollo y disfrute de los demás derechos esenciales del hombre (vida, salud e integridad personal, entre otros), el derecho de acceso a la

⁹⁰ Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

información conlleva el deber a cargo de los poderes públicos en el sentido de establecer las medidas idóneas para que la información sobre cuestiones medioambientales esté siempre disponible para la sociedad.⁹¹

Vista la funcionalidad que proyecta el derecho de acceder a la información pública respecto al ejercicio de las libertades señaladas, se puede decir que sin información no existe libertad, un ciudadano sin información no es libre. Asimismo, que el derecho de acceso a la información cumple con la función de ser un instrumento de incidencia en el ámbito de control ciudadano sobre la promoción y protección de otros derechos fundamentales.

Ahora bien, si bien el derecho de acceso a la información cumple con la finalidad de darle contenido y calidad a otros derechos para estar en aptitud de ejercerlos de la mejor manera posible, también éste desempeña una función propia.

El derecho de acceso a la información cumple su valor propio como medio para controlar al poder político, es decir, para exigir la rendición de cuentas al que todo Estado que se ostente como democrático debe rendir a los verdaderos soberanos. La democracia es el ejercicio del poder público en público. Como ya hemos visto, si el rasgo característico de la modernidad fue el de concebir al Estado como el medio para proteger las libertades de los individuos, derivado éste de un acuerdo voluntario de los

⁹¹ Curtis, Christian, *El mundo prometido Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 283.

individuos que lo componen, lo fundamental es que los individuos a los cuales se les delega los poderes Estatales informen de su actuar. Cuando los individuos han decidido, por su propia voluntad, incursionar en el campo de la actividad pública, se encuentran sujetos a revisión.

Norberto Bobbio, al hablar del recorrido histórico del pensamiento político en torno a la disputa por reconocer a la mejor forma de gobierno menciona a Otones, al que señala como defensor de la democracia, el cual, después de haber criticado al gobierno monárquico porque el monarca “puede hacer lo que quiera sin rendir cuentas a nadie”, afirma que llama al gobierno popular con el más bello de los nombres: “igualdad de derechos”, y lo define como aquel en el que “el gobierno tiene que rendir cuentas y todas las decisiones son tomadas en común.”⁹² El ciudadano que aporta sus impuestos debe confiar en que las instituciones gubernamentales darán buen uso a sus recursos y que le serán devueltos con servicios públicos proporcionales.⁹³

En este tenor, la *Transparencia* se asume como un derecho fundamental. En los últimos años, el derecho de acceso a la información ha sido reivindicado como derecho fundamental por las declaraciones e instrumentos internacionales, así como por las constituciones de varias naciones del mundo. Sin embargo, desde mi apreciación, el derecho de acceso a la información y su consecuencia natural, la

⁹² Bobbio, Norberto, *ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD*, *op. cit.*, nota 74, p. 195.

⁹³ Nieto Castillo, Santiago, *Rendición de Cuentas y Transparencia como elementos para la persistencia democrática*, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel, Alejandro (coords.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz DERECHO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 402.

rendición de cuentas, tienen antiguas raíces inmersas en la tradición del Estado democrático.

Estos derechos innatos e imprescriptibles están implícitos desde la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789, en la cual se señala que:

Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen el derecho a constatar, por ellos mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, consentirla libremente, vigilar su empleo, determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.

Artículo 15. La sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo agente público por su administración.⁹⁴

El significado de la Declaración, tuvo como objeto el alcance de la positivación de un mínimo de derechos de los miembros de la sociedad frente a las autoridades que ejercían el poder, llegando a considerarse como la expresión, en una democracia, de la soberanía de los ciudadanos, y en palabras de Miguel Carbonell, “la hora inaugural del Estado Constitucional.”⁹⁵

Por lo que se refiere a las Convenciones internacionales, en 1948, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sienta las bases del derecho de acceso a la información pública, señalando que:

⁹⁴ Jellinek, Georg, “*La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”, 1ª. ed., trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, Serie Estudios Jurídicos, núm 12, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 169.

⁹⁵ Carbonell, Miguel, *Estudio Introductorio*, en Jellinek, Georg, *op .cit.*, nota 94, p. 23.

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de 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 expresión⁹⁶

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, vigente desde 1976, cuyo texto es similar al de la Declaración Universal, establece que:

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 impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.⁹⁷

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, vigente desde 1953, señala:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.⁹⁸

⁹⁶ Villanueva, Ernesto, *El derecho de acceso a la información en Latinoamérica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 34.

⁹⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 16. <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>

⁹⁸ *Ibid.* p. 18.

La redacción del artículo 19 del PIDCP y de la Declaración Universal permite inferir que se protege igualmente el derecho de buscar y recibir información, de forma similar a como se ha interpretado el contenido y alcance del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala en los términos siguientes:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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 impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.⁹⁹

Para Ernesto Villanueva, el artículo 29 relativo a las normas de interpretación de la Convención, funda un argumento adicional para que el derecho de acceso a la información pública este implícito en el contenido de su artículo 13, ese artículo establece literalmente que:

Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- A) Permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en la menor medida que la prevista en ella.
- B) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados.
- C) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- D) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹⁰⁰

⁹⁹ Villanueva, Ernesto, *El derecho de acceso a la información en...*, *op. cit.*, nota 96, p. 25.

¹⁰⁰ *Idem.*

En 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.¹⁰¹ En octubre del año 2000, la Comisión Interamericana aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría Especial, cuyo Principio 4 reconoce que:

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.¹⁰²

La Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado. En este sentido, la Relatoría manifestó que, dado que la libertad de *recibir* información debe impedir que las autoridades interrumpen el flujo de información hacia los ciudadanos, la palabra *buscar*, lógicamente, implicaría un derecho adicional. En este sentido, la

¹⁰¹ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, para promover la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión e información en el hemisferio, considerando el papel fundamental que ésta juega en la consolidación y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de los demás derechos humanos. <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=52&IID=2>

¹⁰² La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>

CIDH ha resaltado que todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial.

El 8 de julio de 2005, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado de Chile, con el fin de que la Corte declarará que ese Estado era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la misma, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero, dicho caso es mejor conocido como *Claude Reyes y otros vs. Chile*.¹⁰³

El origen de la demanda se fundamentó en la negativa de una institución del Estado a brindar a las víctimas toda la información que requerían sobre un proyecto de deforestación con impacto ambiental en Chile. La Comisión sostuvo que dicha negativa, así como la falta de un recurso judicial efectivo para impugnarla, generaban

¹⁰³ Sentencia de 19 de septiembre de 2006 Corte Interamericana de derechos humanos caso Claude Reyes y otros vs. Chile, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>

la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la protección judicial.¹⁰⁴

La Relatoría señala que: “En la sentencia del 19 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana acogió varios de estos alegatos, e incorporó a la misma varios estándares que se venían desarrollando tanto por la Relatoría como por otros antecedentes internacionales. De esta manera, con la referida sentencia por primera vez un tribunal internacional reconoció expresamente que el derecho de acceso a la información es un derecho humano integrante del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.”¹⁰⁵

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* señaló que:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 15.

valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.¹⁰⁶

De esta manera, señala la Relatoría, “la Corte ha contribuido con su sentencia no sólo a enfatizar el acceso a la información como un derecho humano, sino también a señalar elementos para diseñar un régimen de acceso a la información”¹⁰⁷, señalando los siguientes estándares:

1. Legitimación activa: la persona como titular del derecho.
2. Obligación positiva del Estado de suministrar información o de otorgar una respuesta fundamentada ante una solicitud. La falta de respuesta es incompatible con la Convención Americana.
3. Legitimación pasiva: sujetos obligados a suministrar información o responder.
4. Objeto del derecho: sistema de información y no de acceso a documentación.
5. Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia como garantía del derecho de acceso a la información en poder del Estado. La obligación de poner a disposición información de oficio.
6. Procedimiento administrativo para ejercer el derecho a buscar información.
7. Recurso judicial para garantizar el derecho de acceso. Si no existe el Estado debe crearlo.
8. Obligación del Estado de adoptar normas y prácticas para garantizar el derecho de acceso o de suprimir o enmendar normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones al mismo.
9. Relación entre el derecho de acceso a la información en poder de Estado y el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sentencia..., *op. cit.* nota 103, p. 29.

