

México D.F., a 17 de octubre de 2012

Senador Raúl Cervantes Andrade

Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales del Senado de la República

Senador Alejandro Encinas Rodríguez

Presidente de la Comisión de Estudios Legislativos, Segunda

Senador Pablo Escudero Morales

Presidente de la Comisión de Anticorrupción y Participación Ciudadana

Presente

Reconociendo que la tarea que enfrenta la Cámara de Senadores con relación a la reforma del marco constitucional en materia de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas es de la mayor trascendencia para la consolidación democrática nacional, las redes y organizaciones que suscribimos el presente documento, hemos realizado un minucioso análisis de las minutas presentadas ante esta soberanía, con el fin de contribuir al proceso legislativo. A continuación nos permitimos presentar una breve exposición de los puntos más importantes que consideramos deben ser atendidos por esta Cámara Legislativa.

1.- MODIFICACIONES A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ÓRGANO GARANTE A NIVEL FEDERAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Vemos con beneplácito que las iniciativas presentadas por el PAN, el PRD, y los grupos parlamentarios del PRI y el PVEM coinciden en la necesidad de dotar al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (IFAI) de plena autonomía constitucional. En tanto el IFAI es un órgano que atiende funciones primarias específicas y especializadas del Estado para el beneficio de la sociedad, debe contar con la fortaleza institucional suficiente para garantizar un derecho fundamental como el Derecho de Acceso a la Informaicón (DAI) frente a los poderes públicos y, por lo mismo, funcionar como un efectivo contrapeso ante los poderes del Estado.

2.- AUTORIDAD DEL IFAI SOBRE OTROS ÓRGANOS AUTÓNOMOS Y LOS TRES PODERES DE LA UNIÓN

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sostenido que los órganos constitucionales autónomos surgen bajo la idea de equilibrio constitucional basado en los controles de poder y que la creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes¹. Las iniciativas presentadas reconocen la necesidad de evitar la multiplicidad de criterios reguladores en los poderes de la Unión y órganos constitucionales autónomos.

Por esta razón, la propuesta introducida en las iniciativas presentadas de exceptuar a la SCJN de la autoridad del IFAI no encuentra justificación, en tanto el artículo sexto constitucional es claro al establecer que los procedimientos de acceso a la información y de revisión deberán establecerse ante órganos especializados y autónomos en materia de transparencia. La autonomía constitucional del órgano federal garante en materia de transparencia, implica que en el ámbito de su competencia, las decisiones que emite deberán obligar a todos los poderes, incluido el máximo tribunal del poder judicial.

3.- FACULTAD DEL IFAI PARA LA REVISIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS GARANTES LOCALES

Las iniciativas presentadas en la Cámara de Senadores conceden al IFAI, o en el caso de la iniciativa presentada por el PRD al *Consejo Federal para el Acceso a la Información y Protección de Datos*, la facultad para revisar las decisiones de los órganos garantes locales.

¹ Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/controv.htm>

Del análisis de las propuestas mencionadas, es posible advertir que dicha facultad de revisión del órgano federal emana precisamente de la aceptación tácita de actuaciones deficientes de los órganos garantes locales. Si bien coincidimos en términos generales con tal diagnóstico², consideramos que incluir dicha facultad de revisión, no sólo no resuelve la problemática de fondo, sino que se olvida de atender las causas fundamentales de tales deficiencias de los órganos garantes locales y en cambio, al dotarlo de esta facultad de revisión, existe un potencial peligro de colapsar el funcionamiento del órgano federal al darle de nuevas atribuciones.

Por lo tanto, en el siguiente punto exponemos los principales aspectos que consideramos deben ser contemplados para avanzar en el fortalecimiento de los órganos locales de protección del DAI y más adelante desarrollamos dos temas que también son fundamentales para el fortalecimiento de dichos órganos: la suficiencia presupuestaria para garantizar el cumplimiento de sus funciones y el procedimiento de nombramiento de las y los comisionados.

4.- FORTALECIMIENTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La experiencia en el ejercicio del DAI demuestra que no es suficiente la existencia de órganos garantes que aseguren los medios accesibles, eficaces y sencillos para la exigibilidad del DAI frente a las decisiones de las autoridades públicas y que sus resoluciones sean vinculantes para los entes públicos. Para ser poderosas garantías del DAI, la constitución debe otorgarles la capacidad de protegerlo efectivamente a través de mecanismos que hagan frente a los problemas de cultura política, inexistencia de capacidades ciudadanas y de controles institucionales y asegurar la rendición de cuentas sobre su desempeño en estas tareas prioritarias.

