

Es casi un lugar común afirmar que en los últimos seis años en México ha habido una suerte de oleada legislativa en materia de transparencia. A partir de 2002 y en los cinco años posteriores, la federación y los distintos estados fueron promulgando sus respectivas leyes de transparencia.

Sin embargo, cuando uno analiza las leyes de transparencia, ve que lejos de haberse establecido niveles de exigencia comunes que puedan garantizar a alguien que vive en Baja California, Oaxaca o Yucatán, el mismo derecho fundamental, que es el derecho de acceso a la información y a la transparencia, lo que uno encuentra son grandes asimetrías.

Incluso, después de la reforma de julio de 2007 que elevó a rango constitucional la materia de transparencia, seguimos encontrando fuertes disparidades, -y como ya decía Lourdes Morales- no parecen tener que ver con las características regionales de los estados en donde se emiten las distintas leyes. No podemos decir que estados que tienen mejores niveles de desarrollo, tengan mejores leyes de transparencia, ni tampoco que estados con mayores niveles de marginalidad social tengan leyes de transparencia más deficientes. Tampoco tiene que ver con el partido que esté en el gobierno en ese momento, encontramos estados que tienen claras deficiencias en sus leyes y que están gobernados igual por el PRI, el PAN, o el PRD.

Baja California es un caso, gobernado por el PAN, Baja California Sur, por el PRD, Campeche, por el PRI, son ejemplos de leyes de transparencia con claros rezagos porque sus congresos no han sintonizado sus leyes a las disposiciones del artículo sexto constitucional. Como contraparte, existen leyes de transparencia que son un ejemplo de concordancia con el mandato constitucional en la materia en entidades gobernadas por el PAN como Morelos, por el PRD como el Distrito Federal, o por el PRI como Veracruz. Después de cinco años en que las entidades federativas fueron promulgando sus respectivas leyes de transparencia y acceso a la información, en lo que parecía ser un círculo virtuoso de trabajo legislativo ante una muy sentida exigencia social, se hicieron evidentes las enormes asimetrías que existían entre ellas.

Fue esta divergencia entre las leyes locales y la demanda social de transparencia y rendición de cuentas, lo que animó la reforma al artículo sexto constitucional; el proceso de reforma tuvo una marca del federalismo porque surgió de la periferia hacia el centro, a partir de la iniciativa de tres gobernadores de tres diferentes partidos: Chihuahua gobernado por el PRI, Aguascalientes por el PAN y Zacatecas por el PRD. El Congreso Federal aprobó incorporar siete párrafos al artículo Sexto constitucional para que la transparencia fuera la guía y orientación de la gestión pública a lo largo y ancho del país.

La clave federalista de la reforma constitucional se estableció desde el primer párrafo de dicha enmienda constitucional que reza: "Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano, organismo federal, estatal y municipal es pública..." Pero también está en los Transitorios que previeron que la federación, los estados y el D.F., deberían de expedir sus respectivas leyes de transparencia o realizar las modificaciones que fueran necesarias, a más tardar un año después de la entrada en vigor de la mencionada reforma constitucional; plazo que venció el 20 de julio de 2008.

Vale la pena comentar que el mismo legislador federal que redactó el mencionado Transitorio, ha incumplido con el mismo, al no haber reformado la Ley Federal de Transparencia para contemplar lo que está ahí cabalmente establecido; además, hay otros estados como Baja California, Campeche, Guerrero y Tlaxcala, que tampoco han sometido sus respectivas leyes de transparencia a las adecuaciones necesarias para estar en correspondencia con el artículo Sexto constitucional.

Cuatro estados más tuvieron reforma legal fuera del plazo fijado por el Transitorio, y desde luego está el caso enigmático de Querétaro, cuya reforma fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a favor de la transparencia. Nuestro arreglo constitucional, hoy, hace posible corregir vulneraciones o violaciones al derecho de acceso a la información por la vía de la intervención del órgano de control constitucional y esto es ya una noticia alentadora.

Con el propósito de ilustrar las disparidades que siguen presentándose entre las leyes estatales de transparencia, abordaré los principios rectores señalados en el artículo Sexto.

En primer lugar está el principio de máxima transparencia que señala que la información en posesión de cualquier autoridad es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público, que además, requieren reserva de ley, es decir, tienen que estar claramente establecidas en la norma.

Esta reserva de ley hace que existan causales de reserva o confidencialidad que responden a criterios universales; que se encuentran recogidas en las distintas leyes en el mundo y que se refieren, por ejemplo, a información de seguridad nacional o seguridad pública, aquella que es parte de un proceso administrativo o de un proceso judicial que está en vías de sustanciación o ser parte de una investigación judicial en curso, los secretos fiscales, bancarios, etc.; o incluso, información que puede dejar en desventaja comercial o industrial a alguna persona moral.