¹⁰⁷ Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 32.

¹⁰⁸ *Ibid.* pp. 31 a 45.

Sin embargo, la Relatoría también ha señalado que pueden existir algunas excepciones para el derecho de acceso a la información como lo pueden ser los casos que amenazan valores o bienes jurídicos protegidos a través del derecho internacional, enunciando las siguientes restricciones:

- a) Establecidas por ley.
- b) Fin legítimo: Objetivo permitido por la Convención.
- c) Necesidad en una sociedad democrática: Evaluación de proporcionalidad.
- d) La limitación debe ser escrita y motivada.
- e) La limitación al derecho de acceso debe ser temporal y/o condicionada a la desaparición de su causal.¹⁰⁹

Uno de los avances más importantes en la materia del derecho de acceso a la información pública resulta de haber sido reconocido por el tribunal internacional el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada.

¹⁰⁹ *Ibid.* pp. 46 a 50.

III. LA TRANSPARENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

ART. 6°...EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN SERÁ GARANTIZADO POR EL ESTADO.

Como lo señala Christian Courtis, una de las técnicas de garantía tradicional desarrollada para garantizar un derecho fundamental es que, cuando un derecho está establecido en una Constitución, tiene un contenido mínimo esencial que no puede ser violado por el legislador ni por las autoridades políticas. Es decir, que la incorporación de un derecho a una Constitución “implica la obligación, puesta en cabeza del cuerpo legislativo e, indirectamente, de la Administración, de respetar este contenido mínimo esencial, por debajo del cual, cualquier política, por acción u omisión, puede ser violatoria de derecho.”¹¹⁰

El 20 de julio de 2007, en el orden jurídico mexicano se reconoció en el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental. Si bien desde 1977 señalaba de forma breve que: “*El derecho a la información será garantizado por el Estado*”, no dejaba de ser un enunciado tan amplio como indefinido. Actualmente, con la reforma de 2007, se le agregó un segundo párrafo al citado artículo, en el cual nuestra Carta Magna establece los principios y bases que deben regir, en el orden federal, estatal y municipal, en el ejercicio de este derecho.¹¹¹

¹¹⁰ Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 91, p. 23.

¹¹¹ DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.

La introducción de la *Transparencia* en la Constitución, originó que sea posible la existencia de un solo derecho de acceso a la información para todos los mexicanos. Si bien es cierto que las diferentes entidades federativas habían promulgado sus leyes de *Transparencia*, la realidad es que la falta de ciertos principios o bases sobre la protección de este derecho, había ocasionado que no existiera un cumplimiento igualitario para todos los ciudadanos por parte del Estado mexicano.

Sin embargo, hoy en día existe una base constitucional común, capaz de garantizar que ese derecho se cumpla en condiciones de igualdad en todo el país. Es decir, al ser constitucionalmente tutelados estos principios, abarcan a toda la comunidad de sujetos a los que les aplica dicha ley fundamental, lo cual los hace inalienables e innegociables, dándoles una función de inmunidad frente a los diversos niveles y órdenes de poderes públicos.

El encabezado del párrafo segundo del artículo 6° Constitucional vigente establece que:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

Sin embargo, empezaré por analizar la *Transparencia* en la Constitución desde la fracción I del segundo párrafo del artículo 6°, ya que del encabezado que le antecede haré una observación más adelante, la primera fracción señala:

- I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.¹¹²

Este párrafo establece tajantemente la nueva forma de relación entre el Estado y sus ciudadanos. Toda la información en posesión de cualquier poder público es pública; como se ha manifestado, la única función de los representantes consiste en velar por los intereses de sus representados. Por lo tanto, el hecho de otorgarles los medios y recursos para lograr esto, no significa que éstos pasen a ser de su propiedad, sino que pertenecen a toda la ciudadanía desde el momento en que ésta les cedió la responsabilidad de participar en el poder a nombre de ella, sin que esto signifique otorgarles el poder para su beneficio personal. Toda la documentación

¹¹² El estándar número 3 establecido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, refiere a que al establecer que el derecho de acceso a la información se ejerce sobre la información en poder del Estado, significa que la obligación recae en todos sus órganos y autoridades, asimismo, respecto al estándar número 4 que, por información debe entenderse en sentido amplio, cualquier medio o material en donde se encuentra o surge la información y no únicamente a documentos escritos; y por último dentro del sistema de restricciones establecido por la Relatoría señala que las excepciones a la información pública deben estar establecidas por ley, entendiéndose por ley, la ley formal, es decir, la norma jurídica establecida por el órgano legislativo. Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, op. cit. nota 97, pp. 35, 38 y 47.

generada dentro del ejercicio público, no puede sustraerse del escrutinio ciudadano, a menos que exista una causa excepcional que justifique de manera objetiva por qué esa información debe mantenerse temporalmente fuera de la luz pública.

Respecto a los sujetos obligados a transparentar su actuación, es claro que el Constituyente quiso asegurar que todos los órganos del Estado mexicano estuvieran incluidos en dicha obligación, sin importar su origen, denominación o naturaleza jurídica. En consecuencia, no existe excusa por parte de alguna autoridad u órgano del Estado para excluirse de este mandato.

Considero importante retomar la aportación de Miguel Carbonell respecto al párrafo segundo del artículo comentado, pues queda la duda del por qué en un principio no se menciona a los municipios como obligados a regirse por los principios y bases que se establecen en la protección de este derecho y en la fracción primera sí son incluidos. Al respecto Carbonell hace la siguiente aclaración:

La duda legítima y razonable surge a partir un contexto determinado: el de la discusión sobre el alcance de la facultad de los municipios para emitir sus propios reglamentos en materia de transparencia. ¿Existe dicha facultad?, ¿está reconocida en la Constitución?, ¿podría decirse que el texto del nuevo encabezado del párrafo segundo, al omitir la mención sobre el municipio acepta que no tiene competencias reguladoras en la materia? Desde mi punto de vista el municipio sí puede expedir reglamentos en materia de acceso a la información y transparencia, con fundamento en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 115 constitucional, según la cual los ayuntamientos están facultados para expedir reglamentos, entre otras cuestiones, en materia de organización de la administración pública municipal. Desde luego, dichos reglamentos deben estar sujetos al principio

jerárquico respecto de las leyes estatales de acceso a la información, por lo que no podrán ir más allá de lo que ellas dispongan.¹¹³

Carbonell aclara que los municipios sí tienen facultades para reglamentar en materia de *Transparencia*, toda vez de las facultades que le otorga la fracción II del artículo 115 Constitucional, señalando que esto no significa que puedan ir más allá de lo que ellas dispongan.

Por mi parte, comparto la opinión con del doctor Carbonell pero intentaré ser más preciso. Considero que si los municipios tuvieran facultades para expedir reglamentos, podrían ir más allá de lo que las leyes disponen en el sentido de ser válido proteger y proveer todavía más éste derecho. Es decir, que al hablar de un derecho fundamental, por medio de estos reglamentos municipales, se pudiera hacer todavía más efectiva la protección de este derecho. Se me ocurren algunos rasgos que bien pudieran ser parte estos reglamentos: el establecimiento de procedimientos más expeditos para la entrega de documentación, ampliación de la información de oficio que deben publicar, o en su caso, la implementación de una política pública municipal más transparente que la que pudiera establecer la propia ley estatal respectiva.

Otra cuestión reguladora de la fracción primera, se refiere a que la publicidad será la regla; es decir, la excepción será que la información podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes.

¹¹³ Carbonell, Miguel, *La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general*, en Carbonell, Miguel (coord), *Hacia una democracia de contenidos: La reforma constitucional en materia de transparencia*, México, UNAM-IFAI-INFODF, 2007, p. 5.

