

POSICIONAMIENTO

A un año de la aprobación de la Ley General de Transparencia

¿Dónde estamos?

El 4 de mayo de 2015 se aprobó la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAI), la cual emana de la reforma constitucional de transparencia aprobada en febrero del 2014. Esta reforma constitucional es de vanguardia, y dio lugar a tres importantes procesos legislativos a nivel nacional: la Ley General de Transparencia, la Ley General de Archivos y la Ley General de Protección de Datos Personales, leyes pilares del Sistema Nacional de Transparencia (SNT).

La LGTAI amplía considerablemente las garantías para el ejercicio del derecho de acceso a la información y establece las bases, principios y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información (DAI) en todo el país.

A un año de su aprobación, la realidad muestra que México todavía se encuentra lejos de ser un país que reconozca, en los hechos, la libertad de las personas de hacer un escrutinio informado de la gestión pública y de participar en la toma de decisiones públicas a partir de la información en posesión de autoridades u otros actores que ejercen recursos públicos. Esta fecha de aniversario es un buen momento para identificar espacios de oportunidad que permitan fortalecer el derecho a la información en México, así como compartir un recuento no exhaustivo de los retos normativos e institucionales que frenan o impiden los avances establecidos en la reforma constitucional y la Ley General de Transparencia.

1- RETOS NORMATIVOS

a. Ley General de Archivos y de Protección de Datos Personales aun sin aprobarse.

La minuta de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados aprobada en el Senado no dialoga con la Ley General de Transparencia: no reconoce el interés público que puedan tener datos personales como límite a la privacidad, en favor del acceso a la información y la libertad de expresión. Asimismo, el proyecto aprobado en el Senado no garantiza la protección de los datos personales recabados por terceras partes (empresas de telecomunicaciones, por ejemplo), y obstaculiza gravemente el ejercicio de derechos ARCO por causales abstractas que superan las establecidas en la Constitución.

La Ley aprobada arroga facultades intrusivas para el Consejero Jurídico de Presidencia frente a la privacidad de los ciudadanos. El Consejero podrá impugnar resoluciones del Instituto sobre causas de seguridad nacional, a pesar de que en la discusión de la ley se hizo patente que difícilmente la protección de datos personales la pone en riesgo.

Por otra parte, la Ley General de Archivos es la que más retraso presenta. El Proyecto de Ley, construido de la mano con organizaciones civiles y actores relevantes en el tema, fortalece al Archivo General de la Nación y garantiza la existencia de un sistema efectivo de archivos en las instituciones de los diferentes poderes públicos, en los tres órdenes de gobierno, así como en los órganos autónomos; pero este proyecto aún no se aprueba. Sin archivos y por lo tanto sin información, no puede haber acceso a la misma. El proyecto guarda conexión con las dos anteriores leyes aprobadas, de forma que no incluye disposiciones regresivas en materia de protección de datos ni de acceso a la información. Es un reto prioritario que el texto que se discuta y apruebe en definitiva guarde estas características.

El nuevo marco legal y el sistema nacional de transparencia no estarán completos sin leyes en materia de archivos y de protección de datos personales. Hasta la fecha no se cuenta con ningún proyecto aprobado en definitiva por las dos cámaras del Congreso. Con el fin del período ordinario de sesiones, es muy probable que estas leyes no vean la luz antes de septiembre. Al retraso del cumplimiento de los plazos legales para aprobar estas dos leyes, se añade la posibilidad de retrocesos graves en la garantía del derecho de acceso a la información contenidos en los proyectos de ley de protección de datos personales.

b- Armonización de las leyes locales: Al 4 de mayo faltan 10 estados.

La promulgación de LGTAI el 5 de mayo de 2015, estableció el piso mínimo para la garantía del DAI en el país; como consecuencia de su propio alcance se proyectó armonizar las 32 leyes de transparencia estatales y la federal preexistentes, ello en un plazo de un año, es decir al 5 de mayo de 2016.

Los congresos de todo el país tuvieron 12 meses para discutir y aprobar las reformas a las leyes de transparencia que permitieran construir marcos normativos adecuados para la garantía del DAI según las necesidades de cada entidad, al 4 de mayo del presente año, 22 estados y la federación armonizaron sus leyes en tiempo.

- A un día de vencerse el plazo establecido en la Ley General de Transparencia (LGT), 60% de los estados tienen una ley armonizada: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Chihuahua, Durango, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Puebla y Yucatán.

