



Dykinson, S.L.



ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ
JOSÉ LUIS LEAL ESPINOZA

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES EN MÉXICO:
UNA VISIÓN COMPARADA CON EL SISTEMA INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ
JOSÉ LUIS LEAL ESPINOZA

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES EN MÉXICO: UNA VISIÓN COMPARADA CON EL SISTEMA INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE COAHUILA

Dykinson, S.L.





**EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
Y DATOS PERSONALES EN MÉXICO:
UNA VISIÓN COMPARADA CON EL
SISTEMA INTERAMERICANO Y
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**



Rogelio López Sánchez
José Luis Leal Espinoza

**EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
Y DATOS PERSONALES EN MÉXICO:
UNA VISIÓN COMPARADA CON
EL SISTEMA INTERAMERICANO Y
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**



Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70/93 272 04 07.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienessomos

DR 2018 Universidad Autónoma de Coahuila.
Impreso con recurso del Programa de Fortalecimiento de la Calidad Educativa.

© Copyright by
Rogelio López Sánchez y José Luis Leal Espinoza
Madrid

Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9148-946-7
Depósito legal: M- 39.809-2018

Preimpresión e Impresión:
SAFEKAT, S.L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K, y L - 28021 Madrid
www.safekat.com

ÍNDICE

Prólogo	11
Introducción	15

Capítulo 1 **TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN SOCIAL** **DE CUENTAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA**

1. Hacia una nueva gestión pública en el Estado mexicano: sus principios y directrices	21
2. La fiscalización y rendición social de cuentas en el marco de la gestión pública	25
3. La responsabilidad administrativa del servidor público en la nueva gerencia pública	27
4. Las manos sucias democráticas: entre la reserva de infor- mación y la efectiva rendición de cuentas	29
5. La transversalidad de las políticas públicas en materia de transparencia y acceso a la información	33

6. La reforma constitucional en materia de transparencia y los nuevos sujetos obligados	38
7. El control parlamentario como control político en la rendición de cuentas	45

Capítulo 2
EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: PERSPECTIVAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. El derecho de acceso a la información pública: una visión desde el derecho internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos)	59
2. La recepción del modelo garantista del derecho de acceso a la información en el Estado mexicano	64
3. Estructura del derecho a la información desde una dimensión objetiva o interna	70
4. El principio de proporcionalidad como instrumento en la restricción legítima del derecho de acceso a la información	84

Capítulo 3
EL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DESAFÍOS ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. El derecho fundamental a la protección de datos personales y la eficacia de los derechos frente a particulares	97
---	----

2. Garantías frente a particulares para la protección de datos en el derecho informático mexicano	105
3. Restricciones al Derecho Fundamental de protección de datos personales: técnicas para su resolución	112
4. La evolución del derecho a la protección de datos personales en medios digitales	116
5. La protección de datos personales en el ciberespacio contra el manejo y transmisión indiscriminada de datos personales	120
6. El derecho al olvido en el ciberespacio frente a buscadores y redes sociales	125
7. El nuevo Reglamento de Protección de Datos Personales en la Unión Europea y los desafíos del big data	128
Bibliografía	133
Sobre los autores	145



PRÓLOGO

Siempre es reconfortante presentar trabajos académicos de calidad como éste, en los cuales se debaten temáticas trascendentales para el sano desarrollo democrático de nuestros Estados de Derecho. Las instituciones como las Universidades Públicas deben ser las primeras en abrir espacios académicos de reflexión sobre los Derechos Humanos. En este sentido, nuestra Universidad Autónoma de Coahuila se congratula en apoyar proyectos como la presente obra, la cual ha recibido el aval de la prestigiosa editorial Dykinson, referente en Iberoamérica en obras de naturaleza jurídica.

El libro de José Luis Leal Espinoza y Rogelio López Sánchez, Doctores ambos por Universidades Españolas, es un gran aliciente para el claustro académico de nuestra institución. El título: «El Derecho a la Información y Datos Personales en México: una visión comparada con el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos», inmediatamente nos remite a uno de los temas que tiene mayor aliciente en las sociedades modernas: la información, la intimidad de sus habitante, y los medios efectivos para proteger las mismas.

Conforme al último índice de percepción de corrupción (2017), México ocupa el lugar número 135 de 180 países evaluados, posición en la que cae 12 lugares respecto al año 2016, de acuerdo con el mismo ranking. Ello ineludiblemente pone alerta en el tema de transparencia y la efectiva rendición de cuentas. Los temas de opacidad son abordados de manera efectiva en el primer capítulo de esta obra. Asimismo, hace hincapié en la última reforma que constituyó el nuevo sistema de Transparencia a nivel nacional, siendo el Estado de Coahuila uno de los primeros referentes a nivel nacional en plasmar a nivel legal las reformas necesarias para estar a la par de los estándares nacionales e internacionales, siendo una innovación el Gobierno abierto.

Resulta especial la contribución de los autores al ofrecer una visión comparada sobre el tema de acceso a la información, a la luz de los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Ello se alcanza gracias a la experiencia adquirida por los mismos, a través de diversas estancias académicas en organismos internacionales y españoles sobre estas mismas materias. La praxis combinada con el bagaje teórico sobre lo que resuelven a diario los órganos internacionales con la doctrina más actualizada, brinda un panorama que es sin duda alguna innovador para los estudios actuales sobre la materia en el Estado mexicano.

El último capítulo aborda un tema de las sociedades modernas: la protección de datos personales y el empleo de las tecnologías de la información. Es sin duda alguna valiosa la contribución realizada por los autores sobre una noticia que ha dado la vuelta al orbe, a raíz del descubrimiento que una de las plataformas digitales más grandes del mundo (Facebook) estuvo involucrada en uno de los escándalos de tráfico de datos personales de millones de personas en Estados Unidos de América, así como la empresa Cambridge Analytica, la cual empleó y manipuló los datos para fines electorales.

Las propuestas de los autores son vigentes, dinámicas y con un elevado compromiso de responsabilidad social, lo cual sin duda alguna, contribuirá a la generación de nuevo conocimiento, indispensable para nuestras instituciones públicas universitarias donde se producen todos los días aportaciones tecnológicas. Los desafíos que enfrenta el Estado mexicano como el combate a la corrupción, la transparencia, la rendición de cuentas, son constantes que se deben ir consolidando día a día como parte de una nueva cultura en todas nuestras instituciones públicas.

Felicito de nueva cuenta a los autores, y nos enorgullecemos que nuestra Universidad sea participe y alentadora de proyectos académicos como éste, cuna de la generación de nuevo conocimiento, crítica ante la sociedad y generadora de espacios de debate auténticos para fortalecer nuestro Estado Democrático y de Derecho.

Ing. Jesús Salvador Hernández Vélez
Rector de la Universidad Autónoma de Coahuila
Septiembre, 2018.



INTRODUCCIÓN

La transición política en México ha traído consigo innumerables cambios de paradigmas en nuestro sistema político. Uno de ellos se relaciona con la necesidad de transparentar los procesos de decisión de la administración pública. La legitimidad, desde la perspectiva ciudadana, ha ido transitando de la mera legitimación carismática del «buen gobernante», hasta la institucionalización de figuras constitucionales para la rendición de cuentas.

Ejemplo claro de lo anterior son los organismos reconocidos a nivel constitucional para este efecto, tales como la Auditoría Superior de la Federación y el Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI). Pero lo más importante, es que los actores políticos han ido transformando la cultura política hacia un respeto a los valores superiores del ordenamiento jurídico, inescindibles entre sí, tales como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Por este motivo, creemos que es necesario descifrar la magnitud del pluralismo político en el marco del Estado Constitucional mexicano, así como sus implicaciones para el mismo sistema político. El artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue base fundamental para el reconocimiento y

consagración del principio de división de poderes en la mayor parte de las constituciones contemporáneas. Éste tiene a su vez antecedentes en la filosofía política del siglo XVII, sostenida por John Locke, y durante el siglo XVIII, por Montesquieu.

En los países latinoamericanos, paulatinamente se ha ido despojando de esa extrema «rigidez» al principio de división de poderes, convirtiéndolo en un esquema efectivo de cooperación y de relaciones interinstitucionales de controles recíprocos, incluso, más allá de lo que conoce la doctrina constitucional alemana como «división de funciones». De esta forma, se procura alcanzar la fórmula ideal de «pesos y contrapesos», que limite de manera óptima el poder político, y permita a su vez la gobernabilidad.

En este sentido, coincidimos en que el concepto de Constitución trae aparejado como elemento inseparable el control. Pero es necesario precisar que solamente podemos hablar de control político cuando hacemos alusión o nos encontramos en un Estado Democrático y Social de Derecho; es decir, aquél complejo institucional que reconoce figuras que permiten fiscalizar el quehacer gubernamental, por medio del diálogo y procesos discursivos-rationales, maximizando así la transparencia y la rendición de cuentas.

El presente trabajo aborda el derecho a la información y protección de datos personales en Latinoamérica desde una óptica transversal de rendición social de cuentas y con un enfoque dinámico, que ayude a comprender cuál ha sido la evolución de este Derecho Humano de forma independiente y autónoma en relación con lo sucedido en Europa. Para este propósito partimos del camino que ha recorrido el Estado mexicano en materia de transparencia y acceso a la información desde el año 2002 a la actualidad.

Igualmente en el capítulo uno de esta investigación se aborda el tema del control parlamentario como un control político para la rendición de cuentas a través de la Auditoría Superior de la Federación como órgano autónomo al interior de la Cámara de Diputados.

En el capítulo 2 se analiza de manera comparada el derecho a la información pública como derecho autónomo e independiente del sistema constitucional e interamericano, a partir de los criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, institución que ha adoptado una postura menos ortodoxa que su homónima en América Latina, debido a las distintas tradiciones de interpretación y reconocimiento de los derechos en cada una de estas latitudes.

El capítulo 3 contiene una de las asignaturas aún pendientes en el Estado mexicano. Se trata del reconocimiento y protección del derecho a la intimidad, concretamente en su vertiente de protección de datos personales. Uno de los puntos más vulnerables en América Latina es la ausencia de mecanismos efectivos para proteger los datos de los ciudadanos. Sobre todo, del tratamiento irresponsable de miles de compañías que diariamente trafican con datos de millones de personas y la incapacidad de los gobiernos estatales para protegerlos de manera efectiva.

En este sentido, se aborda la legislación en materia de datos personales a partir de criterios de Derecho Internacional de Derechos Humanos en materia de derecho a la intimidad, así como la técnica de la ponderación con el propósito de armonizar el derecho a la información con el derecho a la protección de datos personales. Finalmente, hemos decidido incluir un tema trascendental que en los últimos años ha pasado desapercibido en el Estado mexicano y en muchos países de Latinoamérica, se trata del derecho a la intimidad ante los desafíos que presentan las nuevas tecnologías.

Dicho esto, la protección de datos personales en el ciberespacio ha traído consigo innumerables problemas relativos a la necesidad de proteger de manera más efectiva la intimidad y privacidad de millones de personas que a diario navegan y emplean distintos instrumentos tecnológicos en su vida cotidiana. En tal sentido, los millones de

datos que hoy existen en el mundo, se han convertido en la nueva moneda de cambio para miles de compañías como Facebook, que se encuentran actualmente involucradas en uno de los escándalos más grandes en la historia mundial sobre robo de datos personales (caso de Cambridge Analytica).

Por tanto, hemos decidido dar un repaso a la legislación europea sobre protección de datos personales, haciendo énfasis en el último Reglamento de Protección de Datos recién aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo, en vigor a partir de mayo de 2018. Señalamos particularmente el tema de la generación automatizada de perfiles para fines de marketing comercial y perfiles psicosociales que ayudan a los grandes corporativos de análisis big data a encontrar mejores técnicas de venta de forma masiva y automatizada.

Sin duda, el Estado mexicano no ha sido pionero en América Latina en protección de datos personales, mucho menos existen garantías lo suficientemente efectivas para disuadir a los traficantes de datos que todos los días manipulan y comercializan con ellos. No obstante, se han realizado los primeros intentos por tratar de transitar hacia un régimen más transparente, donde el derecho de acceso a la información pública sea un peldaño para fortalecer el tan debilitado Estado democrático de Derecho.

Nos ha parecido atractivo, ilustrativo y enriquecedor, comparar en el capítulo 2 la naturaleza autónoma de este derecho fundamental en relación con lo que sucede en la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como en el capítulo 3, su respectivo comparativo en el caso de la legislación europea de protección de datos personales, en especial en lo referente al tratamiento automatizado de datos para fines comerciales.

Esperemos que el propósito de esta obra cumpla su cometido, aperturando el debate sobre una temática fundamental para los países en Latinoamérica, principalmente México, que ha retrocedido severamente en el índice de transparencia internacional, situándose

como uno de los Estados más corruptos del continente, debilitando así la credibilidad institucional y aminorando el proceso democrático y deliberativo sobre el cual debe funcionar toda sana democracia. No cabe duda que los grandes temas políticos deben ir acompañados de transparencia y publicidad en la toma de decisiones, así como estrictos controles que garanticen los pesos y contrapesos de nuestros débiles Estados Constitucionales.

Agradecemos enteramente a la Universidad Autónoma de Coahuila, por conducto de su Rector, el Ingeniero Salvador Hernández Vélez, así como al Director de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, el Licenciado. Juan Carlos Hernández Cruz, ejemplos y pilares de estos procesos de transparencia que deben existir en los espacios universitarios, a fin de fortalecer los procesos deliberativos y democráticos de cambio, que siempre nacen en nuestras instituciones públicas. Sinceramente, nos congratulamos por su apoyo, amistad y compromiso de valorar proyectos académicos como éste.