Esto significa que para poder declarar una información como reservada, debe haber una causa evidente, clara y razonable, contenida dentro de los supuestos establecidos en las leyes. De igual forma, esta información sólo quedará fuera del alcance de la sociedad por un tiempo limitado, el cual no deberá exceder la duración de las causas por las que la divulgación de dicha información pudiera dañar a los miembros de una comunidad, pues al haberse extinguido estas causas, dicha información estará en el supuesto de la publicidad.

Es cierto que en la divulgación de la información pueden afectarse intereses públicos, como las seguridades nacional y pública, las relaciones internacionales, la economía nacional, la vida, la salud, la seguridad de las personas o los actos relacionados con la aplicación de las leyes. Sin embargo, estas excepciones deben de limitarse a lo estrictamente necesario para la protección de un interés público real y objetivo.

Sobre este punto, Ernesto Villanueva reflexionando sobre la manera en que debería de estar constitucionalizado el derecho de acceso a la información proponía:

Es preferible destacar los derechos y limitaciones mínimos para el ejercicio de este derecho desde la Constitución a fin de evitar que en las legislaciones que lo regulen se establezcan restricciones que contravengan el mandato constitucional.¹¹⁴

¹¹⁴ Villanueva, Ernesto, “*Tendencias en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública*”, en López-Ayllón, Sergio (Coord.) *DEMOCRACIA, TRANSPARENCIA Y CONSTITUCIÓN Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IFAI, 2006, p.28.

En mi opinión, si bien el constituyente estableció que la reserva únicamente podrá ser invocada por razones de interés público, lo cierto es que los supuestos de esas razones de interés público fueron dejadas al arbitrio de las legislaciones estatales, por lo que será una de las tareas importantes de éstos, y de los órganos garantes, el no restringir este derecho fundamental a costa de un aparente interés público.

Respecto al último enunciado que forma parte de la fracción I, relacionado con la interpretación que deberá prevalecer en este derecho, el mandato constitucional establece que en el caso de no tener claro si la información debe considerarse pública o reservarse, se debe optar por la publicidad de la misma. Es decir, el principio de máxima publicidad tendrá mayor peso en la ponderación que la opción de reservar la información.¹¹⁵

En caso de optar por reservar la información, se deberá de derrotar con argumentos el principio de máxima publicidad demostrando que la información cae en los supuestos de interés público señalados en la ley de la materia. Además, deberá aplicarse lo que se conoce en la doctrina como la prueba de daño¹¹⁶, lo cual implica

¹¹⁵ El estándar número 5 señalado por la Relatoría es: *Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia como garantía del derecho de acceso a la información en poder del Estado. La obligación de poner a disposición información de oficio.* Esto es, para que un Estado cumpla con esta afirmación y convierta en accesible toda la información posible es necesario reconocer que la información de interés público le pertenece a las personas, que el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno y que la posibilidad de reservar la información o no dispensarla es verdaderamente excepcional. Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, op. cit. nota 97, p. 35.

¹¹⁶ La Relatoría a establecido en sus estándares por lo que respecta a las restricciones que, de ninguna manera se podrán invocar el orden público o el bien común (fundamento de limitaciones a los

sustentar con argumentos objetivos, de manera clara y contundente, que la divulgación de cierta información genera una alta probabilidad de dañar un interés público protegido.¹¹⁷

La posibilidad de reservar la información, no significa contar con un margen de arbitrariedad ni de discrecionalidad por parte de los órganos del Estado, la necesidad de una motivación y fundamentación tan precisa y objetiva para reservar la información “supone aniquilar esas prácticas nocivas para el ejercicio democrático de la transparencia”.¹¹⁸ En realidad la implicación de reservar la información conlleva el supuesto de proteger del daño que pueda causar al interés público su divulgación durante un determinado tiempo.

Por su parte, la fracción II del artículo en cuestión, hace referencia a la protección que el Estado mexicano debe darle a la vida privada y a los datos personales.

- II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.¹¹⁹

derechos humanos) como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlos o privarlo de contenido real, y que esos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego. *Ibid.* pp. 42 y 49.

¹¹⁷ López Ayllón, Sergio, *El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6º de la Constitución Mexicana*, México, Cuadernos de transparencia núm. 17, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2009, p. 21.

¹¹⁸ Tenorio Cueto, Guillermo. A., *op. cit.*, nota 23, p. 66.

¹¹⁹ Dentro de los estándares de la Relatoría, por lo que respecta a las restricciones, se señala que como legítimos para determinar una limitación al derecho de acceso a la información están la

Esta fracción tutela lo que se clasifica como información confidencial, la cual se refiere a los datos personales y a la información de una persona moral de carácter patrimonial, hechos de carácter contable, económico, administrativo o jurídico que pudieran ser utilizados por un competidor. También se refiere al relativo manejo del negocio del titular, su proceso de toma de decisiones o información que pudiera afectar sus negociaciones, acuerdos de los órganos de administración, innovaciones tecnológicas o proyectos futuros. Dentro de esta información se encuentran los secretos bancario, fiduciario, fiscal, comercial, industrial y profesional.¹²⁰

Si bien es cierto que esta fracción constitucional remite a las leyes secundarias la protección de esta información, en la actualidad el artículo 16 de nuestra Constitución Federal ha introducido al más alto nivel el derecho de toda persona a la protección de sus “datos personales”, por lo que me parece oportuno abundar en este tema señalado algunos principios en torno a su regulación.

En virtud de que el objetivo de este estudio se refiere a la *Transparencia* en la actuación de los poderes públicos, me enfocaré únicamente al tratamiento de los “datos personales” en posesión de los órganos del Estado.

Por lo que respecta a los “datos personales”, la Convención para la Protección de los individuos con relación al procesamiento automático de datos personales

protección, entre otros, de los derechos o reputación de los demás. Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 48.

¹²⁰ López Ayllón, Sergio, *El acceso a la información...* *op. cit.*, nota 117, p. 42.

conocida como la Convención de Estrasburgo del año 1981 marcó un hito en la evolución de los cuerpos normativos referentes a la protección de datos personales.¹²¹

Según el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, se entiende como dato de carácter personal, cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.¹²² Dentro de la clasificación de los datos personales se distinguen aquellos datos que no afectan la sensibilidad de la persona de aquellos que la afectan. Los que no afectan se componen de información irrelevante que por sus características no permiten herir los sentimientos más íntimos de la persona ni afectan su derecho a la privacidad, datos que incluso pueden ser obtenidos en fuentes accesibles. Los llamados datos sensibles son aquellos que de difundirse ponen en conocimiento de quien los conoce datos de contenido privado que, salvo manifestación expresa del afectado, socavan la intimidad de la persona. Estos datos son en general, los referidos a la salud, condición racial y social, pensamientos, hábitos y costumbres de las personas y por lo general se agrupan en tres grupos:

1. Datos sobre ideología, religión o creencia: que no pueden ser divulgados salvo autorización expresa del afectado. Esta información no admite la obligatoriedad de suministrarse.
2. Datos sobre origen racial, salud y la vida sexual.

¹²¹ Acuña, Juan Manuel, “*La protección de datos personales y la autodeterminación*”, en *ARS IURIS, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, núm. 33, marzo 2005, p. 20.

¹²² Convenio núm. 18 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, http://www.ifai.org.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convenio108.pdf

3. Datos sobre el historial de la persona entre los que se encuentran infracciones administrativas, antecedentes penales y crediticios que admiten registro, pero sometidos a ciertas condiciones, especialmente temporales.¹²³

Asimismo, existen una serie de principios y directrices que hoy resultan compartidos y que deben ser tomados en cuenta al regular la materia de protección de datos personales, entre ellos se encuentran:

- a) La recolección de datos debe obedecer a propósitos generales y a usos específicos socialmente aceptables.
- b) Los datos deben ser recolectados por medios lícitos.
- c) La circunstancia de contar con datos de la persona, debe ser informada al sujeto a quien pertenecen los datos recolectados.
- d) Los datos deben ser recolectados con el expreso conocimiento del sujeto
- e) Los datos recolectados deben ser exactos, completos y actuales por ello, pesa sobre el recolector la obligación de actualizar, rectificar y cancelar la información cuando corresponda.
- f) La finalidad para la recolección de la información debe ser expresamente declarada por el recolector, no pudiendo ser modificada posteriormente.
- g) El sujeto titular de los datos debe dar su expreso consentimiento para que aquellos sean transmitidos a terceros.
- h) El gestor del banco de datos tiene la obligación de tomar las medidas de seguridad pertinentes para la preservación del banco de datos.
- i) Se debe de garantizar el derecho de acceso a los datos del sujeto.¹²⁴

Por último, la experiencia internacional en materia del establecimiento de mecanismos para la protección de los datos personales no ha sido uniforme, sin embargo, pueden ser sistematizados de la siguiente manera:

¹²³ J.M. Acuña, *op.cit.*, nota 121, pp. 25 y 26.