Sin embargo, existen leyes que establecen causales genéricas de reserva que permiten un alto grado de discrecionalidad por parte de la autoridad para definir la razón que permite la reserva, que es el interés público. Por ejemplo, en Baja California se habla de información "Que pueda causar perjuicio o daño grave a las funciones de las instituciones públicas o procedimientos ante Tribunales administrativos o de trabajo que estén en trámite o concluidos", o sea, no hay ninguna posibilidad de dar información que la autoridad considere que está o que pasó por algún juicio administrativo o laboral.

En Campeche una causal de confidencialidad es la que el titular decida establecer, cito, "discrecionalmente el titular del ente público determinará que sólo los funcionarios deban conocer esa información, en razón de las funciones que desempeñe". Un ejemplo más se encuentra en la Ley de Aguascalientes, que reserva estudios, proyectos y presupuestos cuya divulgación pueda causar daño al interés del estado. Difícilmente podría pensarse en algo más ambiguo o indeterminado que deja un amplio margen de maniobra a la autoridad, para justamente, negar la información, amparada en una disposición legal.

Avances y retos del ejercicio del DAI en el marco de las asimetrías regionales de México.

Jacqueline Peschard.¹

Un segundo principio señala que “el acceso a la información será gratuito” y que “no habrá necesidad de acreditar interés alguno o justificar para qué se va a utilizar la información”, que es una exigencia básica que no implica elaboración alguna.

Así, por ejemplo en Baja California, Baja California Sur, Guerrero y Tlaxcala, se tiene como requisito para acceder a la información que el solicitante se identifique con firma, que es un dato personal, confidencial. Con firma o con documento oficial en Campeche y Tlaxcala aparte de requerirse tener la nacionalidad mexicana. En estos casos se desconoce el carácter de derecho fundamental del acceso a la información, pues se agrega un requisito que hace claramente excluyente el ejercicio de este derecho.

En Querétaro, la sola búsqueda de la información ya implica un cobro, rompiendo claramente con el principio de gratuidad.

Vale la pena señalar que hay una diversidad enorme en los cobros de derechos de reproducción de la información, hay estados en donde la reproducción es gratuita, tanto para una copia simple como para una copia certificada; mientras que en 16 estados se cobra la copia simple y la certificada a un precio de entre treinta centavos y un peso, pero en otros se cobran más de diez pesos por la copia certificada.

Un tercer principio se refiere a los mecanismos de acceso que deberán sustanciarse ante organismos especializados, imparciales y con autonomía operativa, de gestión y decisión. Aunque todas las leyes prevén un procedimiento para controvertir las negativas de acceso a la información, en algunos casos se prevén órganos garantes que están lejos de ser especializados. Se deja en manos de un tribunal contencioso administrativo como en el caso de Baja California, en un tribunal superior de justicia, como en Baja California Sur, en el tribunal estatal electoral como en el caso de Sonora y hay casos como el de Guerrero en el que se prevén, tres instancias para resolver la queja de los solicitantes, haciendo menos ágil el proceso de resolución, lo cual es indispensable ya que si la información no está a la mano, difícilmente sirve para algo.

Hay otro tipo de limitaciones como en el caso de Puebla, donde el órgano garante no es competente para resolver inconformidades por deficiencias en la entrega de información en municipios; excluye a la unidad básica de la organización política del país, con la que la población tiene relación directa. Difícilmente podríamos encontrar una limitante mayor, si la población no tiene acceso a la información que generan los gobiernos municipales se hace nugatorio el ejercicio del derecho.

Todavía hoy, existe gran diversidad en las leyes de transparencia que permite que los órganos garantes, por ejemplo, en Baja California o

Baja Sur sean meros auxiliares de los sujetos obligados o que sólo tengan facultades para promover el derecho, pero no para resolver si procede o no la entrega de información, realmente son estados sin órganos garantes. Es en este acto en el que se actualiza el ejercicio efectivo del acceso a la información, pues el trabajo de los órganos garantes no es solamente dar a conocer el derecho y difundirlo, sino trabajar de la mano del solicitante para velar que la información que se proporcione al público, no solamente sea lo que quiere el solicitante, sino que sea veraz y completa.

Otro principio establecido es el que se refiere a la manera en que deberán de organizarse y preservarse los documentos para asegurar su fácil localización. En Baja California Sur y en Guerrero no existe regulación para la preservación de documentos, ni tampoco para actualizar los archivos administrativos. A pesar de que el tema de la organización de los archivos no suscita grandes debates, su importancia es muy alta porque de dicha regulación depende que la información sea efectivamente accesible y que cumpla con las características que debe tener. Si una autoridad tiene facultades para contar con cierta documentación, ésta debe existir y no podría dar lugar a inexistencias. En días pasados se aprobó en la Cámara de Diputados una ley de archivos que deja en manos del Archivo General de la Nación y la Secretaría de la Función Pública el establecimiento de lineamientos en materia de gestión documental. En este sentido es importante que la minuta que pase al Senado sea analizada por la Cámara revisora a fin de que la norma cubra los estándares internacionales en la materia.