Abril de 2018

José Luis Leal Espinoza
Rogelio López Sánchez





Capítulo 1

TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN SOCIAL DE CUENTAS EN LA GESTIÓN PÚBLICA

1. Hacia una nueva gestión pública en el Estado mexicano: sus principios y directrices

Históricamente nuestro país, como muchas de las naciones latinoamericanas, se caracterizó durante el siglo XIX y la mayor parte del XX, por el intervencionismo, el centralismo y la subordinación con el poder central, modelo calificado por algunos como el Leviatán criollo.¹ Durante los años ochenta el Estado fue perdiendo paulatinamente su legitimidad, debido al surgimiento de recurrentes crisis económicas, sociales y políticas.² El adelgazamiento del Estado, la

¹ Cfr. KAPLAN, Marcos, *El Estado latinoamericano*, UNAM, IJ, México, 1996, p. 7.

² Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999, pp. 87 y ss. Para el miembro de la Escuela de Frankfurt, esta compleja crisis se presenta en la forma de problemas económicos de autogobierno no resueltos. De esta manera, surgen las tendencias a las específicas crisis del sistema: económica, de racionalidad, legitimación y motivación en el Estado capitalista.



desregulación, la descentralización, la privatización de bienes y servicios públicos han provocado que la antigua visión de la administración pública quede obsoleta ante los innovadores procesos de eficiencia y eficacia que demandan el Estado moderno y la sociedad contemporánea.³

El derecho administrativo surgido de la revolución francesa⁴ y el modelo weberiano a partir del cual nace el concepto moderno de burocracia⁵ han tenido paulatinas transformaciones y han sido sustituidos por un modelo más flexible y dúctil: la *nueva gerencia pública*. Este modelo se erige como nuevo paradigma en la administración pública, introduciendo conceptos de la administración gerencial privada como la *eficiencia* y *eficacia* en los procedimientos administrativos⁶ provenientes de los modelos inglés y norteamericano.⁷

México ha quedado inserto en este nuevo paradigma. El Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000

³ Cfr. VALLS HERNÁNDEZ, Sergio y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo derecho administrativo*, Porrúa, México, 2003, pp. 6 y ss.

⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo I* (11ª ed.), Civitas, Madrid, 2002, p. 28; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

⁵ El paradigma decimonónico weberiano estuvo caracterizado por la especialización de funciones, jerarquía, delimitación de competencias, procedimientos administrativos estrictos, estructura vertical, el principio de seguridad en el empleo y los procedimientos de vigilancia y control. Cfr. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1981, p. 176.

⁶ Cfr. BOZEMAN, Barry, «Introducción: dos conceptos de gestión pública» en VV. AA. BOZEMAN, Barry, (coord.), *La gestión pública (Su situación actual)*, FCE, México, 1998, pp. 37-42.

⁷ Vid. DICLERICO, Robert y S. HAMMOCK, Allan, *Point of View: Readings in American Government and Politics*, McGraw-Hill, New York, 1992; LOWI, Theodore J. y GINSBERG, Benjamin, *American Government: Freedom and Power*, Norton, New York, 1990.

(PROMAP), constituyó el inicio en la renovación de las instituciones administrativas gubernamentales nacionales. En dicho programa se incluyeron nuevos instrumentos para el control y evaluación de los procesos y desempeño administrativo. Precisamente, en el apartado de Avance de Acciones, se incluyó la propuesta de renovación de la antigua Contaduría Mayor de Hacienda por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), acrecentando su autonomía operativa y técnica, dándose la reforma constitucional hasta el año de 2001.⁸

En esta tesitura, la ASF quedó inserta en el marco de esta nueva gerencia pública, y progresivamente ha adoptado mecanismos de medición y evaluación de la gestión pública a través de parámetros técnicos y funcionales. De esta forma, las diversas clases de gestiones (estratégica, de procesos, de servicios, exógena, y gestión de competencia-conocimiento) son algunas de las nuevas directrices bajo las cuales se rige este modelo administrativo.

De igual forma, los Estados han asimilado este gran proceso de transformación e innovación. Nuevo León a partir de 2003, reformó la Ley Orgánica de la Administración Pública, con el objeto de reestructurar la antigua Secretaría de la Contraloría General del Estado, sustituyéndola por la Contraloría Interna del Gobierno del Estado, y de esta forma, dotarla de mayor autonomía, independencia y profesionalismo, a través de la creación de la Dirección General de Normatividad y Transparencia. Aunado

⁸ El origen de esta iniciativa proviene del Ejecutivo Federal en el año de 1995, teniendo como marco de referencia el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, tal y como se asienta en dicho documento. Esta propuesta fue enriquecida con las propuestas de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional y el Partido de la Revolución Democrática, en los años de 1996 y 1997 respectivamente. Cf. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano (Debate legislativo. Reformas constitucionales durante la LVII Legislatura)*, T. XIII, CDHCU, IJ, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, pp. 280 y 332.

a lo anterior, en 2004 se elaboró el nuevo a Reglamento Interior de la Contraloría Interna del Gobierno del Estado, con el objeto de contar con procedimientos eficaces y eficientes para su operación.⁹

A nivel global, se ha venido gestando desde hace años un movimiento relacionado con la creación de instrumentos eficaces para la transparencia y acceso a la información gubernamental. México no ha quedado exento de estos grandes cambios a través de la creación de organismos autónomos para fomentar la transparencia y la rendición de cuentas, a fin de fortalecer esta cultura en las entidades federativas. Nuestro Estado ha respondido a tales exigencias y demandas de la sociedad mediante la creación de la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información y la publicación de su respectiva ley el 19 de julio 2008, volviendo asequible y real el derecho de acceder a la información gubernamental que por tantos años permaneció en el tintero de las ideas como un derecho irrealizable y carente de verdadera justiciabilidad.¹⁰

⁹ Vid. Artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública para el Estado de Nuevo León; Reglamento Interior de la Contraloría Interna del Gobierno del Estado; Manual de Organización y Servicios Contraloría Interna del Gobierno del Estado, Gobierno del Estado de Nuevo León.

¹⁰ El primer antecedente formal de leyes sobre acceso a la información fue la Ley para Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas, aprobada en Suecia en 1766, incluso diez años antes de la independencia de Estados Unidos y a trece de la Revolución francesa. Es así como históricamente el derecho de acceso a la información ha formado parte de los derechos fundamentales. Lo anterior se hace patente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las subsecuentes constituciones del país galo. Cfr. ACKERMAN, John y E. SANDOVAL, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo (Cuadernos de Transparencia 07)*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2005, p. 14; Vid. VV. AA. *Transparencia y acceso a la información, las tendencias en el mundo*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2006.

2. La fiscalización y rendición social de cuentas en el marco de la gestión pública

La *rendición social de cuentas* es un término bastante amplio y polisémico.¹¹ Éste es entendido como el proceso activo mediante el cual los servidores públicos informan y justifican sus planes de acción, comportamiento y resultados, además de tener responsabilidades administrativas conforme a la normatividad existente en caso de incurrir en irregularidades. Para Ackerman, la rendición de cuentas es aplicable en distintos ámbitos, a saber:

- Estructura de incentivos
- Orientación de desarrollo
- Nivel de institucionalización
- Profundidad de involucramiento
- Participación inclusiva
- Ramas del gobierno¹²

De esta forma, la *fiscalización*¹³ resulta ser una institución dentro de la rendición de cuentas, que limita y controla el poder político de

¹¹ La rendición de cuentas proviene del término anglosajón *accountability*; su traducción al español no es certera.

¹² Cfr. ACKERMAN, John M., *Social accountability for the public sector: a conceptual discussion and Learning Module*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, USA, 2005, p. 7.

¹³ Este término es definido por la Real Academia de la Lengua como: criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien. La palabra «control» proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-rolle* (*controle*), que significa, literalmente «contra-libro», es decir, libro-registro, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. Cfr. ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder (Introducción a una teoría constitucional del control)*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 1994, p. 69.

manera interorgánica u horizontal a través del examen crítico de la actividad del gobierno.¹⁴

Siguiendo la teoría institucional francesa, el objetivo primordial que persigue la creación de instituciones es buscar la continuidad en los objetivos perseguidos.¹⁵ En este sentido, los parámetros establecidos para ello son la evaluación y revisión de los activos del Estado, considerando su veracidad, razonabilidad y el apego a la ley.¹⁶ Los distintos organismos fiscalizadores en el Estado mexicano que se crearon desde el nacimiento de la primera Ley de Transparencia forman parte de este grupo de instituciones públicas autónomas, tales como la Auditoría Superior de la Federación,¹⁷ el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental y las distintas Comisiones Estatales de Acceso a la información para la rendición de cuentas en el área de la gerencia pública.

La experiencia de la administración pública francesa muestra que existen diferentes niveles en el *management público*. De esta forma, se concede gran valor a la concepción de los actores políticos, la experiencia técnica y su traducción en mejores condiciones en el desa-

¹⁴ Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), *Colección demos*, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1976, p. 353; ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder*, *op. cit.*, p. 69; UGALDE, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia. (El caso de México)*, IFE, México, 2002, p. 27.

¹⁵ Cfr. HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación (Ensayo del vitalismo social)*, (trad. del francés y bibliografía por Abeledo Perrot), Buenos Aires, 1968, p. 41.

¹⁶ Cfr. ADAM ADAM, Alfredo y BECERRIL LOZADA, Guillermo, *La fiscalización en México*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1996, pp. 66-67. A guisa de ejemplo, las clases de auditoría que lleva a cabo la Auditoría Superior de la Federación pueden ser: financiera, técnica, de evaluación de programas y de legalidad.

¹⁷ Vid. ACKERMAN, John M., *Estructura institucional para la rendición de cuentas: Lecciones internacionales y reformas futuras*, Auditoría Superior de la Federación, México, 2006; *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, Siglo XXI Editores-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

rollo de políticas públicas.¹⁸ Por otra parte, el mecanismo de control a través del Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, que son reproducidos por la ASF y las distintas Auditorías Superiores de las entidades de la República o Contadurías Mayores de Hacienda, respectivamente, provienen de la tradición anglosajona de la administración pública.

Dicho control es de carácter financiero externo administrativo que proviene del parlamento y obliga a los gobernantes a justificar su actuar diario en la función pública, además de acarrear responsabilidad administrativa, en caso de incumplir con la normatividad vigente, cuando se trate de un juicio de responsabilidad administrativa en contra de algún servidor público (juicio político).¹⁹

3. La responsabilidad administrativa del servidor público en la nueva gerencia pública

Un buen gobierno, como diría Victoria Camps, es el que se gana la legitimidad día a día, respetando las normas constitucionales y cumpliendo el programa político previamente diseñado para tal efecto.²⁰ En la actualidad, no basta seguir la normatividad administrativa establecida cuando se está en la función pública, sino que es necesario seguir una planificación detallada, en la que se precisen los fines de

¹⁸ Cfr. BARTOLI Annie y TROSA Silvia, *Le management public a l'interface de la administration et du politique*, Dunod, Paris, 2007, pp. 107-108.

¹⁹ Cfr. VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, UNAM, IJ, México, 1996, p. 276. Vid. HAURIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1970.

²⁰ Cfr. CAMPS, Victoria, «Ética del buen gobierno», en VV. AA. GINER, Salvador y SARASA, S. (comp.), *Buen gobierno y política social*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 22.

interés colectivo a corto y largo plazo, según lo exige la moderna gerencia pública.²¹

La responsabilidad del servidor público tiene íntima relación con la ética pública y la ética privada. Desde la Grecia clásica se ha abordado el problema de escindir entre las virtudes ciudadanas y las del gobernante. Platón fue uno de los máximos expositores del modelo gobernante-filósofo, sabio y justo, sometido al hilo de oro de la ley.²² Asimismo, expuso el espíritu de civilidad política necesario en cualquier sociedad.²³

Precisamente, los cotidianos conflictos éticos a los que se enfrentan los funcionarios en los cargos públicos provienen de dos características inherentes a su clase de puesto: *su naturaleza representativa y su carácter institucional*.²⁴ Por una parte, la esencia de la representación ciudadana en un cargo público debe ir acorde al bienestar general.²⁵ Por otra parte, la legitimidad democrática directa o indirecta, que fue razón de su elección, plantea que ellos deben promover los valores generales, compartidos unánimemente por la sociedad, al mismo tiempo que, dado su carácter institucional, su actuar diario debe ser conforme a un código de valores, propio de los cargos que ocupan.

²¹ En México, tal diseño se encuentra en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), el cual tiene su fundamento en la propia Constitución (es el llamado apartado económico: artículos 25-28) y constituye una de las principales directrices en el apartado económico, social y administrativo del Estado mexicano.

²² En el diálogo de la *República* expone el famoso mito de la caverna en donde plasma el ideal del gobernante filósofo, elemento rector para lograr el ideal del Estado platónico.

²³ Cfr. PLATÓN, *Protágoras* (versión de SCHMIDT OSMANCAIK, Ute), UNAM, México, 1994, p. 18.

²⁴ Cfr. THOMPSON, Dennis F., *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 14.

²⁵ Cfr. STUART MILL, John, *Utilitarianism, liberty and representative government*, J. M. Dent and Sons, London, New York, 1914, p. 217.

La anterior paradoja resulta un tanto compleja cuando se toman malas decisiones que afectan directamente el interés público, y más aún cuando dichas decisiones tienen un efecto negativo en los recursos públicos. Entonces, es difícil determinar el grado de responsabilidad individual que tiene un funcionario cuando actúa en «beneficio» de la administración.