¹²⁴ *Ibid*, pp.21 y 22.

- Derecho de acceso. El sujeto tiene derecho a saber qué información consta sobre él en un banco de datos.
- Derecho a la actualización. El sujeto tiene derecho a que los datos que consten sobre él estén actualizados.
- Derecho a la rectificación. El sujeto tiene derecho a que la información que conste sobre él en un banco de datos sea fiel y veraz.
- Derecho a la confidencialidad. El sujeto tiene derecho a que la información que haya proporcionado permanezca oculta para terceros.
- Derecho de exclusión. El sujeto tiene derecho a cancelar la información sensible que sobre él aparezca en una cierta base de datos.¹²⁵

Me parece que todos estas directrices deben ser tomadas en cuenta por el legislador a la hora de proteger dicha información, ya que si bien en un principio no parece lógico establecer el secreto sobre algunos datos que resultan ser evidentes como la raza, el color, el culto religiosos o la simpatía política, que generalmente son practicados en actos públicos; u otros que pueden permanecer en secreto o volverse públicos de acuerdo con la voluntad del sujeto, como lo pueden ser la preferencia sexual o su estado de salud, lo cierto es que además de la privacidad a la que todo individuo tiene derecho, estos datos sensibles conforman las razones que han motivado a lo largo del tiempo actos de discriminación y persecución.¹²⁶

Continuando con lo establecido en esta fracción constitucional, me parece necesario precisar que la diferencia sustancial entre la información confidencial y la información reservada es la temporalidad. Mientras la información confidencial no tiene un término para acceder a ella, salvo por los titulares de la misma que pueden

¹²⁵ *Ibid*, pp.31 y 32.

¹²⁶ *Ibid*, p. 26.

disponer en todo momento; la información reservada será protegida durante el tiempo que subsistan las causas de interés público por las cuales no pueda divulgarse, lo que tiene que ver con las características de la información.

La información confidencial tiene el rasgo de pertenecer al ámbito privado de la persona o personas a las que se refiere, es decir, si bien por las funciones atribuidas a cada uno de los órganos del Estado, éstos pudieran acceder y posesionarse de la información confidencial, ésta no dejará de pertenecer al titular de la misma; por lo tanto, no formará parte de la comunidad en su conjunto ni será del conocimiento de toda la sociedad.

La vida privada constituye así ese marco referencial de actividad humana que no puede ser divulgada independientemente de la veracidad o falsedad de la información, la cual no constituye parte del dominio público. La información susceptible a este ámbito no puede ser considerada accesible a todos por su carencia de trascendencia, justamente, pública.¹²⁷

Cabe enfatizar que si bien la vida privada y la protección de los datos personales son un derecho fundamental garantizado por el Estado, esto no significa que sean derechos ilimitados o carezcan de excepciones en un determinado momento. Aquí vale la pena destacar la existencia de algunos datos personales de servidores públicos que, por su naturaleza, no encuadran en el supuesto de información confidencial, por ejemplo el salario que recibe por su función pública. Dentro de estas excepciones a la confidencialidad se encuentra la relacionada con aspectos

¹²⁷ G. A. Tenorio Cueto, *op. cit.*, nota 23, p. 67.

patrimoniales de particulares contratados por los órganos del Estado. En este caso, si un órgano estatal contrata a una persona, el monto de su honorario tiene una naturaleza pública, por lo tanto no podría considerarse dentro de los supuestos de confidencialidad.

Se ha señalado, además de las excepciones antes mencionadas, que existen supuestos donde debe aplicarse la prueba de interés público. Es decir, que la información confidencial debe darse a conocer cuando se compruebe, a juicio del órgano garante, que existen razones de interés público por las cuales es necesaria su divulgación. Las razones de interés público se oponen a las razones de interés privado o de interés particular. En este sentido se han manifestado en cuanto a que en el desahogo de esta prueba, *“deberá respetarse la garantía de audiencia de los titulares de la información confidencial y realizarse una valoración objetiva, cuantitativa y cualitativa, de los intereses en conflicto que permita razonablemente asegurar que los beneficios sociales de divulgar la información serán mayores a los costos”*.¹²⁸ En conclusión, las causas deberán suponer una afectación real y objetiva que vaya más allá de las personas involucradas y se conecten con intereses colectivos o universales.

¹²⁸ Véase el artículo 507 del Código de buenas prácticas y alternativas para el diseño del leyes de transparencia y acceso a la información, <http://www.ifai.org.mx/publicaciones/publicaciones>. El Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública es una propuesta que, producto de un ejercicio de consulta y consenso, expone en un formato propio de un instrumento legislativo, las mejores prácticas en materia de acceso a la información y protección de datos personales, así como alternativas concretas para el diseño de las leyes de acceso a la información pública en México, todo ello de manera congruente con los principios y bases que contiene el texto reformado del artículo 6° constitucional.

La fracción III del artículo 6° constitucional consagra una cuestión de suma importancia al indicar que no es necesario acreditar interés alguno o justificar la utilización que se le dará a la información pública.

- III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.¹²⁹

Es decir, el derecho de acceso a la información es de todos, no sólo de los mexicanos; es de cualquier persona que tenga un medio para solicitarla. La autoridad tiene la obligación en cualquier nivel de transparentar su actuación, sin la necesidad de evaluar si la solicitud es razonable o no, sin pedir al particular explicación alguna del uso y por qué de ésta. Ernesto Villanueva es tajante al afirmar que:

Es claro que el derecho de acceso a la información pública en tanto derecho fundamental corresponde a todas las personas con independencia de las labores que desempeñen en la sociedad [...] por la simple y sencilla razón de que se trata de información pública, y si se debe demostrar un interés legal dejaría precisamente de ostentar la característica de “pública”.¹³⁰

¹²⁹ Dentro de los estándares de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, se establece en el número 1 que el ejercicio del derecho de acceso a la información cuenta con una legitimación activa a cualquier persona, es decir, no tiene que acreditar un interés directo o afectación personal para su obtención, independientemente, por ejemplo, de su calidad migratoria. Relatoría Especial *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 32 y 33.

¹³⁰ Villanueva, Ernesto, *Tendencias...*, *op. cit.*, nota 114, p. 27.

Otra cuestión que abarca esta fracción es la gratuidad del acceso a la información, así como a los datos personales y la corrección de éstos. Cabe aclarar que la gratuidad en este caso se refiere, tal y como dice el texto: “al acceso”. Es decir el particular no tendrá que pagar remuneración alguna por solicitar o consultar la información. En otras palabras, ninguna persona pagará dinero alguno por hacer el trámite, a menos que genere un gasto para el Estado, como pudiera ser un disco compacto, por el cual deberá pagar el costo del material. En consecuencia, el gasto dependerá del medio en que se reproduzca la información.

Para finalizar los comentarios sobre esta fracción, es importante resaltar lo señalado respecto a la no necesidad de acreditar interés alguno. Este principio aplica sólo para la solicitud de información, no para el acceso y corrección de los datos personales. Esto es obvio, ya que la única persona facultada para acceder a sus datos personales, o solicitar su corrección, es el titular de los mismos, o en su caso, su representante. Por lo tanto, se requiere su acreditación como el titular de la misma.¹³¹

La fracción IV del segundo párrafo del artículo 6° constitucional incorpora el mandato para establecer mecanismos de acceso a la información y de procedimientos de revisión expeditos, así como la creación de órganos u organismos especializados e imparciales para atender y proteger este derecho, que cuenten con una autonomía operativa, de gestión y de decisión.