- Siete entidades federativas cuentan con iniciativa de ley en proceso de discusión: Aguascalientes, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Nuevo León, San Luís Potosí y Veracruz.
- Subrayamos que tres entidades federativas no cuentan ni siquiera con una iniciativa presentada ante el Congreso local: Colima, Michoacán y Zacatecas.

El proceso de armonización en la mayoría de los congresos locales, se ha caracterizado por su lentitud y escasez de diálogo con la sociedad. Destaca que para el 20 de abril solamente 9 de las 22 leyes aprobadas habían sido reformadas.

A diferencia de la construcción de la LGTAI, la mayoría de congresos locales han aprobado iniciativas construidas fuera del alcance de sociedad civil, sin compartir los proyectos de ley y excluyendo la posibilidad de participación ciudadana.

Algunos estados se distinguen por un notado esfuerzo de inclusión de la participación ciudadana, ya fuera en la redacción del proyecto de ley en foros públicos como fue el caso de Baja California; la construcción de iniciativas con colaboración de organizaciones civiles como lo fue en Quintana Roo, Baja California Sur y la ley federal, y la celebración de foros públicos de discusión como en los casos de Sonora y Sinaloa.

Actualmente siguen vigentes leyes locales de transparencia que incumplen con el estándar mínimo de garantía del derecho al no reconocer los nuevos sujetos obligados de la transparencia, las obligaciones emanadas de la Constitución y una serie de elementos que dotan de certeza legal a la garantía de este derecho.

La omisión legislativa crea un campo fértil para la discrecionalidad en el actuar de las autoridades respecto a sus obligaciones de transparencia y genera conflictos normativos que obstaculizan el ejercicio del DAI, como por ejemplo:

- Contar con distintos niveles y estándares de garantía del DAI que generan la posibilidad de aplicar los más restrictivos,
- Fomenta la incertidumbre jurídica en la aplicación del derecho dado el amplio margen de interpretación.
- Genera una ineffectividad y debilitamiento del derecho ante la ausencia en la distribución de competencias en el ámbito subnacional;
- Además de que configura una violación a las obligaciones constitucionales de adecuar las legislaciones y disposiciones internas para garantizar los derechos humanos.

Cabe resaltar que si bien la falta de armonización se presta para una interpretación restrictiva de las garantías del derecho de acceso a la información, es menester de los organismos garantes y todos los sujetos obligados de la transparencia en dichos lugares, aplicar la ley general ante la omisión legislativa.

Cumplir en tiempo y forma con el plazo constitucional de la armonización implica efectivamente ceñirse a todo aquello que establece la LGTAI y antes del 5 de mayo. Cumplir con el plazo constitucional es un primer e importante paso. No

obstante, es necesario realizar un riguroso análisis sobre el contenido de cada una de las leyes secundarias promulgadas, análisis que permita distinguir clara y detalladamente, -cuando menos-, los atributos de las leyes de avanzada (superan a la ley general), las leyes concordantes y complementarias (armonizadas), las leyes discordantes (por debajo de la Ley General).

c- Marcos normativos conflictivos

A pesar de que el artículo 5 de la Ley General de Transparencia establece que ninguna persona será procesada penal o administrativamente por el ejercicio del derecho de acceso a la información, 21 estados de la República prevén en su legislación penal el llamado “delito de halconeo”, que criminaliza la búsqueda de información sobre las fuerzas de seguridad. Si bien este delito fue declarado como inconstitucional por la Suprema Corte en el caso del Código Penal de Chiapas, se mantiene vigente en los diversos estados que los disponen en sus códigos penales. Esta situación provoca un efecto inhibitorio en el ejercicio del derecho fundamental de buscar, recibir y difundir información.

Desde la aprobación de la LGTAI el Congreso de la Unión y los Congresos locales han aprobado una serie de disposiciones que lejos de honrar sus alcances representan obstáculos y candados importantes para el ejercicio efectivo de este derechos. Por ejemplo, recientemente el Congreso de la Unión aprobó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos cometidos en materia de Hidrocarburos que no solo pone en riesgo la libertad de expresión en el marco de protestas sociales, también limita la transparencia en el sector energético

Otro ejemplo es la recién aprobada Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos cometidos en materia de Hidrocarburos que limita la transparencia en el sector energético. El artículo 23 de la Ley menciona que la información o datos sobre el funcionamiento de las operaciones, instalaciones, actividades, movimientos del personal o vehículos de asignatarios, contratistas se consideran como información concerniente a la Seguridad Nacional, esto sin faltar a la legislación en materia de transparencia. En este sentido, el argumento de seguridad nacional se convierte en un aliciente para vulnerar el derecho de acceso a la información y mantener en secreto documentos de interés público, como lo es la información sobre contratistas y permisionarios que se vinculen con actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos .

2. RETOS INSTITUCIONALES:

a. Los procesos de designación de las y los comisionados deben ser claros, abiertos y participativos

A pesar de que la ley modelo de la OEA y el proceso de reforma constitucional en la materia mostraron la conveniencia de la máxima publicidad y de la participación de la sociedad civil en los procesos de designación de los titulares de los órganos de transparencia, en las entidades federativas hemos visto que se sigue la máxima de “cuotas y cuates”. Esto sin duda vulnera la autonomía constitucional que les otorgó el proceso de reforma. Autonomía que no se ejerce no es autonomía.

Los organismos garantes de la transparencia son las instituciones encargadas de garantizar la aplicación de las leyes en la materia. La reforma constitucional de 2014 incluyó que uno de los elementos imprescindibles para la protección de este derecho era la autonomía de estos organismos, con lo cual podrían funcionar como autoridad en materia de transparencia sobre cualquier sujeto obligado, sin estar sujetos a ningún poder público.

Más allá del proceso normativo, los procesos de designación en los estados se realizan bajo una lógica de opacidad y discrecionalidad, con lo cual no se favorece la construcción de legitimidad de los institutos y se cuestiona su autonomía.

En los procesos de designación encontramos serios retos ya que se realizan procesos *fast track*, sin considerar la participación ciudadana. Los elementos más preocupantes en las designaciones de los titulares de los organismos garantes son: 1) Emiten convocatorias con premura y poca publicidad. 2) Las comparecencias de los aspirantes se realizan a puerta cerrada, 3) No se publican los expedientes de los postulantes, 4) Se carece de un instrumento técnico de evaluación que dé a conocer cómo son evaluados los candidatos a los cargos en cuestión, 5) Muy pocos procesos incorporan un Comité de acompañamiento compuesto por expertos que asesoren respecto al proceso y los candidatos, 6) No se realiza un dictamen que justifique las razones de la elección de los perfiles, 7) No se incorpora la participación ciudadana.

Todos estos elementos imposibilitan que se asegure que lleguen candidatos con la trayectoria, legitimidad y autonomía de los partidos políticos que se requiere para desempeñar adecuadamente el encargo.

b. El nuevo rol de la SCJN y la falta de reglas claras para su desempeño.

Bajo ponencia del ministro Javier Laynez, el Pleno de la Suprema Corte discutirá el primer recurso de revisión en materia de seguridad nacional interpuesto por el Consejero Jurídico de Presidencia, que busca revertir la publicidad de un conjunto de vuelos del Estado Mayor Presidencial ordenada por el Instituto. Esto, a pesar de que el Congreso se negó a regular explícitamente el procedimiento que el recurso de esta naturaleza debe seguir, tanto en la Ley General como en la Ley Federal armonizada. La falta de claridad procesal compromete los principios de certeza, eficacia y expeditéz consagrados en la Ley.

c. El INAI se quedó sin facultad para evaluar *prima facie* los casos de violaciones graves a derechos humanos

En la discusión de la Ley General y la Federal de Transparencia, el Congreso estableció que por ningún motivo habría de reservarse información si se trataba de violaciones a derechos humanos y delitos de lesa humanidad. Sin embargo, fue omiso en dotar de contenido la cláusula de las violaciones graves a derechos humanos. A pesar de que esta información tiene un notorio y claro interés público y se cuenta con precedentes judiciales a favor del acceso, las autoridades insisten que el órgano garante nacional no cuenta con la facultad de evaluar *prima facie* los casos en los que procede la desclasificación, y esto ha llegado a imposibilitar el acceso a los archivos relacionados con violaciones graves. Esta situación es incoherente con el contexto de impunidad severa, violencia y corrupción del país, y la necesidad vital de plena transparencia y mayor rendición de cuentas. Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte discutirá dos juicios de amparo de acceso a información en casos de masacres de migrantes, los que pueden colmar esta laguna legislativa vía judicial. Por esta razón es prioritario que las y los ministros defiendan el derecho de acceso con sentencias garantistas y progresivas