Ahora bien, existen diferentes criterios para determinar el grado de responsabilidad administrativa de los servidores públicos cuando se toman malas decisiones que afectan directa o indirectamente el bien público. Esto nos invita a otro sugestivo e interesante debate que presentaremos a continuación, y que está relacionado con la cuestionable discrecionalidad que otorgan las leyes para considerar como reservada a determinada información por cuestiones de seguridad nacional, y de esta forma, escapar de las posibles sanciones que conllevaría en caso de que ésta fuera difundida.

4. Las manos sucias democráticas: entre la reserva de información y la efectiva rendición de cuentas

La primera interrogante que debe surgir al lector al inicio del presente apartado es la siguiente: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de *manos sucias democráticas*? Cuando hacemos alusión a esta paradoja, nos referimos a los funcionarios que infringen principios morales en nombre del interés público.²⁶ Esta disyuntiva se remonta desde pensadores medievales de la ciencia política como Maquiavelo (recordemos la famosa máxima: «el fin justifica los medios»), hasta escritores

²⁶ Cfr. THOMPSON, Dennis F., *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, op. cit., p. 25.

contemporáneos como Sartre, de quien hemos tomado la referencia del título al que hacemos alusión en la presente investigación.

Cuántas veces hemos escuchado el famoso adagio popular: «Los políticos en ocasiones deben hacer el mal para hacer el bien». ¿Están justificadas las acciones relacionadas con la preservación de información pública en aras del bien público?

Para ilustrar lo anterior, recordemos el fallo dictado por la Corte hace algunos años en la controversia constitucional 36/2003, promovida por el Ejecutivo Federal en contra de la Auditoría Superior de la Federación, relacionada con la solicitud hecha por este último organismo en cuanto diversos oficios del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA, ahora IPAB) sobre el destino de los recursos públicos aportados con el fin de rescatar a los ahorradores.²⁷ Tal decisión sentó un precedente muy significativo al limitar las facultades de esta institución fiscalizadora, reduciendo así el papel de éste a un mero organismo emisor de observaciones y recomendaciones, carentes de aplicabilidad, limitando y restringiendo el derecho fundamental de los ciudadanos de acceso a la información pública gubernamental.

En este sentido, la medida tomada por el gobierno resultó, según informaciones oficiales, proporcional y adecuada para resolver de manera inmediata los efectos de la crisis económica que vivía nuestro país. Sin embargo, ha pasado más de una década sin que tengamos la información sobre los beneficiarios de este rescate, ya que tal información se encuentra reservada o tiene carácter de confidencial,

²⁷ Quizá nunca llegaremos a saber el destino de los bonos emitidos por el gobierno federal y los beneficiarios de este rescate. No juzgamos en este momento sobre la legitimidad de esta medida, sin embargo, consideramos que no rendir cuentas a la sociedad acerca del destino de los recursos públicos, aún por cuestiones y razones de seguridad nacional, como se alegó en su momento, ocasiona y debilita la credibilidad de nuestras instituciones.

debido a que, según la normatividad existente, el difundirla pondría en peligro la estabilidad y la seguridad nacionales.

Lo mismo acontece con la colocación en subasta de más de ochenta mil millones de dólares por el Banco de México²⁸ y la nula información sobre los receptores de dichas subastas, lo que tarde o temprano incidirá en la política económica del país sin que estemos prevenidos, esto como consecuencia de la deficiente o escasa información pública en lo referente a la estabilidad financiera y monetaria que se ha negado a proporcionar el Banco de México.

El derecho a la información es considerado en la actualidad como un derecho fundamental. En tal virtud, la Corte Constitucional Colombiana se ha referido al mismo de la siguiente manera:²⁹

Un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal.

Ahora bien, la normatividad en materia de transparencia establece ciertas restricciones y límites a este derecho. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y la correlativa para nuestro Estado, establece como información reservada o clasificada, cualquiera que pudiera:³⁰

- Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional.

²⁸ <http://www.banxico.org.mx/portalesEspecializados/tiposCambio/didactico/SubDolar2008.html>

²⁹ Sentencia No. C-045/96.

³⁰ Artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

- Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros Estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado mexicano.
- Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país.
- Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.
- Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos, mientras las resoluciones no causen estado.
- La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial.

En este sentido, cabe destacar lo referido en los incisos anteriores, que tales prohibiciones pudieran estar justificadas en razón de su colisión con otros bienes de mayor envergadura, es decir, cuando se pusieran en peligro la vida, la seguridad o la integridad de las personas. Tal es el caso del acceso a averiguaciones previas en la persecución de algún delito o seguimiento de algún proceso judicial en el que pudiera resultar dañado el patrimonio de alguna persona.

La cuestión a dilucidar ahora es establecer los límites permisibles al derecho a la información. Siguiendo el famoso principio de proporcionalidad de la teoría de los derechos fundamentales, un derecho únicamente puede ser limitado o restringido en aquellas situaciones en que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, sea necesaria en una sociedad democrática, y que además, dicha

medida sea proporcional y adecuada con la situación que se presente.³¹

Como conclusión previa, advertimos lo siguiente: ¿constituye la seguridad nacional un fin constitucionalmente legítimo para restringir y limitar el derecho de acceso a la información? ¿Cuál es el grado de afectación que pudiera ocasionar la publicidad de la información considerada como riesgosa o dañina para la seguridad nacional?

Consideramos que la cuestión debe estar enfocada a cada situación particular. No se trata únicamente del establecimiento en los textos legales de mecanismos transparentes de rendición de cuentas, sino del establecimiento de responsabilidades en caso de su incumplimiento. En este sentido, coincidimos en que la judicialización del derecho a la información pudiera ser un camino adecuado para dirimir las cuestiones más escabrosas y delicadas, y decidir cuando la información debe ser considerada realmente como reservada o clasificada en aras de la protección del derecho fundamental al acceso a la información.

5. La transversalidad de las políticas públicas en materia de transparencia y acceso a la información

No cabe duda que una de las políticas públicas menos transversales en los últimos años, tanto en México como en Latinoamérica, ha sido el derecho de acceso a la información pública. La sola existencia *per se* de este derecho con categoría autónoma e independiente en el contexto del sistema de Derechos Humanos proyecta una ausencia

³¹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, p. 200. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 51 y ss.

de políticas públicas transversales en todos los sectores de la administración pública. Es decir, la creación de organismos encargados de transparentar el quehacer público está originado por la falta de cumplimiento a los principios básicos de transparencia en la aplicación de los recursos públicos.

En este sentido, se debe señalar que, para que una política pública sea eficiente, requiere coordinación con los distintos ámbitos gubernamentales, además de cumplir con los requisitos de eficacia y eficiencia que ha desarrollado ampliamente la teoría política contemporánea. Como preámbulo, se definen a las políticas públicas como «el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios» (Bañón, 1997: 2). Siguiendo al autor mencionado, las fases o pasos para la construcción de las políticas públicas son los siguientes:

1. Identificación y definición del problema
2. Formulación de las alternativas de solución
3. Adopción de una alternativa
4. Implantación de la alternativa seleccionada
5. Evaluación de los resultados obtenidos

En este sentido, se entiende por análisis de las políticas públicas «el conjunto de técnicas, conceptos y estrategias que provienen de distintas disciplinas –la Ciencia Política, la Sociología, la Teoría de la Organización, la Psicología y la Antropología, entre otras– que intentan mejorar la calidad de ese proceso de transformación de recursos en impactos» (Bañón, 1997: 3). Luego entonces, este proceso se puede centrar en varios aspectos:

- Externos, es decir, relacionados con el problema a tratar, por ejemplo, las dimensiones que tiene el problema del agua en el estado de Sonora, la gravedad del mismo, el número de personas que afecta, etc.
- Implicación y comportamiento de los actores sociales críticos con intereses en el proceso de la política pública hidráulica, es decir, los movimientos de las organizaciones no gubernamentales, la participación de la sociedad civil en la construcción de las políticas públicas, la supervisión de las universidades e institutos de investigación, ajenos al gobierno en las cuestiones medioambientales.
- Objetivos y metas, interesándose por conocer la adecuación entre las previsiones y los logros.
- Medios e instrumentos utilizados –recursos humanos, financieros, organizativos y tecnológicos– para desarrollar una adecuada política pública hidráulica.

Es decir, tratar de aplicar los conocimientos técnicos y la visión política que han dado los políticos y especialistas en la materia sobre el problema, para así dar respuesta a las difíciles preguntas y así, producir información valiosa que ayude a generar responsabilidad en el marco de las decisiones (Bañón, 1997: 4). Se debe recordar que una de las fallas sistémicas en la aplicación de las políticas públicas en México consiste en que no son evaluadas correctamente, ya que las mismas no deben satisfacer únicamente los intereses partidarios de gobiernos o gobernantes en turno, así como tampoco las demandas sectoriales de empresas o empresarios, sino que las políticas públicas se deben orientar al bien común, la satisfacción social y la aprobación ciudadana, sabiendo de antemano que tanto los gobiernos y las administraciones públicas como las empresas privadas integran una misma sociedad junto con las organizaciones civiles y los ciudadanos (Graglia, 2012: 37).

Por lo anterior, en el análisis de esta política pública en materia de acceso a la información se propone seguir un enfoque sistémico empleado por primera vez por el profesor David Easton (1999: 128), quien entendía los procesos de elaboración de políticas públicas a partir de una caja negra, donde las instituciones de la administración pública se consideran como mecanismos que limitan, controlan e incitan comportamientos, además de comunicar valores, como el de medioambiente y sustentabilidad, en nuestro caso, ayudando así a legitimarse dentro del marco institucional. Acorde con ello, se ofrece captar «inputs» como para ofrecer «outputs», dentro de este proceso de retroalimentación constante, que es indispensable para el éxito de cualquier proceso en la administración pública.

Ahora bien, las políticas públicas en materia de transparencia y acceso a la información pública suponen también describir, interpretar y criticar los distintos programas y planes existentes, así como evaluar los efectos en la satisfacción de las necesidades y resolución sobre los impactos positivos o negativos que han tenido en la población. A fin de analizar lo anterior, es indispensable seguir una serie de fases o pasos (Graglia, 2012: 83):

- 1) Identificación de necesidades y problemas
- 2) Inventario de proyectos (programas y planes) «existentes»
- 3) Detección de proyectos (programas y planes) «sobrantes» o «faltantes»
- 4) Análisis crítico y formulación de recomendaciones

Este análisis permitirá determinar la gravedad y urgencia de cada una de las necesidades que aún no han sido satisfechas por la política pública en materia de transparencia, describir la incidencia de cada uno de los problemas que faltan por resolver, y además distinguirlos de los motivos secundarios, que no ayudarían a comprender de manera directa las raíces del problema. Finalmente, la transversalidad

de esta política pública es tema central en la problemática de este trabajo, ya que en la medición de su efectividad y eficiencia, está implícito el mejoramiento y la consolidación de la coordinación interinstitucional, así como la integración intersectorial de los órdenes de gobierno que aplican esta política pública, como el estatal y los ámbitos municipales, ya que la propia Constitución otorga facultades a cada uno de ellos, luego, su ámbito de acción se debe encontrar no solamente circunscrito a la retórica, sino en la traducción de acciones concretas para resolver el problema.

Una de las principales problemáticas que se presentan en México al momento de analizar las políticas públicas es la partidización de las mismas. Esto implica que, en lugar de pensar en el problema para plantear la solución, ésta última se vuelve consecuencia de actos como el voto o de decisiones personales, dicho en otros términos, se toman de manera aleatoria las decisiones (Lindblon, 1991: 39). Sin duda, una de las maneras más recurrentes de resolver los problemas de política gubernamental, consiste en la delegación de funciones.

En este contexto, el análisis del papel de cada uno de los actores e instituciones que participan en la elaboración de la política pública juega un papel preponderante. Por tal motivo, se requieren acciones específicas de parte de los agentes económicos y sociales, y por lo tanto, se necesitan diversas formas de cooperación y confianza en la durabilidad de la política, así como otras características semejantes. Algunos autores han enumerado ciertas características, entre las que se incluyen (Stein, Tommasi, Echebarría y Lora, 2006: 16):

- Estabilidad: cuán estables son en el tiempo.
- Adaptabilidad: cuán ajustables pueden ser las políticas cuando fallan o cambian las circunstancias.
- Coherencia y coordinación: en qué medida son compatibles con políticas afines y en qué medida son el resultado de accio-

nes bien coordinadas entre los actores que participan en su formulación e implementación.

- Calidad de la implementación y de la efectiva aplicación.
- Orientación hacia el interés público: en qué medida las políticas se orientan hacia el interés público.
- Eficiencia: en qué medida las políticas reflejan una asignación de recursos escasos que asegura elevados retornos sociales.

Como consecuencia de la aprobación del nuevo Sistema Nacional de Transparencia en México durante el año 2012 (Ley General de Transparencia), se generaron nuevos mecanismos de rendición de cuentas y se trató de crear un sistema de coordinación, a través del cual se fomentaran las labores de coordinación y gestión de la información en todos los niveles gubernamentales (federación, Estados y municipios), sin embargo, esto no ha traído como consecuencia una mejoría sustancial. Según Transparencia Internacional (2017), el Estado mexicano retrocedió en relación con el año anterior, para ubicarse en el lugar 135 de 180 países evaluados en materia de corrupción. A nivel regional, se encuentra entre los peores posicionados de América Latina, por debajo de Brasil, Argentina, Colombia, Uruguay, y en el mismo nivel de países del Caribe como Honduras. Es junto con Rusia, el peor evaluado del G-20 y de la OCDE. Explicaremos a continuación algunos de los puntos más trascendentales de la reforma constitucional de 2012, en materia de transparencia.