² Vale la pena mencionar que no fue posible encontrar estudios que contengan un análisis detallado de la actuación de los órganos garantes. Sin embargo, las organizaciones hemos identificado casos en donde los criterios utilizados por los órganos locales son más garantistas que los del órgano garante federal.

En otras palabras, los órganos garantes deben contar con las capacidades normativas, técnicas e institucionales de 1) promover la cultura de la transparencia entre la población de manera efectiva; 2) capacitar a los servidores públicos para que cumplan con sus obligaciones en materia de transparencia y acceso a la información y, 3) con base en ello, vigilar y evaluar que los sujetos obligados, efectivamente cumplan con estas obligaciones.

En la mayoría de los casos, los órganos garantes llevan a cabo una gran cantidad de actividades dirigidas al cumplimiento de estos objetivos sin ningún impacto. Por ello, resulta fundamental que se establezcan indicadores de desempeño sobre estas actividades específicas y mecanismos de rendición de cuentas de los órganos garantes.

5.- INTEGRACIÓN Y PROCESOS DE DESIGNACIÓN DE LAS Y LOS INTEGRANTES DEL CUERPO COLEGIADO DEL ÓRGANO GARANTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA A NIVEL FEDERAL

El proceso de nombramiento de las personas que conforman el cuerpo colegiado del órgano garante federal en materia de transparencia y acceso a la información es fundamental para garantizar la especialización e independencia política de este órgano frente a los poderes públicos. La iniciativa más débil para garantizar la independencia y legitimidad del órgano garante es la presentada por los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional y el Partido Verde Ecologista de México al conservar como facultad del poder ejecutivo el nombramiento de las y los comisionados del IFAI, limitando la acción del poder legislativo al mecanismo de la no objeción por parte del Senado.

El procedimiento de designación a través del voto de las dos terceras partes del total de los integrantes de la Cámara de Senadores, tomando en consideración la equidad de género en la integración del órgano de conducción favorece más la libertad de acción del órgano garante de transparencia y acceso a la información.

La participación activa del poder legislativo es fundamental para asegurar que las personas elegidas puedan actuar con autonomía de los intereses del poder, aunque no es suficiente garantía. La reforma debe prever mecanismos técnicos que aseguren el

perfil idóneo de las personas que conducirán el órgano de transparencia y que eviten la partidización de los nombramientos, que ha probado ser muy costosa en otros ámbitos, como el electoral. La iniciativa del Partido Acción Nacional presentada en la Cámara de Diputados introduce un elemento innovador que podría ser tomado en cuenta en esta Honorable Cámara de Senadores, que es la acreditación de especialización en la materia a través de una evaluación elaborada por un ente externo, que presente por orden descendente de calificación al poder legislativo para que ésta valide y nombre a las personas que integrarán el órgano de conducción del órgano garante. Por otra parte, mecanismos como la consulta y la auscultación pública serán fundamentales para asegurar que las personas más capacitadas resulten designadas para esta importante labor.

En el proceso de nombramiento consideramos también que se deben contar con etapas y plazos preestablecidos; la definición detallada del perfil deseado; la descripción del puesto; la integración y publicación del expediente de cada candidata o candidato; el establecimiento de instrumentos técnicos para evaluar y calificar a los aspirantes, dictámenes públicos de las decisiones intermedias y finalmente, garantizar el acceso público a todo el procedimiento³.

6.- DEFINITIVIDAD E INATACABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL IFAI

Uno de los principales logros para el fortalecimiento de las garantías del DAI en nuestro país ha sido precisamente el reconocimiento que ha hecho la SCJN de la definitividad de las resoluciones de los órganos garantes en materia de transparencia y acceso a la información para los sujetos obligados del marco normativo en la

³ Estas propuestas son desarrolladas ampliamente en: Artículo 19 y Fundar, *Construyendo Legitimidad y Confianza. Transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana en los nombramientos de titulares de órganos autónomos y de autonomía limitada*, México, 2009. <http://www.fundar.org.mx/mexico/wp-content/uploads/publicaciones/construyendo.pdf>

materia.⁴ En la resolución de la SCJN a la acción de inconstitucionalidad 56/2009, al revisar la constitucionalidad del Artículo 74 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Campeche, que disponía que las resoluciones emitidas por la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Campeche podrían ser recurridas ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Campeche, el Máximo Tribunal señala:

Para que el derecho de acceso a la información sea viable es fundamental que los procedimientos de acceso y revisión sean sencillos y expeditos. El artículo 6º de la Ley Fundamental establece, de manera inequívoca, la característica de expeditéz en el procedimiento, en virtud de que la información debe ser accesible con oportunidad. Se dota al gobernado de un mecanismo de acceso y de revisión de los actos de autoridad que le asegure, en su caso, la obtención oportuna de la información, sin obstáculos procedimentales que generen dilación o demora.