No quiero dejar de mencionar otro aspecto que es la otra cara de la moneda de la publicidad, el principio de la protección a los datos personales, confidenciales, que se refieren a la vida privada de los individuos. Hay tres entidades que ya cuentan con Ley de Datos Personales para garantizar de manera cabal y con todas las condicionantes claramente específicas de acceso, de corrección, cancelación y de oposición (los llamados derechos ARCO) a los mismos datos de parte de sus titulares. El tema de la protección de datos personales se ha ido reconociendo como relevante en nuestro país.

Quiero referirme también al tema de las sanciones, que a todos nos preocupa, frente al desacato o cumplimiento de las normas de transparencia. Aunque todas las 32 leyes y la federal prevén sanciones a los servidores públicos que hagan mal uso de la información pública, ya sea porque la ocultan, porque la manipulan o porque no la proporcionan después de una resolución favorable al caso, hay una variedad de disposiciones legales.

La primera diferencia está en las leyes que prevén que los propios órganos garantes sean los sancionadores y las que dejan esa tarea

¹ Comisionada del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI). Conferencia inaugural presentada en el Seminario: Avances y retos de la transparencia en México: Lecciones desde el federalismo, organizado por Alianza Cívica y la Unión Europea el 21 de abril de 2009 en la ciudad de México.

en manos de otra autoridad que generalmente cumple las veces de la contraloría. Las autoridades que carecen de facultades sancionadoras, suelen remitir las sanciones a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y el problema aquí es que las sanciones que se prevén en esa ley son sanciones genéricas de los servidores públicos, es decir, no permiten la gradación de las faltas para saber cuáles son más graves, cuáles más leves, y entonces, darle al sancionador un parámetro claro para identificar el nivel de gravedad de las faltas.

Es cierto que sería inconstitucional que estuvieran establecidas sanciones para cada falta, no dejando espacio de valoración para el juez, pero sí ayudaría que existiera un rango de sanciones para cierto tipo de faltas en la materia, porque ello da certeza, para saber si el tipo de falta merecería una sanción de tipo X o Y.

Creo que este es uno de los rubros que requiere de mayor elaboración para el cumplimiento de la Ley de Transparencia, para que ésta no dependa solamente de la buena fe de los sujetos obligados en un contexto donde existe una falta de cultura de legalidad muy extendida, no sólo en las mentes de los servidores públicos, sino en las de los ciudadanos. El ideal, en mi opinión, sería que con la sola fuerza de la norma se contuvieran las conductas infractoras, que es lo que sucede en países de culturas cívicas asentadas, pero me hago cargo que esto requiere que se implanten en las mentes de los servidores públicos la cultura de la transparencia, entendida como una práctica social cotidiana.

Por último, quiero referirme a “la ampliación del universo de los sujetos obligados”, que es un tema que está en la agenda pública. El reconocimiento creciente que han tenido las leyes de transparencia, ha permitido que la obligación de someterse plenamente al escrutinio público se extienda más allá de los organismos públicos, para alcanzar a las entidades de interés público como son los partidos políticos, los sindicatos o incluso organizaciones civiles que reciben recursos públicos.

Hoy, las leyes de 18 estados establecen que los partidos políticos son sujetos obligados directos y en 13 son considerados sujetos obligados indirectos. Yo siempre había pensado que había gran diferencia en que fueran sujetos directos o indirectos, hoy entiendo que la diferencia se reduce a la agilidad del procedimiento de acceder a la información. Donde los partidos son sujetos obligados indirectos, la información se solicita al IFE, si se tiene la información, la dará inmediatamente y si no, tiene que ir a los partidos a solicitarla, retrasando la puesta a disposición de la información. Cuando los partidos son sujetos directos, se pide la información al partido y el mecanismo es más ágil, pero el nivel de exigencia de transparencia no varía.

En cuanto a los sindicatos, creo que apenas empieza a pensarse en el esquema de transparencia, aunque ya hay tres leyes estatales que los contemplan como sujetos obligados indirectos. Hay que reconocer que éstos tienen una identidad doble, por un lado son organizaciones sociales que garantizan el derecho de asociación gremial y, por esa razón, el Estado no debe de inmiscuirse en su vida interna y de esto estoy convencida, pero por otro, son instancias de interés público, porque son los canales legalmente establecidos para actualizar un derecho fundamental como es el de asociación y porque reciben fuertes sumas de dinero público. Por lo anterior tienen que sumarse, subirse a estas no entidades públicas, pero sí entidades hermanadas en la responsabilidad de erigirse en sujetos obligados de la transparencia. Y como ustedes saben, hay leyes estatales que contemplan, como es el caso de Morelos, a todas las organizaciones de la sociedad civil que reciben recursos públicos como obligadas a transparentar el uso de dichos recursos.

Las asimetrías regionales en materia de transparencia son reflejo de nuestro federalismo, mal entendido y generador más que de autonomías estatales, de una fragmentación de principios, porque no puede ser pretexto para incumplir con los ejes rectores de un derecho fundamental como es el de acceso a la información. El reto entonces es cómo activar nuestro federalismo sin que ello vaya en detrimento del derecho de acceso a la información, cómo utilizar nuestras diferencias para potenciar el derecho y no para empobrecerlo. 