6. La reforma constitucional en materia de transparencia y los nuevos sujetos obligados

La reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información a los artículos 6, apartado a), y 116, fracción VIII, esta-

bleció un nuevo catálogo de sujetos obligados en la materia. En el Dictamen formulado por la Cámara de Senadores, realizado posteriormente a la presentación de las tres iniciativas, destaca de manera trascendental el reconocimiento de los particulares como nuevos sujetos obligados en el contexto del nuevo marco constitucional propuesto por el constituyente permanente, así como la cita del Código de Buenas Prácticas elaborado por encargo del antiguo IFAI (las cursivas son nuestras):

Se está proponiendo que *los particulares que actúen como autoridad* o la auxilien, o aquéllos que ejerzan gasto público, quedan –por esos simples hechos o circunstancias– de forma automática o lógica como sujetos obligados –indirectos– en materia de acceso a la información pública. Sin dejar de advertir, que *respecto a la información pública de aquellas personas físicas o morales (jurídicas-colectivas) que reciban recursos públicos, o realicen actos de autoridad, se propone que el acceso se realice a través de la autoridad*, ente, órgano u organismo público que hubiere entregado los montos respectivos, o sea el que supervise la actuación de esos particulares; es decir, en este caso, se está proponiendo que las personas físicas o morales referidas sean sujetos obligados indirectos en el acceso a la información pública, siendo el vehículo para ello los propios sujetos obligados directos respectivos³².

Otra cuestión ampliamente debatida fue la inclusión, como sujetos obligados, de personas privadas. Cabe recordar que 23 leyes estatales establecen que las personas físicas y morales que reciben recursos públicos o realizan funciones públicas son sujetos obligados directos del derecho de acceso a la información. La experiencia muestra que esta práctica presenta importantes problemas jurídicos y prácticos. *No obstante lo anterior, es cierto que existe una cantidad importante de infor-*

³² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Estudios Legislativos Primera; de Gobernación y de Anticorrupción Participación Ciudadana en Materia de Transparencia, Gaceta No. 77. Cámara de Senadores, México, DF, jueves 20 de diciembre de 2012, p. 54.

mación relevante que se encuentra en posesión de particulares y de organizaciones privadas. En atención a los múltiples comentarios de las reuniones regionales sobre la importancia de garantizar el acceso a esta información, el CBP propone, retomando a la jurisprudencia de los tribunales federales, que cuando un particular realiza actos de autoridad, la información que genere será considerada como información pública. Este artículo permite otorgar así acceso a la información de los sindicatos, las asociaciones empresariales o los concesionarios de un servicio público respecto de los actos que realicen en calidad de autoridades. Debe hacerse notar, sin embargo, que se propone que el acceso no se dará de manera directa, sino a través de la autoridad que supervise la actuación de esos particulares. La razón de esta disposición atiende a razones prácticas y a evitar cargas regulatorias excesivas o incumplibles para las personas privadas». ³³

Particulares que reciben recursos públicos o ejercen actos de autoridad: En relación con la información de particulares el citado Código de Buenas Prácticas, plantea que los particulares que ejercen actos de autoridad estarán obligados a entregar la información relacionada con esos actos a través del sujeto obligado que supervise estas actividades. Siendo que lo importante a destacar es que cuando un particular realiza actos de autoridad, la información que genere sea considerada como información pública.

...

Además, en el Código de Buenas Prácticas, se expone que «por acto de autoridad debe entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, un acto unilateral, coercitivo y con imperio que crea, modifique o extinga situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados.

También, se expone que a fin de regular el derecho de acceso a la información pública que pudieran poseer los particulares se atendió a la ampliación del concepto de autoridad que para efectos del amparo ha sostenido el Poder Judicial de la Federación: son autoridad aquellos

³³ *Ibid.*, p. 57.

individuos que ejerzan actos unilaterales y usen la fuerza pública para alterar la esfera jurídica de los gobernados. Es decir, la autoridad se distingue por el hecho de que realiza actos con imperio, más que por los sujetos que ejecutan el acto. Ahora bien, ante una administración pública cada día más compleja, la distinción del carácter de cada uno de los actos realizados por entes públicos o que los mismos delegan incluso a particulares se hace más difícil. Así, por ejemplo, casos como PEMEX o Seguro Social en ciertos esquemas actúa con imperio y por tanto es una autoridad y en otros no. Véase por ejemplo la tesis CONFEDERACIÓN DEPORTIVA MEXICANA, ASOCIACIÓN CIVIL. TIENE LA CALIDAD DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, CUANDO SUS ACTOS SE FUNDEN EN LA LEY GENERAL DEL DEPORTE, EN RELACIÓN CON SU ESTATUTO. Es importante precisar que el acceso a la información de estos particulares, en su caso, se limita a aquella información relacionada con sus funciones equiparables a actos de autoridad y no al conjunto de sus actividades. A mayor abundamiento de lo anterior, cabe recordar, que la fracción VI del artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que «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». Esta disposición constitucional deja justificada claramente buena parte de la propuesta que se plantea en la presente iniciativa.

...

En efecto, hay que reconocer que existen algunas personas de carácter privado, ya sean físicas o morales, que ejercen funciones públicas, ya sea por delegación o por un mandato legal.

Como atinadamente apunta Sergio López Ayllón, «este es el caso de los notarios públicos, de los concesionarios de bienes o servicios públicos, de los colegios de profesionistas o cámaras comerciales o industriales y aun de los sindicatos. La pregunta es si éstos son sujetos obligados del derecho de acceso a la información y, si esto es así, cuáles son los mecanismos para ejercerlo». Más aún, el problema se plantea

respecto de las personas privadas que, cada vez con mayor frecuencia, desarrollan funciones públicas o ejercen por delegación o mandato legal funciones de autoridad, sin constituirse propiamente como entidades públicas. La calidad de sujetos pasivos del derecho de acceso a la información de estas personas plantea cuestiones complejas, en particular respecto a los procedimientos para hacer efectivo el derecho.

Dejando claro, que no por recibir recursos del erario o por ejercer una parte del gasto estatal, toda actividad de estas personas se convierte en materia de acceso público, sino únicamente de aquellas en lo que se aplicó el recurso público o bien se ejercitó o ejecutó un acto de autoridad, no así respecto de otras distintas a estos supuestos, no pudiendo entender que todas las actividades serán consideradas como parte del acceso a la información, sino solo en los casos ya descritos, lo anterior con el fin de no afectar la privacidad e intimidad de las personas.

Los anteriores razonamientos legislativos contienen claramente el espíritu del Poder reformador de la Constitución, al establecer de manera precisa que los particulares que ejercen actos de autoridad también pueden ser sujetos obligados indirectos en materia de transparencia, dejando incluso la potestad a las entidades federativas de acuerdo al numeral 116, fracción VIII, de garantizar el derecho de acceso a la información y protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, de acuerdo a los principios del artículo 6º, apartado a).

Por ello, es factible, y acorde a una interpretación conforme con el artículo 6º constitucional, considerar como sujetos obligados indirectos a los notarios públicos, toda vez que el concepto material que tiene el legislador al momento de introducir la figura en el texto fundamental es acuerdo a las nuevas realidades derivadas de la teoría contemporánea de la autoridad, que retoman incluso del Código de Buenas Prácticas el concepto ya ampliamente difundido tanto en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia del Poder Judicial de la

Federación, es decir, «un acto unilateral, coercitivo y con imperio que cree, modifique o extinga situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados».

Dicho en otras palabras, la Constitución en su artículo 6º establece un nuevo catálogo de sujetos obligados indirectos. Abrió la posibilidad situándose en un paradigma distinto bajo el cual lo analiza la autoridad responsable, es decir, el primer modelo de transparencia en su fase inicial 2002, con la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental y la correlativa reforma constitucional de 2007,³⁴ estableció un diseño preliminar mediante el cual se le reconoció el carácter tanto individual como social a este derecho fundamental, así como a la protección de la vida privada y datos personales.³⁵

Un cambio de paradigma trascendental en los últimos años ha sido la mutación legislativa que ha sufrido el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo. En la Ley de Amparo vigente el legislador ha dado un viraje importante, al establecer esta nueva posibilidad. En la «Exposición de motivos» de dicha legislación, y después de un análisis reflexivo sobre las distintas vías (civil, administrativa) que pudieran ejercitarse para hacer valer los derechos, el legislador determinó que el juez deberá hacer caso a la afectación material del derecho fundamental en cuestión, sobre el acto de autoridad, así como las condiciones del particular para defenderse, y no tanto al aspecto formal de quien emite el acto violatorio de derechos.

³⁴ Vid. ISLAS L., Jorge, «La información pública y la jurisprudencia internacional», en CARBONELL, Miguel y BUSTILLOS ROÑEQUI, Jorge (coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, (1ª ed.), pp. 155-174.

³⁵ Vid. CARBONELL, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, IIJ-UNAM, México, 2008.

... existen casos en los que deban tener este cauce procesal para obtener una protección más eficaz, más justa y por tratarse de una violación directa a este tipo de derechos. Por ello se considera que la mejor forma de plasmar este concepto en esta Ley y de explicarlo en el presente dictamen es definir el acto de autoridad y que los particulares tendrán dicha calidad cuando sus actos u omisiones sean equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos del acto de autoridad que objetivamente se define en la fracción II, y cuya potestad o función derive de una norma general y abstracta.³⁶

Es decir, el concepto de personas físicas que realizan «actos de autoridad» como sujetos obligados en la Ley General establecido en el artículo 23 no es un catálogo cerrado a solamente a aquellas personas que reciban recursos públicos, toda vez que el propio legislador federal determinó: «en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal». Es decir, se debe atender al ejercicio material de ese «acto de autoridad» para determinar si realmente el ejercicio de cualquier particular que reciba recursos públicos deviene en la generación de información de interés público, y así concluir si el ejercicio del derecho a la información pública se debe proteger en las

³⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia; de Gobernación; de Estudios Legislativos, Segunda a la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, 5 de Octubre de 2011, Primer Periodo Ordinario, *Gaceta del Senado de la República*, Año III, primer periodo ordinario, Legislatura LXI, 6 de octubre de 2011, No. 283, tomo II, 6 de octubre de 2011, p. 21. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/3/2011-10-06-1/assets/documentos/ley_amparo.pdf.

relaciones generadas entre la sociedad civil organizada y el resto de las personas.³⁷

Para lograr lo anterior, es necesario partir de una definición mínima de información de interés público que brinda la propia Ley de Acceso a la Información en su numeral 3, fracción XII: «la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente el interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados». A continuación explicaremos los tipos de control que ejerce el Poder Legislativo, en el marco de fiscalización antes expuesto que lleva a cabo la Auditoría Superior de la Federación, órgano interior de la Cámara de Diputados.

7. El control parlamentario como control político en la rendición de cuentas

Como acentúa Solís Fallas, el Poder Legislativo nació para promover y defender los intereses de los ciudadanos ante los monarcas, y en la actualidad tanto en monarquías como en repúblicas mantiene esa calidad representativa, ya que una de sus funciones es canalizar las inquietudes y quejas de la ciudadanía ante los administradores de los recursos públicos, esto es, el Poder Ejecutivo.³⁸ Dicho esto, se puede concluir preliminarmente que el parlamento es la voz del pueblo, y

³⁷ Derechos Fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares, Localización: [J]; 10a. época; 1a. sala; S.J.F. y su gaceta; libro XIII, octubre de 2012; tomo 2; p. 798. 1a./J. 15/2012 (9a.).

³⁸ SOLÍS FALLAS, Otón, «Ética y probidad en el Poder Legislativo», *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 8 núm. 2, agosto del 2000, p. 221.

constituye el pueblo en formato reducido.³⁹ La representación política que ostenta tiene mayor legitimidad que la de los otros poderes, ya que se integra con representantes de múltiples fuerzas políticas y sociales, mayorías y minorías con ideologías y programas diversos, cuyos acuerdos en consenso representan en mayor grado la voluntad de toda la población.

Por tales motivos, en una democracia representativa, el papel que juegan los parlamentarios es sustancial. Por ello, como se asevera frecuentemente, el Poder Legislativo más que un órgano político es un órgano social, más que formar parte del Estado forma parte de la sociedad. El sistema jurídico de todo un país tiene su origen en el Poder Legislativo, la ley como máxima expresión de la voluntad popular es producida dentro del parlamento.

Los legisladores cuentan con el gran honor de influir en el destino de la patria por medio de las diversas facultades de la institución representativa. Por ejemplo, determinan lo que es lícito o ilícito, establecen los órganos del Estado y su competencia, fijan los delitos y sus penas, ratifican los tratados internacionales, nombran funcionarios de los otros poderes, aprueban la actividad presupuestaria del Estado, imponen las contribuciones y autorizan los préstamos solicitados por el Ejecutivo, reglamentan las relaciones entre los particulares entre sí, protegen a grupos sociales específicos mediante disposiciones especiales y establecen los procedimientos para la resolución de controversias, entre otras cuestiones.

Por ello, los parlamentarios intervienen en la toma de decisiones y perfeccionan las leyes para el bien común. Por tal motivo, para el legislador su principal retribución es contribuir con su trabajo e ideas a que el país se encamine por el rumbo más apropiado. Las

³⁹ DELPÉRÉE, Francis, «*El parlamento en el siglo XXI; su legitimidad y su eficacia*», en BERLÍN VALENZUELA, Francisco (coord.), *El Estado contemporáneo y su reconstrucción institucional*, México, Porrúa, 2002, p. 361.

decisiones de los legisladores afectan a todos los grupos, sectores e instituciones de la sociedad, tanto en su historia como en sus sueños y aspiraciones.