La SCJN sostiene que el hecho de que la legalidad de las resoluciones del órgano garante local sea revisada y revocable por el Poder Judicial Local, constituye una violación a los principios de autonomía decisoria y expedites, contenidos en la fracción IV del artículo sexto constitucional.

Es de primordial importancia que no se admitan regresiones en esta nueva etapa de configuración del entramado constitucional del DAI, bajo ninguna circunstancia. Por esta razón consideramos que la iniciativa presentada por los partidos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista que abren la posibilidad al Presidente de la Cámara de Diputados, el Presidente de la Cámara de Senadores y los presidentes de los órganos con autonomía constitucional, así como al Consejero Jurídico del Ejecutivo

⁴Acción de inconstitucionalidad 56/2009,
<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=111407&SeguimientoID=471>

Federal de interponer un recurso extraordinario ante la SCJN contra las resoluciones del IFAI que ordenen la publicidad de información que se considere pueda poner en riesgo la seguridad nacional, es regresiva en lo que refiere a la inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante federal y consideramos que no debe ser incorporada en la reforma constitucional.

7.- ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD

Para cumplir con el principio de máxima publicidad consagrado en el artículo sexto constitucional es necesario llevar a cabo un conjunto de reformas legislativas adicionales para modificar algunos marcos normativos que son contradictorios a dicho principio, puesto que consagran definiciones muy amplias de los secretos de Estado y/o reservan información *ex ante* que por su carácter debería ser pública. Entre otras, las leyes que deberían ser modificadas a través de la reforma constitucional son: el Código Fiscal de la Federación, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de instituciones de Crédito y la Ley Minera.

8.- PRESUPUESTO SUFICIENTE PARA GARANTIZAR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES

Dotar de plena autonomía constitucional a los órganos garantes del DAI es uno de los puntos más relevantes de las iniciativas de reforma presentadas por los grupos parlamentarios. Sin embargo, es indispensable garantizar que los órganos garantes de la transparencia también cuenten con los recursos suficientes para asegurar el cumplimiento de sus funciones, de lo contrario, la reforma constitucional los fortalece por la vía constitucional pero deja abierta la posibilidad de debilitarlos por la vía presupuestaria.

En este sentido, la iniciativa de reforma del grupo parlamentario del PAN incorpora la propuesta de “crear un Fondo Federal de Aportaciones para la Transparencia a través del cual se transfieran recursos a los órganos garantes en función del número de habitantes, la participación de la sociedad y la extensión territorial del estado. Dichos recursos sólo se podrían destinar a actividades de vigilancia, evaluación del

desempeño de los sujetos obligados, así como a la difusión y promoción del DAI y la cultura de la transparencia y de protección de datos personales”.

Consideramos que esta propuesta que ha sido puesta sobre la mesa por distintos actores políticos desde hace varios años, puede ayudar a asegurar que efectivamente los órganos garantes cuenten con los recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, es indispensable que en la ley reglamentaria se incluya un procedimiento claro de distribución de los recursos del fondo mencionado y que se establezcan controles específicos que garanticen la transparencia y la rendición de cuentas de éstos.

9.- OBLIGACIÓN DE GENERACIÓN DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

El artículo sexto constitucional contiene las bases y principios que rigen la protección del DAI en nuestro país, no obstante, dicho artículo no hace referencia alguna a la obligación de los sujetos obligados de generar la información que les corresponde de acuerdo con su mandato y sus atribuciones establecidas en el marco normativo correspondiente.

Este punto es de especial preocupación para las organizaciones que firmamos esta comunicación, pues las declaratorias de inexistencia de parte de los sujetos obligados a nivel federal han ido aumentando considerablemente en los últimos años. De acuerdo al noveno informe de labores del IFAI presentado al Congreso de la Unión este año⁵, las respuestas de inexistencia de información correspondían al 4.45% del total de las solicitudes de información recibidas en 2007, y para el 2011 ascendieron al 6.18%, encontrando su punto más alto en 2010, donde las declaratorias de inexistencia significaron el 7.17% del total.