¹³¹ Carbonell, Miguel, *La reforma... op. cit.*, nota 113, p. 12.

- IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

Este mandato es necesario para garantizar el derecho fundamental del acceso a la información pública. En una primera instancia señala que las leyes deben establecer plazos razonables para que los particulares reciban respuesta a sus solicitudes, así como implementar, dentro de su estructura orgánica, las áreas para atender las solicitudes de los particulares.

Después ordena que se establezcan procedimientos de revisión expeditos. Esto es que las leyes deberán prever medios de defensa, rápidos y eficaces, a través de los cuales las personas interesadas puedan impugnar la resolución dada por la institución correspondiente. En este sentido la interpretación al artículo 17, párrafo segundo constitucional, establece que: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla...” Carbonell afirma:

[...] en materia de acceso a la justicia se acepta que ese derecho no se satisface por el mero hecho de que algún recurso jurisdiccional esté previsto en la legislación del Estado, si no que ese recurso debe ser efectivo en orden a la protección de los derechos (lo mismo podría decirse de los procedimientos de revisión, en materia de derecho de acceso a la información). El mandato de que los procedimientos de revisión sean expeditos puede, en vista de lo que se acaba de decir, equipararse a lo que se conoce como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, el derecho a que los órganos de revisión competentes resuelvan los asuntos que se les planteen dentro de los plazos que establezca

la ley. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es el reflejo constitucional de la conocida máxima según la cual "justicia retardada no es justicia."¹³²

La instauración de este medio de defensa tiene como objetivo la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión. No basta con que estén constituidos en la ley, sino que los mismos deben tener efectividad para amparar el derecho que se puede estar violando.

La existencia de este medio de defensa constituye uno de los pilares básicos de todo Estado de derecho. De poco sirve tener un derecho plasmado en nuestra Constitución si no hay un recurso con qué hacerlo valer. Un recurso que tarda dos años en resolver si hace pública o no una información no sirve. Es claro que la idea central del constituyente fue ordenar que las leyes de *Transparencia* contemplen un medio de defensa rápido, sencillo y efectivo que les ampare ante actuaciones estatales que aleguen como violatorias de su derecho de acceso a la información.

Una vez que tenemos el recurso de revisión expedito se necesita un órgano u organismo imparcial autónomo que lo resuelva. Es decir, la institución que velará para que la *Transparencia* sea una realidad en el Estado mexicano. "La creación de estos organismos independientes es fundamental para el buen funcionamiento y cumplimiento del derecho de acceso. Sin dicha independencia o autonomía sería

¹³² *Ibid.*, p. 13.

impensable que no hubiera la tentación por parte de los sujetos obligados de incorporar presiones de cualquier tipo para no entregar información”.¹³³ Con esto, los órganos garantes no tendrán porque someterse a ningún tipo de presión o compromiso para resolver las impugnaciones de los particulares, respecto a las respuestas de sus solicitudes.

El papel de esos órganos u organismos consiste en garantizar el cumplimiento del derecho de la *Transparencia* de los poderes públicos, en educar y capacitar a los gobernados para que ejerzan con cabalidad este derecho, así como de examinar las fortalezas y debilidades que pudieran presentar las leyes respectivas. De ahí la importancia de la autonomía en todos los sentidos, no sólo la institucional, sino la política que es fundamental, ya que de otra manera no podrán estar del lado de la ciudadanía.

La fracción V del precepto constitucional que se está comentando señala:

- V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.¹³⁴

¹³³ Tenorio Cueto, Guillermo. A. *op. cit.*, nota 23, p. 70.

¹³⁴ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión estima que el principio de máxima publicidad establecido en el estándar número 5, también implica el deber básico de registro, recolección y difusión de oficio de información por parte del Estado. Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 32 y 33.

Esta fracción hace alusión a dos cuestiones. La primera es que “los sujetos obligados deberán de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados”. Este mandato constitucional es necesario para implementar una verdadera política de *Transparencia*. Los archivos son la materia clave de la *Transparencia*, es ante todo la parte histórica de un aparato de gobierno.

En la actualidad, son pocas las organizaciones que cuentan con archivos ordenados y catalogados que den fe de las actividades realizadas. Esto constituye una arbitrariedad y discrecionalidad por parte de los sujetos obligados a dar cumplimiento al acceso a la información. El constituyente estableció la obligación, no sólo de contar con archivos actualizados y confiables sino que, más allá de eso, conlleva la obligación de que los sujetos obligados documenten sus actividades y mantengan esta información de manera tal, que permita su utilización y consulta de manera rápida.

Muchas veces nos encontramos con solicitudes de acceso a la información en las cuales el sujeto obligado declara la inexistencia de la información, incluso cuando dentro de sus funciones legales, se encuentre el de haber operado con dicha documentación. Sin embargo, ya sea por dolo, obstáculos burocráticos o falta de clasificación y catalogación de su contenido, no es posible encontrar la información solicitada dentro del cúmulo de información que se tiene dentro de sus archivos. Por lo tanto, la inadecuada organización y la falta de ordenación es la mejor manera de esconder un documento, lo cual no permitirá evaluar el actuar de dicho poder público si no existen los expedientes que den cuenta de los asuntos correspondientes.

¿Cómo se podrá evaluar la calidad del trabajo de dicha organización? Para cumplir con este precepto, el legislador deberá establecer los criterios necesarios para que las instituciones conserven de manera sistémica los documentos necesarios en sus archivos, la forma de actualizarlos, el periodo de su conservación, así como cualquier otro criterio de gestión administrativa que conlleve un buen manejo del archivo.

La segunda cuestión de esta fracción hace alusión a que se “publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”.

Debemos señalar que al instaurarse en la Constitución la obligación para los sujetos obligados de publicar de manera permanente cierta información a través de los medios electrónicos disponibles, genera un avance importante para la *Transparencia*. Con este aspecto, se da “un contenido ‘activo’ a la obligación que tiene el Estado de informar”¹³⁵ Es decir, el Estado no sólo debe deliberar en público o responder a las solicitudes de información que le requieran los particulares, sino que de manera actualizada y permanente, deberá poner a disposición de la ciudadanía, por medios electrónicos, la información que demuestre la manera en que cumplen con sus funciones sustantivas, así como la forma en que emplea los recursos públicos.

¹³⁵ López Ayllón, Sergio, *El acceso a la información... op. cit.*, nota 117, p. 33.

Esta información que de oficio debe hacerse pública, cumple con el objetivo de que la ciudadanía conozca de manera constante la forma en que se implementan los programas de gobierno en una organización pública, detallando sus avances de forma ordinaria, sus modos de cumplimiento y su forma de afrontar sus contingencias; todo esto, en relación con los planes de desarrollo: federales, estatales o municipales.

Asimismo, y ligado a esos indicadores de gestión, se encuentra la obligación de publicar el ejercicio de los recursos públicos. “Los indicadores de gestión deben ir aunados al ejercicio del gasto público. Pero en sentido inverso, también podemos afirmar que el ejercicio del gasto deberá proyectarse en la satisfacción y cumplimiento de los indicadores”.¹³⁶ Esto quiere decir, que las entidades públicas deben detallar de manera clara cómo se ejerce el presupuesto asignado: el monto de lo gastado, cómo y dónde se gastó, el monto disponible, la relación de esos gastos con los rubros de los programas, los resultados de auditorías y acciones de revisión, y en general la relación de los recursos ejercidos con los presupuestados y autorizados. Es preciso señalar que el reto para las entidades públicas es hacer pública esta información de manera simple y comprensible para los ciudadanos comunes, no difundirla para un solo sector especializado o técnico que pudiera comprenderla.

La fracción VI del artículo 6° constitucional, indica que:

¹³⁶ Carbonell, Miguel, *La reforma... op. cit.*, nota 113, p. 16.

- VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

Si bien tiene similitud con la fracción que le antecede, no podría decir que se refiere a lo mismo. En la anterior se establece la obligación de divulgar el ejercicio de los recursos públicos pero en un sentido de gestión administrativa, es decir eficacia, eficiencia y legalidad en el ejercicio de los mismos; sin embargo, esta fracción se refiere a la relación entre el Estado y los particulares.