Los ciudadanos agradecerán los beneficios de una ley justa, o reclamarán por los males producidos por una legislación deficiente. En fin, como señala Solís, la función de legislador es de suma importancia, debido a la magnitud de las responsabilidades, y el honor, asociados con el puesto.⁴⁰ Por ello, cuando esta labor no se realiza con la celeridad y pulcritud requeridas, se ocasionan grandes problemas. Spencer decía que «los legisladores ignorantes aumentan constantemente las miserias humanas»;⁴¹ a lo que podemos agregar que «los legisladores responsables y trabajadores conquistan el progreso para sus pueblos».

Como el pueblo es más importante que el gobernante, es necesario que aquél pueda imponer su voluntad sobre éste, para lo cual la institución que lo representa con mayor legitimidad debe contar con las herramientas que le permitan controlar el poder otorgado. El poder legislativo en el Estado contemporáneo realiza varias funciones entre las que destacan: representativa, legislativa, financiera o presupuestaria, administrativa, de orientación o dirección política, jurisdiccional y de control. Sin duda alguna la más importante es la que se refiere al control y fiscalización sobre los otros órganos del poder, particularmente el Ejecutivo. Esto se realiza tanto en regímenes presidencialistas como parlamentarios, mediante diversos instrumentos como son: fiscalización de los recursos económicos y financieros del Estado, integración de comisiones investigadoras, participación en los juicios de responsabilidad de los altos funciona-

⁴⁰ SOLÍS FALLAS, Otón, «Ética y probidad en el Poder Legislativo», *Revista Parlamentaria*, San José, Costa Rica, vol. 8 núm. 2, agosto del 2000, nota 6, pp. 240-243.

⁴¹ RAMÍREZ, Alfonso Francisco, «*Antología del pensamiento político*», México, Cultura, 1957, p. 488.

rios, intervención en la política internacional y aprobación de los tratados y las comparecencias de funcionarios, por citar algunos ejemplos.

Por tanto, como afirma de la Rúa: «El parlamento debe ser el más importante órgano de control en toda democracia, sus tareas no son burocráticas, tecnocráticas ni delegables, sino eminentemente políticas».⁴² En el Estado contemporáneo, la principal función del Poder Legislativo es controlar al Poder Ejecutivo. Se afirma con razón que el parlamento es el germen de la democracia, pues representa la negación de los regímenes autoritarios, a través de él, la nación recupera su capacidad de expresarse, de definir un nuevo proyecto de convivencia colectiva. El parlamento es el primer componente democrático del nuevo régimen. Es en el parlamento donde han iniciado los movimientos en pro de la democracia.

Además, como se ha subrayado, el Poder Legislativo es aquel que más directamente representa a la nación y en el que se centraliza el ejercicio de la soberanía popular: «No hay Estado civilizado en el que no exista el poder representativo del pueblo, al menos en su forma unicameral».⁴³ En este sentido, Rossell señala que la institución parlamentaria también es una columna de apoyo para la gobernabilidad, pues al ser una arena que representa todos los intereses, es una válvula de escape de las tensiones inherentes a la vida social y una herramienta que permite alcanzar los acuerdos necesarios para mantener el orden de la sociedad.⁴⁴ El Poder Legislativo es el principal medidor de la democracia, pues mediante la técnica de la representación se identifica con el pueblo, actúa en su nombre, sirve de freno

⁴² RÚA, Fernando de la, «El parlamento, garantía de la democracia», *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, Cámara de Diputados-UNAM, 1994, p. 179.

⁴³ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁴ ROSSELL, Mauricio, «Congreso y gobernabilidad en México», México, Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 51 y 52.

al poder, orienta la gestión política y legisla.⁴⁵ Esto obliga, en mayor grado, a que dentro del parlamento los procesos y las decisiones se realicen también de manera democrática y con el respeto absoluto a las garantías del individuo.

Debido a que el parlamento tiene la facultad de aprobación de las decisiones fundamentales de un Estado, es el foro natural para la discusión y toma de acuerdos que influirán en el desarrollo de la vida de un país. Es el lugar donde se discuten los grandes problemas de la vida nacional y se toman las decisiones de cómo enfrentarlos, sus disposiciones representan a todos los grupos de la sociedad, no únicamente al grupo político mayoritario. Por ello, como afirma Cervantes Herrera, el Poder Legislativo no sólo tiene razón de ser en el perfeccionamiento de las leyes o como entidad fiscalizadora y de equilibrio entre los poderes, sino además, en la capacidad de reflexión de los problemas o sucesos que inciden o emergen de la comunidad, para discutir y deliberar, e influir en las decisiones fundamentales que marcan el rumbo de la sociedad.⁴⁶ Las grandes reformas de Estado han surgido de la discusión del tema realizada en las Cámaras.

Desde la antigüedad se le ha atribuido al parlamentario una importancia inconmensurable. Rousseau expresaba que el legislador es, bajo todos los conceptos, un hombre extraordinario en el Estado, y que si bien debe serlo por su genio, mucho más por su cargo; por ello recomendaba que las leyes no deben ser hijas de sus pasiones⁴⁷. Debido a que el Estado de derecho no es algo que se alcance y manten-

⁴⁵ DUARTE RIVAS, Rodolfo, «Significado del Poder Legislativo en la reforma del Estado mexicano», *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, 1ª. época, vol., I, núm., 1, enero-abril de 1991, p. 74.

⁴⁶ CERVANTES HERRERA, José, «El Poder Legislativo y la democracia. Los retos actuales», *Investigaciones Jurídicas*, México, Universidad de Guanajuato, 1998, pp. 45-51.

⁴⁷ Esto se señala en el capítulo VII, libro segundo de *El contrato social*. ROUSSEAU, Juan Jacobo, 4ª ed., México, UNAM, 1984, p. 53.

ga por sí mismo, los legisladores son los encargados de velar por la vigencia de éste, y por combatir contra todo aquello que lo vulnere o lo ponga en riesgo. Los parlamentarios son los depositarios del gran tesoro constituido por aquellas libertades, derechos y prerrogativas alcanzados por los ciudadanos a lo largo de la historia, los cuales es preciso preservar y llevar a su plenitud.

Es por ello que para fortalecer la democracia representativa se quiere un Poder Legislativo sólido, capaz de cumplir a cabalidad con sus funciones, en especial las de representar genuinamente a la ciudadanía, legislar con rigurosidad y fiscalizar de modo adecuados otros poderes del Estado.⁴⁸ El futuro de un país se encuentra determinado por el tipo de parlamento que posea. No puede haber democracia sólida sin un congreso con desarrollo institucional suficiente que garantice la estabilidad política, la confianza y seguridad jurídica, y que además, promueva férreamente el desarrollo económico y social.⁴⁹

En virtud de lo anterior, es indispensable mantener en alto el valor de la institución representativa, sin embargo, esto no ha acontecido así, ya que se han presentado diversas situaciones que han manchado el nombre y la dignidad de éste órgano del Estado. No obstante la gran responsabilidad que desempeñan los parlamentos o congresos, y de su importancia en la actualidad, esta institución ha sufrido un notable menoscabo en la credibilidad por parte de la sociedad.

A pesar de lo anterior, el Poder Legislativo no es uno de los mejor evaluados de las instituciones gubernamentales, sino que registra un nivel más bajo de aprobación que el resto de las instituciones

⁴⁸ PERINA, Rubén M., «Prólogo. Elementos para la modernización parlamentaria», en varios autores, *Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001, p. 13.

⁴⁹ .

del Estado, este fenómeno se presenta tanto en los Estados con democracias consolidadas como en aquellos que se encuentran en régimen de transición. En los países de Europa del Este, Asia y América Latina, el porcentaje de los que manifiestan confianza al parlamento nacional es de 20%.⁵⁰ El Congreso, los partidos políticos y la policía (ésta última en los casos de los países en desarrollo) son las instituciones con más alto nivel de desconfianza y desaprobación ciudadana.

Otras encuestas proyectan resultados similares: en una escala del 0 al 10, en donde 0 es «no confío nada» y 10 es «confío mucho», en 1996 se le otorgaba a los diputados la calificación de 5.8; en el año 2000 de 4.6; en enero de 2003 4.46; en junio de 2006 de 5.14 y en diciembre de 2009 (actual legislatura en México) alcanza una lamentable nota de 4.14%.⁵¹ Se afirma que esto se debe a que pocos ciudadanos conocen la estructura, funciones y actividades del Poder Legislativo; sin embargo, podemos destacar tres aspectos fundamentales: falta de representatividad, de eficiencia y de ética. Respecto de este último aspecto, tenemos que uno de los grandes males que han dañado notablemente al Poder Legislativo es la corrupción.

En el ámbito de lo público, es un vehículo para escapar de los controles del poder, y usarlo indebidamente.⁵² Del Castillo explica la corrupción al apuntar que consiste en la violación de una obligación por parte de un funcionario público (burócrata) o representante popular (político) con el objeto de obtener un beneficio personal, en forma de dinero o regalos, de la persona que le soborna o a quien

⁵⁰ Latinobarómetro 2017.

⁵¹ CONCHA CANTÚ, Hugo A., *Cultura de la Constitución Mexicana. Una encuesta nacional de actividades, percepciones y valores*, México, UNAM, 2004, p. 62.

⁵² MADRAZO CUÉLLAR, Jorge, «*Los derechos humanos como factor de lucha contra la corrupción*», *VI Conferencia Internacional Anticorrupción, Cancún 1993. Memoria*, México, Secretaría de la Contraloría General de la Federación, 1994, t. II, pp. 31 y 32.

extorsiona.⁵³ En un primer plano, podremos señalar que la corrupción en el Poder Legislativo implica alterar, echar a perder, trastocar su naturaleza de órgano representativo de la nación, para convertirse en un ente donde sólo confluyen los intereses de unos cuantos.

La corrupción en general es un mal que impide el desarrollo de los pueblos; como manifiesta Rodríguez Chang, es un mal mundial que no tiene fronteras, afecta la democracia y sus instituciones, la educación, la cultura, la sociedad, el Estado y al individuo como ser humano; afecta también el sistema de valores, la ética, la moral de la sociedad, es por tanto un problema de Estado, y la sociedad exige para su combate una política nacional y una posición beligerante de las instituciones políticas. Cuando se presenta la corrupción se debilitan los valores y las instituciones positivas para dar paso a los anti-valores, al caos y la anarquía social, uniéndose con el materialismo, la riqueza sin esfuerzo, el silencio cómplice y la indiferencia de las mayorías, cuya desidia facilita su crecimiento y ramificación.⁵⁴

García Laguardia considera que esta conducta inmoral e irresponsable de los servidores públicos tiene muchas consecuencias de diversa índole, pues entre otras cosas afecta el desarrollo al desviar recursos, malversar fondos de la comunidad y distraer sus esfuerzos, además produce una falta de credibilidad en el sistema jurídico y en la democracia, poniéndose en riesgo la propia gobernabilidad, con la consecuente desestabilización del sistema político y democrático, especialmente en Latinoamérica, en procesos difíciles de transición de los regímenes autoritarios de las décadas pasadas⁵⁵.

⁵³ CASTILLO, Arturo del, *Medición de la corrupción*. Un indicador de la rendición de cuentas, México, Auditoría Superior de la Federación, 2003, p. 17.

⁵⁴ RODRÍGUEZ CHANG, Ronny, *Introducción a la ponencia* presentada en el marco del IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2004.

⁵⁵ GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, «Ética parlamentaria en Guatemala», en varios autores, *op. cit.*, nota 16, pp. 155 y 156.

El Poder Legislativo no escapa de esta corrupción, las causas son diversas, pero una importante es el desconocimiento sobre las normas éticas que implica la función representativa; en cambio, tenemos que la mayoría de los gobiernos poseen una política ética pública como instrumento de lucha contra la corrupción, dicha ética del servicio público se desarrolla ya sea formulada en términos de derecho positivo (códigos y leyes) o simplemente por costumbre.⁵⁶ La corrupción ha existido desde la antigüedad, pero con el desarrollo de las comunicaciones se ha dado a conocer más en los años recientes. Analizaremos algunas de sus manifestaciones en los parlamentos actuales.

Antes de proseguir con el análisis propio del control parlamentario, consideramos indispensable resolver las siguientes cuestiones: ¿qué naturaleza tiene el control parlamentario?, ¿cuál es su objeto y finalidad?, ¿tiene algún límite? Los especialistas en la teoría del control del poder político coinciden de manera unánime en que la Constitución encierra en sí la idea de control.⁵⁷ De forma genérica, Manuel Aragón ha clasificado en controles sociales, políticos y jurídicos las distintas modalidades que existen para limitar y controlar el poder. El control social se distingue del resto de los otros por la titularidad del mismo, el cual reside en la sociedad civil organizada, es decir, apartado del marco institucional.⁵⁸

Por otra parte, el control jurídico guarda ciertas características peculiares que lo diferencian del control político. La primera de ellas es el carácter objetivado del mismo, es decir, el parámetro o canon de control existe previamente y no es disponible por quien lo ejerce, mientras que el control político es subjetivo, queda entonces a la li-

⁵⁶ RODRÍGUEZ CHANG, Ronny, en *op. cit.*, nota 23, pp. 22 y 23.

⁵⁷ Cfr. ARAGÓN Manuel, «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 19, enero-abril 1987, p. 17.

⁵⁸ Cfr. VALADÉS, Diego, *El control del poder*, UNAM-IIJ, México, 1998, p. 26.

bertad del político ejercerlo con determinada intensidad. La segunda diferencia se refiere a las razones jurídicas que motivan los actos jurídicos, en este sentido, el control jurídico se encuentra sometido a actos de verificación, a diferencia del control político, donde prevalece el principio de oportunidad.