En este sentido, es importante incorporar un principio en el texto constitucional que obligue a los sujetos obligados a generar la información que por ley les corresponde.

⁵ Informe de Labores al H. Congreso de la Unión 2011, pp. 47.
<http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/infHCU2011>

Los casos y las circunstancias pueden ser precisados en la ley reglamentaria, así como la posibilidad de facultar a los órganos garantes para que puedan instruir a los sujetos obligados la generación de información cuando éstos tengan la obligación de contar con ella, lo que no puede ser permisible es que las autoridades aleguen no tener información fundamental en el ejercicio de sus atribuciones.

10.- INCORPORACIÓN DE OTROS SUJETOS OBLIGADOS QUE RECIBEN RECURSOS PÚBLICOS

Las organizaciones que suscribimos este documento somos enfáticos en la necesidad de que se incorporen de manera explícita, como plantean dos de las tres iniciativas planteadas en el Senado a los fideicomisos públicos y los partidos políticos de manera directa como sujetos obligados del marco normativo de transparencia, lo cual es congruente con la disposición manifestada por todas las fuerzas políticas de promover un efectivo sistema de rendición de cuentas, y con el principio de la más amplia protección de los derechos humanos que no permitiría regresiones en relación con los derechos adquiridos en algunas partes del país.

Es importante aclarar que en este punto en particular no existe consenso entre las redes y organizaciones que firmamos este escrito. Hay algunas organizaciones que consideran que los sindicatos sí deben formar parte de la lista de sujetos obligados directamente por la ley.

11.- FORTALECIMIENTO DEL MARCO SANCIONATORIO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA TRANSPARENCIA

En el ejercicio del DAI, uno de los problemas más comunes reside en la poca capacidad que tienen los órganos garantes de generar un cumplimiento efectivo de sus resoluciones. En este sentido, las iniciativas presentadas dejan de lado de manera total o parcial la generación de mecanismos de ejecución, que garanticen el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los marcos legales de transparencia y acceso a la información a los sujetos obligados de manera que se garantice efectivamente el DAI. Dotar a un órgano, cualquiera que éste sea, de mayores

facultades como lo disponen las tres iniciativas, sin prever también elementos que les permitan ejecutar sus resoluciones, sólo erosiona la efectividad y la legitimidad de los mismos y hace el ejercicio del DAI una costosa simulación.

Por ello, consideramos de vital importancia dotar a los órganos garantes de herramientas que les permitan hacer efectivo su mandato constitucional a través de un sistema integral que contemple sanciones formales ante hipótesis específicas dentro de la legislación especial. En este contexto, es encomiable que cualquier reforma al marco normativo del DAI contemple expresamente un sistema de sanciones ante la violación al derecho, a los principios que lo rigen y a su marco normativo.

12.- FACULTADES SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Las reformas encaminadas al fortalecimiento de las garantías del DAI dotan a los órganos garantes de ámbitos de competencia que son necesarios para la consolidación de este derecho, tales como los relacionados con la autoridad sobre nuevos sujetos obligados directos, los poderes de la unión y los organismos públicos autónomos, entre otros. En este momento, resulta de suma relevancia reflexionar sobre la pertinencia de conservar en el órgano garante de transparencia la facultad de la protección de datos personales.

En el mundo existen modelos donde la protección del DAI y de los datos personales se encuentran separadas en agencias independientes. Especialmente, la discusión de la reforma constitucional es una oportunidad para revisar si el órgano de transparencia habrá de conservar las facultades de protección de datos personales en posesión de particulares, considerando el número de demandas de protección de datos personales que ha recibido el IFAI desde la entrada en vigor de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y las garantías legales con las que cuenta para realizar dicha defensa. Para mediados de 2012, el Instituto había recibido únicamente alrededor de 40 demandas de protección, en relación con aproximadamente 7,700 recursos de revisión de acceso a la información y

verificaciones de faltas de respuesta, y aproximadamente 1000 recursos de protección de datos personales en posesión de entes públicos. Consideramos que los esfuerzos del órgano federal deberán estar encaminados al fortalecimiento de la protección del DAI.

13.- CONFIGURACIÓN DEL MARCO LEGAL EN MATERIA DE ARCHIVOS

El desarrollo del DAI debe venir acompañado del desarrollo normativo en materia de archivos para asegurar que las autoridades generen, conserven y sistematicen de manera adecuada la información en su posesión. La reforma constitucional presenta una oportunidad para homologar el desarrollo de la Ley de Archivos. Los archivos y documentos son la base sobre la cual se sustenta el ejercicio del DAI.