Esta aportación deriva de la intención de romper con el manejo discrecional de la entrega de recursos públicos por parte de las autoridades a los particulares, sin que se supieran los motivos o el criterio de selección para otorgarlos, promoviendo la responsabilidad y honestidad en el ejercicio de la autoridad pública. Como bien lo señala Carbonell: “Es importante comprender que cuando la Constitución se refiere a “recursos públicos” no se está limitando a los recursos económicos, sino pueden ser de otro tipo”.¹³⁷

La información respecto a los recursos públicos que se entregan a particulares se da en múltiples variantes: la donación de un inmueble, el otorgamiento de una beca o programas de subsidio, la concesión de un servicio público, un contrato de obra pública o el pago salarial a un servidor público. Esto significa que los sujetos obligados deben hacer pública toda la información referente a sus relaciones que impliquen

¹³⁷ *Ibid.*, p. 17.

erogación de recursos públicos (de todo tipo) a cualquier particular, independientemente de la figura jurídica de que se trate.

Por lo tanto, el tipo de información que debe publicarse va desde los sueldos de los servidores públicos, los gastos de viáticos de servidores públicos, las concesiones, licencias o autorizaciones; los contratos de servicios, arrendamientos, adquisiciones y obras públicas; los beneficiarios de programas sociales, donaciones o subsidios, hasta las condonaciones de multas e impuestos, por citar algunos. Esta información debe contener como mínimo, el nombre del particular beneficiado, el monto erogado y el instrumento jurídico con el cual se establece la relación, acompañado de su debida fundamentación o motivación.

La última fracción de este artículo señala que:

- VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.¹³⁸

¹³⁸ La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha establecido por lo que respecta a su estándar número 8 que, para lograr modificar las prácticas estatales en la materia se debe adoptar como medida indispensable de lucha contra el secretismo, el silencio y la arbitrariedad, programas de capacitación a los órganos y autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de información. Relatoría Especial, *Estudio Especial...*, *op. cit.* nota 97, p. 44.

Esta disposición contiene un doble mandato para el legislador. Por un lado, establece las conductas que deben cumplir los servidores públicos en materia de *Transparencia* y protección de datos personales; por otro, establece las sanciones que corresponden por no aplicar dichas conductas. Sobre este aspecto, el legislador tiene por un lado, la posibilidad de establecer un catálogo de sanciones en las propias leyes de *Transparencia*, o por otro, que se remita a las correspondientes leyes de responsabilidades de los servidores públicos. En virtud de que lo óptimo debería ser que el derecho vigente pueda ser captado por la población mediante su pleno entendimiento, es decir, cuando el particular observe la ley, entienda de inmediato cuál es el sentido y el significado de lo que se está prescribiendo, lo mejor sería que en el mismo texto de la ley se establezca el catálogo de sanciones que serán impuestas a los sujetos obligados que no cumplan con las obligaciones en materia de *Transparencia*. “Desde el punto de vista de la técnica legislativa, lo correcto es contar con una regulación lo más comprensiva posible dentro de un único cuerpo legislativo, evitando en consecuencia las remisiones a otras fuentes de derecho”.¹³⁹

En la implementación de lo anterior, el legislador “debe considerar los principios contenidos, de forma expresa o implícita, en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, es decir, los principios de: a) reserva de ley; b) taxatividad; c) proporcionalidad; y d) prohibición de analogía”.¹⁴⁰

¹³⁹ Carbonell, Miguel, *La reforma... op. cit.*, nota 113, p. 18.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 20.

Ahora bien, este mandato plantea el problema de quien debe aplicar las sanciones. En este sentido existen dos posturas: la primera es que el órgano garante tenga la facultad de imponer las sanciones, ya que esto lo ven como requisito indispensable para poder cumplir con sus funciones. La segunda es que únicamente tengan la facultad de hacer denuncias a las autoridades competentes, es decir a las contralorías internas, el argumento a favor de esta postura es respecto a las dificultades técnicas y jurídicas que supone la imposición de sanciones por parte de los órganos garantes.

Además del argumento a favor de esta última propuesta, comparto lo señalado por López Ayllón:

[...] pone a los órganos garantes en una situación de conflicto potencial con los sujetos obligados, condición que afecta necesariamente a otra de sus funciones, que es la de conducir y facilitar su proceso de cambio organizacional y cultural para cumplir con los propósitos del derecho de acceso a la información. Finalmente, la aplicación de sanciones tiene innegables connotaciones políticas que podrían dificultar innecesariamente la operación de estos órganos. Por ello, considerados los riesgos, nos parece que los órganos garantes deben tener únicamente la capacidad de interponer denuncias en la materia y, en su caso, hacer pública esta situación.¹⁴¹

Sin embargo, es aceptable la idea de que los órganos garantes hagan públicas las denuncias por violaciones a las disposiciones en materia de *Transparencia*, así como las observaciones que se hagan a los sujetos obligados por incumplimiento de éstas, un estilo de *ombudsman* para exponer públicamente a los infractores.

¹⁴¹ López Ayllón, Sergio, *El acceso a la información... op. cit.*, nota 117, p. 60.

El Decreto por el que se adicionó este segundo párrafo al artículo 6° constitucional entró en vigor, de conformidad con su artículo Primero Transitorio, al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, es decir, el 21 de julio de 2007.

Por otra parte, el artículo Segundo Transitorio, estableció un año, a partir de la entrada en vigor del Decreto, para que la Federación, las Entidades federativas y el Distrito Federal expidieran o modificaran sus respectivas leyes en materia de acceso a la información pública, en concordancia con lo establecido en la propia Constitución.

Es importante mencionar que, lamentablemente, la fecha establecida en este artículo Segundo Transitorio venció el 21 de julio de 2008, y al día de hoy, dos años después, aún no ha sido reformada para su adecuación la Ley federal de la materia.

Por último, el artículo Tercero Transitorio, estableció que a más tardar en dos años a partir de la entrada en vigor del mismo, la Federación, los Estados y el Distrito Federal deberían de contar con sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda hacer uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y de los procedimientos de revisión a los que se refiere el propio Decreto. Igualmente, señaló que las leyes locales deberían de establecer lo indispensable para que los municipios con población mayor a setenta mil habitantes y las demarcaciones del Distrito Federal contaran en el mismo plazo con los sistemas electrónicos respectivos.

Como ya lo he señalado, para garantizar el derecho de acceso a la información pública, es necesario que exista un procedimiento simple, rápido y no oneroso. En este sentido, me parece que el poder realizar las solicitudes de información, y poder acceder a la documentación solicitada por medios electrónicos como el Internet, en palabras del Dr. Carbonell, “es una de las claves para el éxito del derecho fundamental de acceso a la información.”¹⁴²

Sin embargo, no debe pasar desapercibido lo establecido en los últimos renglones del este artículo Tercero Transitorio. El artículo menciona que las legislaturas locales deberán de establecer en las leyes locales, lo necesario para que los municipios con población mayor a setenta mil habitantes cuenten con estos sistemas electrónicos. En este punto me parece que el Constituyente, conociendo la situación real del país, quiso imponer la obligación únicamente a los municipios con cierto número de habitantes, en virtud de su capacidad de llevar a cabo dicho mandato. Sin embargo, como señala la fracción I, del párrafo segundo adicionado al artículo 6º constitucional, la obligación de garantizar este derecho abarca a todos los órganos y autoridades del Estado mexicano, en los cuales también se encuentran incluidos los municipios con menor número de habitantes que los señalados en el propio artículo.

¹⁴² Carbonell, Miguel, *La reforma... op. cit.*, nota 113, p. 20.

En este último punto, me parece que las legislaturas locales deben de establecer medidas para que aquellos municipios que no cuenten con ese número de habitantes no incurran en incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Constitución así como en sus propias leyes locales. Una opción pudiera ser estipular el principio de subsidiariedad por parte del órgano garante, esto es, que los municipios incapacitados para cumplir con la divulgación de la información pública de oficio, lo realicen por medio de la página de Internet del órgano garante, aclarando que esto no le suprimiría al municipio la obligación de contar con dicha información en forma física para su consulta.