Otra peculiaridad es el carácter necesario del control jurídico, donde indispensablemente debe imponerse una sanción establecida previamente en las normas legales, cosa que no ocurre con el control político, sujeto al principio de oportunidad. La última cualidad que advierte Aragón es la autoría, es decir, es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especiales conocimientos técnicos para la interpretación de las normas, mientras que el otro control lo ejercen los políticos.⁵⁹

En este sentido, el control político, será aquel «cuyo parámetro de actuación lo constituye un orden jurídico, y su resultado siempre se basa en razones jurídicas. Es un control de oportunidad que se efectúa cuando la situación lo amerite a consideración del órgano controlante, pero no necesariamente acarrea una sanción».⁶⁰ Conforme con lo anterior, el control parlamentario se clasifica entonces como un control político, dada la finalidad u objeto del mismo, de controlar el ejercicio del poder ejecutivo en su función de supervisor y fiscalizador de la administración pública gubernamental.

Una vez resuelta la primera cuestión relacionada con la naturaleza del control parlamentario como control político, y en consonancia con el hilo conductor de este apartado, brindaremos una definición del mismo, para después señalar su finalidad y límites. En este sentido, el control parlamentario es definido como «la acti-

⁵⁹ Cfr. ARAGÓN, Manuel, «El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico», en *Constitución, democracia y control*, UNAM-IIJ, México, 2002, pp. 136-137.

⁶⁰ Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, UNAM-IIJ, México, 2010, 3ª ed., p. 173.

vidad parlamentaria encaminada, a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación de la actividad del poder ejecutivo y a la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptible de producir consecuencias diversas, y entre ellas, la de exigencia de la responsabilidad política del Gobierno». ⁶¹

Dicho lo anterior, el objeto del control parlamentario es la actividad gubernamental. Y es aquí donde entra el principio de pluralismo político que hemos tratado de explicar en la introducción del presente trabajo, ya que la oposición parlamentaria es quien principalmente ejerce la crítica responsable en contra del gobierno. ⁶² Por este motivo, no puede existir un efectivo control parlamentario si no hay mecanismos al interior del congreso para otorgar garantías efectivas de protección a las minorías parlamentarias. Incluso, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que las principales funciones del control parlamentario son, además del control y la fiscalización de los actos de la administración pública, la publicidad y debate ante la opinión pública, la función de dirección política. ⁶³

Ahora bien, creemos que resulta pertinente responder la última pregunta planteada al inicio del presente apartado: ¿tiene el control parlamentario algún límite? En definitiva sí, ya que entre las obligaciones que impone la Constitución a las minorías parlamentarias se incluye que éstas deben ser respetuosas del sistema consti-

⁶¹ Cfr. MONTERO GIBERT, José Ramón y GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 35.

⁶² El profesor Miguel Eraña ha señalado también como fundamentales para la protección de las minorías dentro del Congreso las siguientes: el quórum parlamentario, la composición de los órganos de gobierno y organización interna y la posición de las minorías en los procedimientos especiales de reforma y de control de constitucionalidad. Cfr. ERAÑA, Miguel, *La protección constitucional*, op. cit. p. 64 y ss.

⁶³ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, «El control parlamentario como control político», en *Constitución y control del poder*, op. cit., pp. 157-193.

tucional el cual están insertas, es decir, no puede existir una democracia plural si hay minorías intolerantes o violentas que tratan de desestabilizar ilegalmente el buen ejercicio de la acción gubernamental.

En este sentido, si bien es cierto que las minorías necesitan de protección constitucional para ejercer activamente su derecho a la crítica propositiva, es necesario también que éstas respeten en todo momento las reglas consagradas constitucionalmente, con el fin de evitar el bloqueo de poder hacia el ejecutivo, en su carácter de titular de la administración pública gubernamental.⁶⁴ Una vez dicho lo anterior, pasemos al análisis del control parlamentario en el sistema presidencial mexicano.

El control parlamentario es de tres clases: de la legislación, presupuestal y político (en sentido estricto).⁶⁵ El control legislativo se refiere a las facultades legislativas del presidente (iniciativa, participación en la discusión de la ley, veto, publicación y ejecución, facultad reglamentaria y facultades extraordinarias); el control presupuestal es la forma en que el ejercicio del gasto público puede ser fiscalizado antes, durante o posterior a su ejercicio. Finalmente, el control político abarca aquellas instituciones como la responsabilidad política a los altos servidores públicos (declaratoria de procedencia y juicio político), otorgamiento de permisos al presidente y ratificación de nombramientos.⁶⁶

El control legislativo ejercido por el parlamento tiene conexión con el principio de reserva legal, el cual permite al Ejecutivo Federal legislar a través de la vía reglamentaria únicamente aquéllas

⁶⁴ Cfr. VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 158.

⁶⁵ Cfr. LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, *La contraloría y el control interno en México*, FCE, México, 1987, p. 469. Citado por HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, op. cit., p. 125.

⁶⁶ Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, op. cit., p. 129 y ss.

materias para las cuales se encuentra expresamente facultado.⁶⁷ En este sentido, el aumento progresivo de demandas por invasión de competencias del ejecutivo federal, presentadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el Congreso de la Unión, demuestra el respeto por el diseño constitucional de ambos poderes o, por lo menos, la aceptación de las reglas del juego para dirimir los conflictos.⁶⁸

Lo mismo puede advertirse a través del control presupuestario, con la creación de la Auditoría Superior de la Federación (ASF) y su renovado espíritu de imparcialidad, con la reforma constitucional de 2001, se le ha otorgado mayor autonomía operativa y técnica.⁶⁹ En esta tesitura, la ASF quedó inserta en el marco de esta nueva gerencia pública y progresivamente ha adoptado mecanismos de medición y evaluación de la gestión pública a través de parámetros técnicos y funcionales.⁷⁰ De esta forma, las diversas clases de gestiones (estratégica, de procesos, de servicios, exógena, y de competencia-conoci-

⁶⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y como tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 141 y ss.

⁶⁸ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008, p. 9 y ss.

⁶⁹ El origen de esta iniciativa proviene del ejecutivo federal en el año de 1995, teniendo como marco de referencia el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, tal y como se asienta en dicho documento. Esta propuesta fue enriquecida con las de los grupos parlamentarios del Partido Acción Nacional y el Partido de la Revolución Democrática, en los años de 1996 y 1997 respectivamente, Cfr. Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano (Debate legislativo. Reformas constitucionales durante la LVII Legislatura)*, T. XIII, CDHCU, IIJ, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, pp. 280 y 332.

⁷⁰ Vid. ACKERMAN, John M., *Estructura institucional para la rendición de cuentas: lecciones internacionales y reformas futuras*, Auditoría Superior de la Federación, México, 2006; *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, Siglo XXI Editores-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

miento) son algunas de las nuevas directrices bajo los cuales se rige este mecanismo de control.⁷¹

⁷¹ Los parámetros establecidos para ello son la evaluación y revisión de los activos del Estado, considerando su veracidad, razonabilidad y el apego a la ley. *Cf.*: ADAM ADAM, Alfredo y BECERRIL LOZADA, Guillermo, *La fiscalización en México*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1996, pp. 66-67. A guisa de ejemplo, las clases de auditoría que lleva a cabo la Auditoría Superior de la Federación pueden ser: financiera, técnica, de evaluación de programas y de legalidad.



Capítulo 2

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: PERSPECTIVAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. El derecho de acceso a la información pública: una visión desde el derecho internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos)

Como diría el profesor Javier Ansuátegui, «la libertad de expresión es la condición de surgimiento y formación de la opinión pública libre, a través de la cual se estructuran los criterios de racionalidad social». ⁷² En este sentido, existe una rica tradición jurisprudencial en materia de acceso a la información a nivel internacional. Su desarro-

⁷² ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión* (Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 425.



llo teórico y casuístico conforme a la doctrina europea, ha sido precisamente a partir del derecho a la libertad de expresión, lo cual implica que aquél es una vertiente o subgénero de derecho, pero que dentro del proceso de especificación de los derechos fundamentales⁷³ ha adquirido carta de naturalización en la teoría constitucional, hasta ser considerado como un auténtico y verdadero derecho autónomo.⁷⁴

A pesar de lo anterior, este derecho ha merecido dos interpretaciones distintas por parte del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, respectivamente. El primero, a partir de una posición conservadora, tendiente a concebir el derecho a la información como un derecho accesorio y complementario de otros derechos fundamentales, pero que a pesar de ello, ha procurado la plena protección y efectividad de los derechos fundamentales en caso de vulneración. La segunda Corte, desde una visión garantista, ha procurado conce-

⁷³ Los principales exponentes de la teoría de los derechos fundamentales han señalado que el proceso de especificación se encuentra vinculado de manera íntima con los contenidos y los sujetos de los derechos fundamentales. La necesidad de que un derecho fundamental sea reconocido como autónomo e independiente de los demás, surge de las necesidades sociales existentes. En este caso, el derecho a la información como derecho fundamental surgió de la necesidad de los particulares de contar con mecanismos eficaces a nivel constitucional para exigir la rendición de cuentas de la administración pública; de igual manera, el reconocimiento y protección de los datos personales proviene de otros derechos más específicos, tales como el derecho a la intimidad y privacidad de las personas. *Vid.* PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1999, p. 180; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 25; DIEZ-PICAZO, Luís María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 328-330.

⁷⁴ *Vid.* ISLAS L., Jorge, «La información pública y la jurisprudencia internacional», en CARBONELL, Miguel y BUSTILLOS ROÑEQUI, Jorge (coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, (1ª ed.), pp. 155-174.

bir al derecho de acceso a la información de manera autónoma, dotándolo de su propia especificidad.⁷⁵

En este sentido, el Tribunal Europeo ha destacado a través de distintas interpretaciones que ha realizado al Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, que el artículo respectivo «prohíbe al Estado impedir o restringir que una persona reciba información que otros deseen o puedan brindarle, pero no otorga a la persona el derecho de acceder a un registro que contiene información sobre su posición personal, y no supone una obligación del Estado de suministrar tal información a quien la solicita»⁷⁶ y mucho menos la «obligación positiva de suministrar información de oficio».⁷⁷ Interpretación que ha sido sostenida sin variar sustancialmente el primer criterio en otras sentencias.⁷⁸ No obstante, a pesar de estas directrices, el Tribunal no ha dejado de ostentar un carácter garantista, ya que ha concedido la reparación de los derechos fundamentales violados a cada caso en especial, a través del estudio de fondo de los asuntos en particular.

⁷⁵ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La doctrina de la libertad de expresión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 70, octubre-diciembre 1990, pp. 93-124; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, «Un caso de internacionalización y constitucionalización. las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 385-437.

⁷⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), Leander c. Suecia, 26 de marzo de 1987, párr. 19.

⁷⁷ Cfr. STEDH, Roche c. Reino Unido, 19 de octubre de 2005, párr. 170.

⁷⁸ STEDH, Gaskin c. Reino Unido, 7 de julio de 1989 y Guerra c. Italia 19 de febrero de 1988.

Situación distinta ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso «Claude Reyes»⁷⁹ el 19 de septiembre de 2006, en donde determinó que:

El artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones», [...] 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 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.⁸⁰

⁷⁹ Dicha resolución consistió básicamente en la negativa a una solicitud de información por varios ciudadanos de Chile al Comité de Inversiones Extranjeras de aquél país, en relación con la empresa forestal Trillium y Río Condor, consistente en un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile, que según los actores, perjudicaría gravemente la situación ambiental del dicha nación.

⁸⁰ Caso Claude Reyes c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), párr. 77. Cabe referir que dicho criterio interpretativo había aparecido en los Casos: López Álvarez, párr. 163; Ricardo Canese, párr. 80; y Herrera Ulloa, párrs. 108-111.

Finalmente, el *principio de proporcionalidad* fue consagrado en la referida sentencia como instrumento para restringir el derecho de acceso a la información, señalando:

Las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

De esta forma, el sistema de restricciones al derecho de acceso a la información en el Sistema Europeo de derechos y libertades fundamentales, al concebir de manera restringida la titularidad del mismo, y al no considerarlo como una obligación del Estado de prestación, no significa que en los casos particulares las personas queden en estado de indefensión y desprotección.⁸¹ Más bien, y siguiendo la práctica de este Tribunal Internacional, los problemas relacionados con este derecho han sido resueltos en relación con el derecho fundamental de fondo que se considera violado.

Por ejemplo, en la solicitud de acceso a los archivos de una persona que había permanecido en custodia del Estado hasta sus 18 años, debido a la muerte de su madre a edad temprana, su petición se centraba en la información relacionada con las personas que lo habían tenido en custodia en diferentes momentos. Lo anterior, en razón de que consideraba que había sido maltratado y quería demandar a las autoridades estatales por daños a causa de

⁸¹ Cfr. CATALA I. BAS, Alexandre, *Libertad de expresión e información (La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional)*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001, p. 106.

esta negligencia. Sobre este caso en particular, el Tribunal resolvió finalmente la violación al derecho fundamental a la vida privada y familiar.⁸²

En síntesis, para la Corte Interamericana debe operar el principio de máxima divulgación de la información en poder del Estado; de igual manera, en este sistema el particular no está obligado a acreditar un interés directo para obtener la información.⁸³ Del otro lado, en el Tribunal Europeo se requiere que exista una vinculación estrecha entre la información solicitada y otro derecho fundamental que se considera violentado en el caso en particular, lo que han definido como test de alto escrutinio.

2. La recepción del modelo garantista del derecho de acceso a la información en el Estado mexicano

Actualmente el derecho de acceso a la información constituye *per se* un derecho fundamental, reconocido en el plano tanto internacional como nacional. Desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, éste forma parte de un ámbito más genérico: el derecho a la libertad de expresión. El derecho a la información apareció por primera vez en la Constitución Federal en 1977. Al inicio era considerado por la misma Corte como un derecho carente de justiciabilidad y concretización al carecer de la normatividad reglamentaria que lo hiciera efectivo.⁸⁴

⁸² STEDH, Gaskin c. Reino Unido, 7 de julio de 1989, *cit.* párr. 52-53.