14.- REGULACIÓN DEL ARTÍCULO SEXTO CONSTITUCIONAL

Finalmente con base en la experiencia reciente se verifica la imperiosa necesidad de fijar los más altos estándares internacionales y nacionales en las leyes y procedimientos que regirán el ejercicio del DAI, ya que hemos constatado que las omisiones legislativas han sido usadas por las autoridades para negar información que por su carácter debería ser pública. En este sentido es preciso partir del reconocimiento probado de que no existe una cultura de la transparencia que haya sido completamente asimilada por servidoras y servidores públicos en materia de transparencia, por lo cual la Ley General constituirá el eje sobre el cual se habrán de tomar las decisiones cotidianas que permitirán contar con una sociedad informada. Los plazos del Congreso de la Unión y las legislaturas locales para modificar las leyes de forma acorde por el mandato constitucional no deben ser excesivos y deberán existir mecanismos para garantizar la efectiva expedición de las leyes en la materia.

Asimismo, es de la mayor relevancia contar con un proceso legislativo transparente, imparcial e incluyente. Por su relevancia para la democratización del espacio público, además de cumplir con el proceso formal de reforma legislativa, es indispensable organizar foros deliberativos en varias ciudades del país que incluyan tanto a la sociedad civil como a los tres órdenes de gobierno, que se incorpore un diagnóstico

objetivo de la realidad y que se lleven a cabo reuniones abiertas al escrutinio público y a la participación ciudadana, lo que también incluye publicar oportunamente toda la información que se produzca en torno al proceso de dictamen: convocatorias, minutas, versiones estenográficas, documentos informativos, entre otros.

Esperando que las observaciones formuladas sean tomadas en cuenta al momento de la discusión de las propuestas de referencia, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

Fundar, Centro de Análisis e Investigación (www.fundar.org.mx)

Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C. es una institución plural, independiente, sin afiliación partidista y horizontal que busca avanzar hacia la democracia sustantiva. Fundar se dedica a la incidencia y monitoreo de políticas e instituciones públicas por medio de la investigación aplicada, la reflexión crítica y propositiva, la experimentación y la vinculación con actores civiles, sociales y gubernamentales.

México Infórmate (www.mexicoinformate.org.mx)

México Infórmate es una iniciativa que busca dar a los ciudadanos herramientas para poner al gobierno bajo la lupa: para que fiscalicen el uso de recursos públicos y la forma en que las autoridades toman las decisiones que a todos afectan.

Artículo 19 (www.articulo19.org)

Artículo 19 trabaja para que todas las personas puedan expresarse libremente, acceder a la información y disfrutar de la libertad de prensa. Entendemos la libertad de expresión como tres cosas: es el derecho a hablar, la libertad de prensa y el derecho a saber.

Centro de Contraloría Social del CIESAS (www.ccs.ciesas.edu.mx)

El Centro de Contraloría Social y Estudios de la Construcción Democrática del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) está diseñado como un espacio de apoyo a proyectos de contraloría social realizados desde

la sociedad civil, así como un núcleo académico para la documentación, investigación y análisis de temas relacionados con la rendición de cuentas en México y Latinoamérica.

El Colectivo por la Transparencia (www.colectivoporlatransparencia.org)

El Colectivo por la Transparencia es un conjunto de 14 organizaciones, que promueven y defienden la transparencia, la rendición de cuentas y el ejercicio del derecho de acceso a la información, mediante el impulso al perfeccionamiento del marco normativo y su efectiva implementación, así como el fomento de una cultura del derecho a saber, para generar condiciones que posibiliten una sociedad más participativa, democrática y con mejor calidad de vida.

Gestión Social y Cooperación, GESOC (www.gesoc.org.mx)

GESOC es una organización de la sociedad civil integrada por un grupo multidisciplinario de investigadores y analistas comprometidos con mejorar la eficacia, sostenibilidad y capacidad de respuesta para la producción de valor social por parte del gobierno, de las empresas, y de las propias organizaciones de la sociedad civil.

Cultura Ecológica (www.culturaecologica.org.mx)

Cultura Ecológica, A. C. es una organización no gubernamental y no lucrativa, creada por un grupo interdisciplinario de profesionales comprometidos con la causa ambiental nacional. Desde entonces ha enfocado todos sus esfuerzos en promover la conciencia ambiental en la sociedad mexicana.