Lo anterior se hace necesario, ya que debido al débil federalismo que impera en nuestro país, el cual ha conducido a una enorme desigualdad entre los municipios no solo de todo el país, sino entre los de un mismo Estado, y que se traduce dentro de los gobiernos municipales en una deficiente captación, manejo y distribución de recursos públicos, escasa profesionalización de los servidores públicos, poca infraestructura tecnológica, deficiente e insuficiente reglamentación municipal, y por consiguiente, en una ausencia de medios para la adecuación y prestación de servicios públicos, y toda vez que la Constitución contiene la obligación para los municipios de publicar por medios electrónicos cierta información de oficio, la realidad es que no todos tendrán las condiciones para cumplirlas a corto o largo plazo, en particular aquellos con una población menor a 70,000 habitantes.

El avance legal ha sido sin duda importante. El correcto establecimiento de los derechos fundamentales, su buena redacción y sistematización dentro de la Constitución, pueden constituir un paso importante para el desarrollo y tutela de los mismos, pero servirá de muy poco si junto a ellos, no se establece un sistema igualmente eficaz y correcto de garantías. La constitucionalización del derecho de acceso a la información, estableció la manera de proteger ese derecho por el Estado mexicano.

Sin embargo, el reto de los derechos fundamentales no se encuentra en su establecimiento sino en los modos que pueda ser garantizado, me parece que constitucionalmente éste ya lo está. Ahora es el turno del legislador acatar, de la mejor manera, los principios constitucionales para preservar, promover y tutelar este derecho fundamental.

CONCLUSIONES

La *Transparencia* de los actos políticos y de gobierno aparece como antagonista de la teoría de mantener ocultos los secretos del Estado, los *Arcana*. Esa práctica de los gobiernos que comienza con la razón de Estado visualizada en el Estado absolutista en la que se considera al Estado y a la política como una técnica de afirmación y ampliación del poder, y en la cual la ocultación de la información del Estado es fundamental tanto para eficientar el poder, como para controlar a los súbditos de cualquier manifestación que pudiera amenazar los objetivos del propio Estado.

Contra eso, el postulado de la *Transparencia* aparece en el Estado liberal como enemigo específico de la idea de que en toda política debe haber un conjunto de *Arcanas*, de secretos concernientes a la política, y que resultan tan necesarios para el absolutismo. En el Estado liberal, que se distingue por la transformación de la imagen del Estado y en las relaciones entre el soberano y los súbditos, donde se comienza a teorizar respecto a la aparición del Estado como representante y protector de derechos propios de ciudadanos, y no de súbditos, la eliminación de la política secreta resulta el remedio contra toda corrupción, y la *Transparencia* se convierte en un órgano de control eficaz.

Así, la *Transparencia* abre las vías para investigar, conocer y denunciar los delitos de corrupción que de otra manera, no serían puestos al descubierto. La *Transparencia* incrementa la confianza en el gobierno y los representantes populares y por ende, la legitimidad. Esto proviene del simple hecho de que los actos políticos y

gubernamentales abiertos, incluyentes y transparentes cierran la puerta a la discrecionalidad y a las decisiones autoritarias.

Pero la *Transparencia* no sólo era vista desde aquella época como herramienta de control hacía el poder político, sino como ya lo visualizaba Jeremy Bentham, la *Transparencia* tiene una utilidad para lograr diversos objetivos.

La *Transparencia* es un prerequisite de la democracia participativa. El acceso a la información es una instancia necesaria para la participación ciudadana y la protección de los derechos civiles, dado que sin información adecuada, oportuna y veraz, la sociedad difícilmente se encuentra en condiciones óptimas para participar en la toma de decisiones públicas. Por lo tanto, un aspecto clave para la gobernabilidad es que las decisiones y operaciones gubernamentales y políticas deben ser hechas en forma abierta y pública, así como con la activa participación de los grupos que son afectados por ellas.

Igualmente la *Transparencia* es una condición para el debate público, sin ésta no se ofrece la posibilidad de incorporar las preferencias de los grupos sociales afectados ni la oportunidad de mejorar las decisiones de las autoridades políticas y administrativas al someterlas al escrutinio y discusión de diversos actores sociales.

Finalmente la *Transparencia* al ser un mecanismo indispensable de cualquier sistema moderno de rendición de cuentas, aumentan la capacidad que tiene la sociedad de evaluar el desempeño de sus gobernantes y, por lo tanto, de exigirles cuentas claras sobre su actuar, ya que al contar con información fidedigna, oportuna y

comprensible sobre los objetivos, metas y resultados logrados, podrán saber con precisión cuál es el desempeño de la persona y partido en el poder.

Visto lo anterior, se puede asegurar que con la *Transparencia* se contribuye a una mejor gestión pública al tener en cuenta las expresiones de la sociedad afectada en la toma de decisiones; igualmente, permite combatir la corrupción al darse a conocer a la luz pública la forma y usos con los cuales se dan las acciones de los poderes públicos, y por último, es un mecanismo idóneo de rendición de cuentas con el que cuenta el ciudadano para compensar o castigar, a través del voto, a su representante o partido político por su desempeño.

De esta manera la *Transparencia* es un componente fundamental de cualquier modelo de Estado que aspire a ser plenamente democrático. La *Transparencia* constituye un elemento esencial para la consolidación de una democracia fuerte, no sólo porque es un derecho en sí mismo, sino que es un “derecho para”, es un derecho que te permite potenciar una ciudadanía y al mismo tiempo, abre la puerta para una efectiva rendición de cuentas.

La *Transparencia* resulta fundamental para ejercer la libertad de la ciudadanía de elegir libremente a sus representantes, y en su momento, supervisar, evaluarlo y castigarlo su desempeño al momento de reelegir sus gobiernos.

El ámbito de la política democrática no debe estar sujeto a la confidencialidad o reserva sino debe estar abierto al escrutinio público. La información a disposición de los ciudadanos debe ser aquella que permita evaluar en el desempeño a los

representantes del ciudadano, que pueda proteger aquellos bienes básicos indispensables para desarrollar la vida de cualquier ser humano.

Sin embargo, no basta que se informe en dónde se aplican los recursos públicos y qué cantidad se destina a determinado rubro, sino que se informe detalladamente el motivo o razón del porqué precisamente en ese sentido se aplican dichos recursos, demostrando y haciendo público que los razonamientos político-administrativos se orientan a la verdadera satisfacción de intereses colectivos; que se nos diga la razón por la que una iniciativa se dictaminó y otras no, es decir, que se nos argumente de manera que puedan demostrar que han actuado en bienestar de sus representados, que se nos informe la manera en que se busca alcanzar la igualdad de oportunidades, la razón de determinados programas sociales, los argumentos de la implementación de este programa y no de otro, en fin, toda la información necesaria para ejercer las libertades y la ciudadanía de cualquier individuo.

No es suficiente con que algo sea producto de las autoridades públicas para que automáticamente se considere “Bien Común”. El sector público satisfará los intereses generales si previamente ha existido un proceso de elaboración estratégica racional, y que ha sido construido dentro de los límites positivos y negativos del derecho y encaminado de un modo constatable hacía el logro de los principios de libertad, pluralismo, igualdad, justicia, y la búsqueda del bienestar colectivo.

No alcanza con que sea una motivación rutinaria, no debe actuarse de una determinada manera por inercia administrativa y señalar una razón obsoleta, sino debe informarse de manera clara y detallada las razones por las que el sector público hace

lo que hace. De esa manera, la ciudadanía podrá reprochar la acción pública, controlarla, o en el mejor de los casos consentirla, pero para que esto sea posible, es necesario conocer el razonamiento de los actos y uso de los recursos.

El mandato de accesibilidad se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino al acceso al procedimiento que precedió la promulgación o dictado de esas medidas. Sin procedimientos públicos es fácil presionar a la autoridad, además que se favorece a que asuntos fundamentales que transcurren durante el procedimiento y que pueden tener incidencia en el resultado queden sin conocerse ni dimensionarse debidamente. La *Transparencia* en el procedimiento ilustra sobre motivos, razones, pruebas y variadas circunstancias que suelen ser decisivas en el resultado. Por eso, todos los procedimientos políticos y de gobierno deberían ser transparentes, sobre todo cuando se trata de asuntos públicos, servidores públicos y recursos públicos que no tendrían razón de ser reservados al ser temas de interés general.