⁸³ *Cfr.* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, Washington, DC, 2007, p. 12.

⁸⁴ Derecho a la Información, establecido por el artículo 6° de la Constitución Federal. Tesis: 2a. I/92, *Semanario Judicial de la Federación X*, agosto de 1992, p. 44.

Su evolución estuvo marcada por la exigibilidad hacia los partidos políticos de distintos documentos considerados públicos, pues éstos reciben dinero del erario público, por lo que se encuentran obligados a rendir cuentas.⁸⁵ Posteriormente, el tránsito a un derecho garantizable de parte del Estado ocurrió con el caso «Aguas Blancas», en donde incluso nuestro máximo Tribunal hizo mención en su resolución de un «derecho a la verdad» ante la situación infame de cultura del engaño que permaneció por largos años en el Estado mexicano.⁸⁶

En el año 2002, con la entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental, así como con la creación del Instituto de Acceso a la Información Pública (IFAI), el derecho a la información tuvo un auge insospechado, pero no fue sino hasta el 20 de julio de 2007, cuando se publicó la reforma constitucional del artículo 6, en el *Diario Oficial de la Federación*, transformando la concepción del derecho a la información de ser una mera prerrogativa social a un auténtico derecho fundamental, consagrando los principios de máxima divulgación, publicidad y reserva temporal, protección de vida privada y datos personales, interés simple para la obtención de información, instrumentos accesibles e idó-

⁸⁵ Derecho a la Información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6° constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obligación del Estado a informar verazmente. Tesis: P. XLV/2000. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XI*, abril de 2000, p. 72.

⁸⁶ Garantías individuales (derecho a la información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6° también constitucional. Tesis: P. LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta, III*, junio de 1996, p. 513.

neos para la tutela del derecho, información de oficio y gratuidad de la misma.⁸⁷

Reiteramos, no es este espacio a través del cual deseamos explicar en un mero estilo descriptivo, las funciones y finalidades del derecho fundamental a la información, sino el planteamiento de un problema específico que tiene que ver con el logro de su efectividad. Una vez que tuvo recepción con su carácter social el derecho a la información, la Suprema Corte de nuestro país ha delineado otros parámetros interpretativos, relacionados con la limitación o restricción, derivado del interés nacional y de la sociedad, así como por los derechos de terceros, o la afectación de otros derechos fundamentales,⁸⁸ criterio continuado a raíz de la interpretación al artículo 14 de la LFTAIP y sus correlativos artículos 26 al 30 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León. Asimismo, la Suprema Corte ha consagrado de

⁸⁷ Vid. CARBONELL, Miguel, *El régimen constitucional de la transparencia*, IIJ-UNAM, México, 2008.

⁸⁸ Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. Los artículos 2, 7, 13, 14, 18, 19 y 43 de la ley federal relativa, vigentes en 2004, no violan las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Tesis: 1a. XXXVII/2006. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXIII, febrero de 2006, p. 650; y Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. artículos 3, fracción II, y 18, fracción II, de la ley federal relativa, no violan la garantía de igualdad, al tutelar el derecho a la protección de datos personales sólo de las personas físicas. Tesis: 2a. XCIX/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXVIII, julio de 2008, p. 549. De igual manera, el principio de proporcionalidad ha sido reconocido jurisprudencialmente por nuestra Corte como un instrumento para limitar o restringir los derechos fundamentales; Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

manera implícita el principio de proporcionalidad al establecer textualmente lo siguiente:⁸⁹

Era jurídicamente adecuado que en las leyes reguladoras de cada materia, el legislador federal o local establezca las restricciones correspondientes y clasifique a determinados datos como confidenciales o reservados, con la condición de que tales límites atiendan a intereses públicos o de los particulares y encuentren justificación racional en función del bien jurídico a proteger, es decir, que exista proporcionalidad y congruencia entre el derecho fundamental de que se trata y la razón que motive la restricción legislativa correspondiente, la cual debe ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin perseguido, de manera que las ventajas obtenidas con la reserva compensen el sacrificio que ésta implique para los titulares de la garantía individual mencionada o para la sociedad en general.

Una vez sentado lo anterior, pudiéramos sistematizar la evolución del derecho a la información de nuestro país en tres periodos o fases. La primera, que podemos definir como retórica, comprendida desde 1977 hasta 1991, la cual se integra por la incorporación a la Constitución mexicana del derecho a la información, pero que su efectividad fue casi nula al no existir instrumentos legales para alcanzarla. El segundo periodo que hemos denominado «de transición», va de 1992 hasta el año 2002.

Precisamente fue en 1996, donde a través de la investigación realizada al caso «Aguas Blancas», vía acción de investigación de la SCJN, nuestro máximo órgano de justicia constitucional ligó el derecho a la información con el derecho a la verdad histórica, dejando

⁸⁹ Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. El artículo 14, fracción I, de la ley federal relativa, no viola la garantía de acceso a la información. Tesis: 2a. XLIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XXVII*, abril de 2008, p. 733.

de reconocer el derecho a la información como una simple garantía política para convertirse en una auténtica garantía individual, pero aún sin tener casos en los que se diera efectiva vigencia al referido derecho. Finalmente, la última fase va del año 2002 hasta la actualidad. En ésta se consagra por primera vez una Ley de Transparencia a nivel federal para lograr el acceso a los archivos públicos y posteriormente se logra su reconocimiento constitucional en 2007 como un derecho fundamental con un carácter social, es decir, que impone una obligación positiva de informar al Estado.

Ahora bien, las restricciones legítimas que ha marcado a través de la jurisprudencia la Suprema Corte han sido las siguientes:

- Seguridad Nacional
- Intereses públicos y particulares
- Protección de datos personales

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León (artículos 26 al 30) ha establecido un catálogo de información que debe ser restringida, en torno a la cual (desde nuestra perspectiva) exige al aplicador e intérprete un instrumento a partir del que pueda determinar de manera objetiva y razonable dicha limitación al derecho fundamental en cuestión, tal y como sucede en el principio de proporcionalidad. A continuación presentamos un listado de la información de la referida Ley del Estado de Nuevo León:

- Con alta probabilidad de dañar el interés público
- Que ponga en riesgo la seguridad pública municipal o estatal
- Información que ponga en riesgo la persecución de delitos o impartición de justicia
- Información que ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona

- Información que cause o pueda causar perjuicio para el debido cumplimiento de las leyes, seguridad del denunciante o testigo, recaudación de contribuciones y estrategias procesales de los sujetos obligados
- La que por disposición de una Ley sea considerada reservada.

Asimismo, el legislador decidió incluir las averiguaciones previas y cualquier clase de juicio, en tanto no se dicte sentencia condenatoria. Por otra parte, dentro del calificativo de información confidencial han entrado la protección de los datos personales, la protegida por los secretos legales (comercial, industrial, bancario, etc.).

En este sentido, la jurisprudencia mexicana recoge criterios internacionales adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, reitera su compromiso de incorporar de manera plena al sistema jurídico mexicano la consagración del modelo garantista del derecho de acceso a la información pública gubernamental como derecho autónomo e independiente. Aunado a lo anterior, integra de manera explícita el principio de proporcionalidad como técnica para la restricción o limitación de este derecho fundamental.

Cabe señalar que no manifestamos que dichas restricciones sean por sí mismas inconstitucionales o limiten de manera ilegítima, innecesaria y desproporcional el derecho fundamental en cuestión, sino que nuestro planteamiento está relacionado con los casos en particular, presentados ya sea ante las autoridades administrativas y/o jurisdiccionales que fundamentan las negativas de acceso a la información, siguiendo razonamientos ambiguos y carentes de una sólida estructura argumentativa.

Por tanto, nuestro planteamiento se centra en la búsqueda de un instrumento para la defensa del derecho de acceso a la información que brinde certeza al gobernado dentro de su esfera de actuación como ciudadano libre y con derecho a formar una opinión pública

responsable. Existen dos visiones al respecto, una denominada teoría interna o contenido esencial de los derechos, y por otra parte, de principio de proporcionalidad, ambas instituciones nos servirán para delinear cuáles serán aquellos límites externos al derecho a la información. Sin embargo, cabe recalcar que una diferencia sustancial entre una concepción y otra es que el establecimiento de límites, siguiendo a la teoría interna o de contenido esencial, se encuentra definida previamente por el legislador, en tanto que para la teoría externa, a la cual pertenece el principio de proporcionalidad, los límites al derecho pueden configurarse desde afuera, en relación con las posibles colisiones con otros Derechos Humanos o bienes constitucionalmente tutelados, tales como la seguridad nacional, el interés público o la afectación a derechos de terceros.

3. Estructura del derecho a la información desde una dimensión objetiva o interna

Uno de los principales seguidores de la teoría interna de los derechos fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfgang Böckenförde, esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material.⁹⁰ Después de hacer un repaso sobre los principales métodos tradicionales de interpretación de la ley enunciados por Savigny, Böckenförde manifiesta su clara indisposición para seguir la misma metodología al momento de interpretar normas constitucionales y reducir la indeterminación normativa de las mismas.

⁹⁰ BOCKENFORDE, E.W., «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, SERRANO Agapito R. de (traducción y prólogo), Trotta, Madrid, 2000, p. 17.

La razón es clara, se encuentran inspiradas en el derecho romano, y constituyen reglas interpretativas propias del derecho privado. Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo constitucional como un orden marco, donde se fijan las reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política.⁹¹ Después de hacer un repaso de las principales teorías que auxilian la concreción de los derechos fundamentales, el autor concluye:

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución –cuando ésta es requerida– no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importantes que éstos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación.⁹²

Según esta concepción, el proceso de concreción de las normas derechos fundamentales viene aparejado con la concepción de una determinada teoría constitucional. Este punto de vista representa una visión sustancialista de la teoría constitucional. Para este propósito, explica la existencia de distintas teorías de derechos fundamentales que auxilian la labor del operador jurídico, al momento de concretar cada derecho, para lo cual no es necesario llevar a cabo alguna

⁹¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, (prólogo de Francisco J. Bastida, traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

⁹² *Ibid.*, pp. 34-37.

clase de ponderación, pues el derecho se encuentra definido previamente. Esto significa que el contenido de cualquier derecho fundamental puede ser definido *prima facie*, sin necesidad de ponderación alguna.

Por citar un ejemplo emblemático donde ha sucedido la aplicación de alguna de estas teorías, aconteció en la jurisprudencia alemana, con el caso de la Ley de Objeción de Conciencia al servicio militar, por los jueces Böckenförde y Mahrenholz, quienes formaban parte del Tribunal Constitucional Federal, al que le correspondió juzgar la constitucionalidad de dicha normativa.⁹³ De acuerdo con los autores del voto, la fundamentación indebida sobre las fuerzas armadas, inferida de una interpretación sistemática de varios preceptos de la Ley Fundamental de Bonn, en consonancia con la teoría del orden objetivo de valores, fue incorrecta, ya que se elevó a rango constitucional la organización y el funcionamiento del ejército.

La idea es proporcionar guías o directrices básicas que fundamenten los criterios a través de los cuales distintos tribunales constitucionales en el mundo han resuelto casos presentados ante ellos. Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como «una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales».⁹⁴ La primera se refiere, o se encontraría influida, por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. Esta teoría logra su plena realización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto, en la im-

⁹³ BVerfGE 69, 1 (57-87)

⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», en *Escritos sobre derechos fundamentales*, (prólogo de Francisco J. Bastida, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45.

sición de límites o restricciones a los derechos.⁹⁵ Ambas tienen dos dimensiones: una normativa y otra material. El contenido normativo consiste en una teoría de principios o valores. Por otra parte, la teoría material se encarga de estructurar la argumentación iusfundamental mediante una teoría de principios que los coloque en un orden blando, a través de prioridades *prima facie*, en aras de los principios de la libertad e igualdad jurídica.

En primer término, para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Es decir, los derechos son establecidos con la finalidad de asegurar la libertad frente a la amenaza estatal, los ámbitos de la libertad individual y social a la que se encuentran expuestos. Dicha teoría tiene varias repercusiones en distintos aspectos:⁹⁶

1. El que los titulares de los derechos fundamentales hagan uso de su libertad, de derecho fundamental, así como los motivos y fines que persigan, es decisión y asunto suyo, es decir, no puede ser objeto de valoración jurídica.

2. El contenido nuclear o la sustancia de la libertad de los derechos fundamentales, conserva su carácter de contenido preexistente frente a las posibles y constitucionalmente admisibles medidas de intervención o delimitación de parte del legislador.

⁹⁵ Refiere el profesor César Landa que «en la propia práctica de la tutela de los derechos fundamentales se puede apreciar un uso variado de las distintas teorías de la interpretación constitucional. Esto no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de la jurisprudencia se encuentre acorde con el principio humanista del *in dubio pro homine*». «Teorías de la interpretación constitucional», en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, Porrúa, México, 2002, p. 2819.

⁹⁶ BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 49.

3. Las instituciones jurídicas presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental.

4. Finalmente se establece que al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de un derecho fundamental.

Por otra parte, la *teoría institucional* de los derechos fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Es decir que, desde esta óptica, los derechos, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa. De esta manera, la libertad servirá para conseguir determinados objetivos y la actuación del Estado se ve reflejada en forma de regulaciones o sanciones. Entre las principales consecuencias jurídicas de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales, destacan:⁹⁷

1. La ley se presenta como favorecimiento y realización de la libertad.

2. La libertad de los derechos fundamentales se orienta a determinados intereses, concretamente a la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de libertad.

3. La garantía institucional de la libertad produce la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de regulación ordinaria en presencia.