La deliberación de los asuntos públicos es un elemento de la democracia avanzada, la democracia deliberativa implica un marco de condiciones sociales e institucionales que facilita la discusión libre entre los ciudadanos iguales y provee condiciones favorables para la participación, asociación y la expresión.

Pero hay que dejar claro que la *Transparencia* no es una concesión generosa de los gobernantes en turno. Es un derecho, y no uno cualquiera, es un derecho fundamental, así como lo estipula nuestro artículo sexto constitucional que establece, con absoluta precisión, que toda la información del Estado es, en principio, pública, y

solo excepcionalmente, en caso de interés público, podrá ser alejada del escrutinio general por el tiempo indispensable para proteger ese interés superior.

Los ciudadanos debemos de evitar que la *Transparencia* sea implementada como una política pública al arbitrio del gobierno en turno, sino que sea orientada con base en el mandato del precepto constitucional. Debemos evitar que se realicen leyes de la materia sin que cumplan con los principios establecidos en nuestra Constitución, evitar que la *Transparencia* sea únicamente una palabra de moda en el discurso de los políticos, sino una de sus principales funciones al momento de llegar al poder.

Por su parte, los servidores públicos no deben rechazar el tema de la *Transparencia*. Lo ven como algo incomodo en su operación diaria, perdiendo de vista que lo que está detrás de la obligación de informar no es poca cosa, es un derecho fundamental de los ciudadanos que les permite ejercer su ciudadanía democrática de manera adecuada.

Por último, el Estado mexicano debe tener en cuenta que el tema de la *Transparencia* no debe estar solamente vinculado con el uso del dinero público, sino con la misma democracia, con sus decisiones y con el papel que desempeña cualquier instancia de poder político en el Estado.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

A. LIBROS:

- ARAUJO CARRANZA, Ernesto, *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*, México, Porrúa, 2009.
- BENTHAM, Jeremias, *Táctica de las Asambleas Legislativas*, Paris, en la imprenta de J. Smith, 1824.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3a. ed., trad. de José F. Fernández Santillana, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- _____, *ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillana, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución pendiente: Agenda mínima de reformas constitucionales* 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- _____, “La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general”, en Carbonell, Miguel (coord), *Hacia una democracia de contenidos: La reforma constitucional en materia de transparencia*, México, UNAM-IFAI-INFODF, 2007.
- _____, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “Bobbio y la edad de los derechos”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (Coords.), *Política y Derecho, [Re] pensar a Bobbio*, México, UNAM, 2005.

- COURTIS, Christian, *El mundo prometido Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, Serie Estudios Jurídicos núm. 95, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FOX, Jonathan, “*Transparencia y Rendición de cuentas*”, en Ackerman, John M. (coord) *Más allá del acceso a la información: Transparencia, Rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, SIGLO XXI, 2008.
- GUERRERO GUTIÉRREZ, Eduardo, *Para entender La transparencia*, México, NOSTRA Ediciones, 2008.
- HOBEES, Thomas, *Leviatán*, 6a. ed., México, Gernika, 2007.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1ª. ed., trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, Serie Estudios Jurídicos núm. 12, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 7a. ed., México, Gernika, 2008,
- MERINO, Mauricio, “*Transparencia como política pública*”, en Ackerman, John M. (coord) *Más allá del acceso a la información: Transparencia, Rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, SIGLO XXI, 2008.
- NAVA GOMAR, Salvador, LUNA PLA, Issa, VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho de acceso a la información pública parlamentaria*, México, MAPORRUA y otros, 2006.

- NIETO CASTILLO, Santiago, “*Rendición de Cuentas y Transparencia como elementos para la persistencia democrática*”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel, Alejandro (coords.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz DERECHO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- ORNELAS NUÑEZ, Lina, “*Acceso a la información en el Poder Ejecutivo federal*”, en Concha Cantú, Hugo A.-López Ayllon, Sergio y Tacher Epelstein, Lucy (coords) *Transparentar al Estado; La experiencia mexicana de acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús y ORTIZ, Javier, “*La influencia del pensamiento jurídico de Norberto Bobbio*”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Política y Derecho, [Re] pensar a Bobbio*, México, UNAM, 2005.
- SARTORI, Giovanni, *La Democracia en 30 lecciones*, trad. de Alejandro Pradera, México, Taurus, 2009.
- TENORIO CUETO, Guillermo, A., *El derecho a la información: entre el espacio público y la libertad de expresión*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- VEGA VERA, David, “*Derecho a la información en México: la experiencia federal*”, en Villanueva, Ernesto, (coord.) *Derecho a la información: Culturas y sistemas Jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- VILLANUEVA, Ernesto, “*Derecho de acceso a la información pública estatal: Una aproximación al estado de la cuestión en México*”, en Concha Cantú, Hugo A.-López Ayllon, Sergio y Tacher Epelstein, Lucy (coords.) *Transparentar al Estado; La experiencia mexicana de acceso a la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

- _____, *El derecho de acceso a la información en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- _____, “*Tendencias en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública*”, en López- Ayllón, Sergio (coord.) *DEMOCRACIA, TRANSPARENCIA Y CONSTITUCIÓN Propuestas para un debate necesario*, México, UNAM-IFAI, 2006.

B. REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS:

- ACUÑA, Juan Manuel, “*La protección de datos personales y la autodeterminación*”, en ARS IURIS, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, México, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, núm. 33, marzo 2005.
- AGUILAR RIVERA, José Antonio, *Transparencia y Democracia: Claves para un concierto*, México, Cuadernos de transparencia, núm. 10, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2009.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6º de la Constitución Mexicana*, México, Cuadernos de transparencia núm. 17, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2009.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, Cuadernos de transparencia, núm. 4, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007.
- SHEDLER, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?* Cuadernos de transparencia, núm. 3, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2006.

C. RECURSOS ELECTRÓNICOS:

- AYLLON- MERINO “La rendición de cuentas en México: Perspectivas y Retos”
<http://www.rendiciondecuentas.cide.edu/>
- CANO BUESO, Juan, Información Parlamentaria y secretos oficiales, Universidad de Almería, Working Paper n. 133, Barcelona 1997,
http://www.icps.es/archivos/WorkingPapers/WP_I_133.pdf
- CASAR, María Amparo, MARVÁN, Ignacio y PUENTE, Khemvirg, *¿A quién rinde cuentas el Poder Legislativo?* <http://www.rendiciondecuentas.cide.edu/>
- CIFUENTES, Diana, Carolyn, “El papel de la Ciudadanía en la Democracia Deliberativa y su relación con la Opinión Pública”, Revista de Estudios Sociales, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, núm. 010, 2001,
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/815/81501009.pdf>.
- CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS y alternativas para el diseño del leyes de transparencia y acceso a la información,
<http://www.ifai.org.mx/publicacones/publicaciones>.
- CONVENIO NÚM. 18 DEL CONSEJO DE EUROPA, del 28 de enero de 1981,
http://www.ifai.org.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convênio108.pdf
- KUBLI- GARCIA, Fausto *El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2834/35.pdf>
- LÓPEZ Y LÓPEZ DE LIZAGA, José, Luis, *RAZÓN COMUNICATIVA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA*, Memoria para optar por el grado de Doctor, Facultad de Filosofía, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2008,
<http://eprints.ucm.es/8063/1/T30434.pdf>.

- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=2>
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Organización de los Estados Americanos, 2007. <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>
- Sentencia de 19 de septiembre de 2006 Corte Interamericana de derechos humanos caso Claude Reyes y otros vs. Chile, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=245>
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Corrupción y Estado democrático de derecho*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1637/17.pdf>
- VILLANUEVA, Ernesto, *Apuntes sobre la publicidad del Estado y Transparencia*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2834/36.pdf>

D. NORMATIVIDAD:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- DECRETO por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002.
- Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de agosto de 2003.