El punto de partida de la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales es la concepción de los derechos fundamentales desde su función pública y política. Es decir, los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática

⁹⁷ *Ibid.*, p. 53.

del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política.⁹⁸ Por tanto, esta es una de las teorías que mejor empatan con el derecho de acceso a la información pública gubernamental, ya que tiene íntima vinculación con la función que lleva a cabo el Estado democrático en el marco de la libre decisión de los ciudadanos y la deliberación pública bien informada. Entre las principales características de esta teoría resalta que:

1. En ella el contenido y el alcance de la libertad se determina según la función a la que sirven.
2. Se da una fundamentación funcional de la libertad, es decir, convierte a la libertad en una competencia.

Por otra parte, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social parte de las «consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo de la sociedad general, del espacio vital dominado de autarquía individual, de relaciones y prestaciones sociales efectivas».⁹⁹

Otra de las teorías que resultan acordes al Sistema Nacional de Transparencia es la teoría de los derechos fundamentales, como instituciones encuentra su más fiel representante contemporáneo en las ideas de P. Häberle¹⁰⁰. Este autor realiza un análisis de los derechos

⁹⁸ *Ibid.*, p. 60

⁹⁹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰⁰ Cabe destacar que el planteamiento clásico de C. Schmitt resulta de suma trascendencia para explicar el modelo de derechos fundamentales como garantía institucional. En principio, se debe hacer la aclaración de que, con independencia de la ideología nacionalsocialista de este jurista alemán, su análisis clásico es relevante para todos los autores posteriores, ya que es el creador de esta teoría, y a partir de su estudio en su famosa obra *Teoría de la constitución*, la concepción de derechos no como libertades, se les concebirá como mecanismos técnicos para la protección de un objeto

fundamentales como un sistema unitario y objetivo. Tal y como ya se ha explicado, el triple punto de partida del jurista alemán consiste en entender a la función social que desempeñan los derechos fundamentales para satisfacer intereses tanto individuales como sociales. Esta función social se refleja claramente en su necesidad de configuración y desarrollo para su posterior ejercicio.¹⁰¹

Influenciado por las ideas del sociólogo francés M. Hauriou, Häberle concibe a los derechos fundamentales como instituciones, entendiendo por institución, conforme con las ideas del sociólogo francés, aquella idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social.¹⁰² A partir de esta articulación de los derechos, los bienes jurídicos constitucionales tienen conexión de condicionabilidad mutua, donde se hallan relacionados entre sí. En este planteamiento el jurista germano defiende la necesidad de conciliar esos intereses públicos e individuales desde la ponderación de bienes y a través del empleo de las reservas de ley o límites inmanentes.¹⁰³ En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede realizar de forma aislada, sino tomando en cuenta otros bienes jurídicos constitucionales.

En la construcción de esta última premisa (conciliación de intereses individuales y públicos), Häberle plantea la bidimensionalidad de los derechos fundamentales a partir de su carácter tanto individual, es decir, aquel que garantiza a los titulares de los derechos fundamentales como individuos, grupos, asociaciones; mientras que el

material reconocido, circunscrito, establecido y fundado. SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 175 y ss.; en el mismo sentido: *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 86.

¹⁰¹ HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de reserva de ley*, CEC, Madrid, p. 11.

¹⁰² HAURIOU, M., *La teoría de la institución y la fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 32.

¹⁰³ HÄBERLE, P., *op. cit.*, pp. 99-101.

aspecto institucional se encuentra consagrado por la garantía constitucional de la configuración de esos ámbitos sociales, tal es el caso de la institución del matrimonio, la familia, la propiedad y la coalición, entre otros¹⁰⁴.

Algunas críticas a las que ha sido sometida la teoría institucional de P. Häberle, se centran básicamente en determinar que los derechos fundamentales son directamente aplicables, debiendo ser protegidos por el Estado. Esto se relaciona con la configuración y desarrollo posterior de los derechos por parte del legislador a través del principio de reserva de ley. Algunos autores sostienen que dicho desarrollo no es posible en todos los casos, por ejemplo, tratándose del principio de igualdad y no discriminación.¹⁰⁵

Otra crítica puntual es aquella relacionada con el margen de discrecionalidad que le queda reservado al Tribunal Constitucional al momento de ejercer el control de regularidad. En definitiva, la amplia vinculación mediante el principio de reserva de ley al cual se le habilita al legislador para desarrollar los derechos, deja poco margen para la ponderación al juez, en consecuencia, una interpretación un tanto excesiva de esta facultad reglamentaria de los derechos fundamentales dejaría sin efectos la tesis de la discrecionalidad judicial.

En este sentido, y resumiendo un poco las ideas expuestas con antelación, el derecho a la información tiene un contenido esencial, que se encuentra objetiva e internamente delimitado a través del principio de reserva de ley, por medio del establecimiento de aquellas excepciones derivadas del interés público, derechos de terceros, que veremos a continuación, con la aplicación del principio de reserva de ley expuesto por un gran número estudiosos.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰⁵ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo...*, *op. cit.*, pp. 108-110.

El principio de reserva de ley implica que un precepto constitucional exige que sea la ley, formal y materialmente válida, aquella que regule determinada materia. De acuerdo con de Otto y Pardo, la materia reservada se refiere a todas aquellas normas distintas a la ley, por lo que implica que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y no puede remitirlas al Reglamento, por ejemplo. Lo que se pretende con ello es que la regulación quede sometida al debate legislativo, lo cual dota de legitimidad y garantiza el pluralismo democrático.¹⁰⁶

García de Enterría lo identifica como uno de los pilares indiscutibles del moderno Estado de Derecho, además de obedecer al principio de división de poderes como garantía del ejercicio democrático y no arbitrario del poder público.¹⁰⁷ De acuerdo con esto, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley.¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional Español (STC 83/1984), se ha referido a este principio de la siguiente manera:

«Una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», cuyo significado último es «asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exen-

¹⁰⁶ DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 132 y ss.; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000, p. 178; RUBIO LLORENTE, Francisco, «El principio de legalidad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 346; GARCÍA MACHO, Ricardo, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 110 y ss.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso Derecho Administrativo I*, Tomas, Civitas Ediciones, (15ª ed.), Madrid, 2011, p. 245.

¹⁰⁸ MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, IJ-UNAM, México, 2012, p. 114.

tos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos».

Tradicionalmente se han distinguido dos modelos principales en torno al principio de reserva de ley: el alemán y el francés. El primero implica que el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia. Sobre este modelo, Christian Starck explica que el principio de reserva de ley deriva del principio de legalidad, el cual precisa el fundamental legal de la actividad administrativa. La formulación del principio de reserva de ley se dirige expresamente en contra de la opinión mayoritaria relativa a que la ley es únicamente un límite negativo y un marco para la administración pública.¹⁰⁹

Por su parte, en el modelo francés el legislador sólo se encuentra facultado para intervenir en determinadas materias establecidas expresamente por la Constitución. La reserva se convierte en un instrumento para restringir materialmente la supremacía de la ley mediante la distribución de competencias.¹¹⁰ En tal sentido, el principio de reserva de ley exige que, cualquier acto del poder público que tenga por objeto restringir los derechos y libertades de los ciudadanos y que afecte su esfera jurídica, debe ser desarrollado por el Poder Legislativo, a través de leyes que cumplan a cabalidad con el proceso legislativo correspondiente (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia), y no por medio del ejercicio discrecional del Poder Ejecutivo a través de la emisión de Reglamentos.

En México, en la jurisprudencia se ha reconocido dicho principio con estrecha vinculación al de legalidad. Asimismo, se ha clasifi-

¹⁰⁹ STARCK, C., *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 383.

¹¹⁰ GAVARA DE CARA, J. C., *op. cit.*, p. 138.

cado en dos: la absoluta y la relativa. La primera, sucede cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal (Poder Legislativo local o federal). En tal sentido, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. Por otra parte, se encuentra la reserva relativa, que permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse, lo cual sucede mucho con las normas de carácter administrativo. Es decir, que la ley se limita a establecer los principios o directrices de una disciplina (ambiental, seguridad social, etc.), mientras que, a través de una fuente secundaria se desarrolla la misma.¹¹¹ Esto es muy común en el ejercicio de los derechos de carácter tributario o fiscal, resulta indispensable la regulación detallada de aspectos técnicos contables, esenciales para la plena concreción de las normas fiscales.

En la tipología de las reservas de ley, en la Ley Fundamental de Bonn se distinguen varios tipos de reserva: ley ordinaria, ley general, ley cualificada, regulación y configuración, y los derechos garantizados sin reserva. La primera reserva (ley ordinaria) exige al legislador cuando interviene en una norma de derecho fundamental la existencia de un interés público y constituye la competencia más amplia para que el mismo limite o configure los derechos fundamentales. Por otra parte, la reserva de ley general se equipara a la reserva de ley común, principalmente en materias como la libertad de expresión. La finalidad de la ley general tendrá como propósito perseguir un interés general, por lo que cualquier posible colisión con el derecho al honor, por ejemplo, podrá ser resuelto mediante una ponderación

¹¹¹ Legalidad tributaria. Alcance del principio de reserva de ley. Registro: 197375; [TA]; 9a. época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; tomo VI, noviembre de 1997; p. 78.

concreta, debido a que la confección de las normas de estas leyes generales observa una neutralidad valorativa.¹¹²

La reserva de ley cualificada es aquella que establece en los propios enunciados de derechos fundamentales de manera individualizada y numerada. En el caso de la Constitución mexicana, este tipo de reserva es muy común tratándose de la restricción y configuración de algunos derechos fundamentales, ya que el legislador suele limitar tratándose de la persecución del interés público de seguridad por encima de la integridad o libertad personal (interés público, seguridad nacional, derechos de terceros, etc.).¹¹³

La reserva de ley de configuración y regulación hace referencia a la autorización al legislador para dotar de contenido al derecho fundamental. El desarrollo normativo implica el establecimiento de reglas para la realización de los derechos, tal es el caso, por ejemplo, de las profesiones. Por último se encuentran los derechos que se garantizan sin que exista una reserva de ley. En el siguiente epígrafe se analizará la concepción de los derechos fundamentales como principios, a partir de su indeterminación estructural y semántica. En tal sentido, el hecho de que los derechos no se encuentren garantizados por la reserva de ley no implica que no puedan ser limitados en razón de una ley, sino que el legislador en determinadas materias renuncia a añadir una reserva, con el propósito de fortalecer los determinados derechos.¹¹⁴

Dicho lo anterior, el artículo 110 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, dispone aquellos motivos establecidos expresamente por el legislador para considerar como reservada o clasificada una información, exigiendo además la aplicación del principio de proporcionalidad mediante la implementación

¹¹² GAVARA DE CARA, J. C., *op. cit.*, p. 143 y ss.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 148 y 149.

¹¹⁴ *Ibid.*

del numeral 104 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Artículo 110. Conforme a lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley General, como información reservada podrá clasificarse aquella cuya publicación:

I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable.

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales.

III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional.

IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal.

V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física.

VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones.

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos.

VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los Servidores Públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada.

IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa.

X. Afecte los derechos del debido proceso.

XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado.

XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público.

XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en la Ley General y esta Ley y no las contravenga; así como las previstas en tratados internacionales.

En tanto que la protección reforzada que exige el artículo 104 de la Ley General para individualizar los motivos que aduzca el operador para hacer factible la reserva de información son:

Artículo 104. En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional.

II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda.

III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

En el caso de la última fracción del artículo transcrito, se habla de una limitación, y que la misma sea acorde al principio de proporcionalidad y la aplicación de la medida menos lesiva al derecho a la información, método que será explicado a continuación a partir

del modelo teórico y jurisprudencial desarrollado desde mediados del siglo pasado y que ha servido como criterio hermenéutico para el establecimiento de limitaciones externas a los Derechos Humanos.

4. El principio de proporcionalidad como instrumento en la restricción legítima del derecho de acceso a la información

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día, en una de las herramientas más empleadas por los operadores jurídicos, para justificar racionalmente decisiones donde se encuentran involucrados principios o derechos fundamentales. En igual sentido, la fórmula del peso y la ponderación, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es una de las frecuentes críticas realizadas en contra del empleo del principio de proporcionalidad.¹¹⁵

En numerosas ocasiones, hemos escuchado lo importante que resulta para un operador judicial la necesidad de ponderar principios o valores que se encuentran en conflicto o choque. En la actualidad, el método a través del cual sucede este proceso argumentativo se ha vuelto cada vez más sofisticado, a raíz del contexto de indeterminación e imprecisión, no solamente lingüística, sino cultural y social en la que se encuentra el constitucionalismo contemporáneo.

Precisamente, las normas constitucionales están inspiradas en valores, cuya precisión y concreción depende directamente del opera-

¹¹⁵ MORESO, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 81-98. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia (La sintaxis del derecho)*, vol. 3, Trotta, Madrid, 2011. MAZZARE, Tecla (ed.), *Derecho y democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.

dor de las mismas. De igual manera, el campo de aplicación de este tipo de normas se encuentra en constante tensión, y es objeto de innumerables e imprescindibles choques o colisiones, pues indefectiblemente el constitucionalismo liberal pugna por valores que en ocasiones (en un sentido abstracto), pudieran resultar contradictorios entre sí, véanse por ejemplo los casos de la libertad de expresión o de información de algún medio periodístico ante el derecho a la intimidad, o al honor de algún particular.

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por numerosas jurisdicciones constitucionales como canon de control para justificar racionalmente una decisión que limita derechos fundamentales o principios constitucionales. Asimismo, ha sido empleado por la propia jurisdicción internacional de los Derechos Humanos, como la Corte Europea, donde ha tenido un desarrollo bastante prolijo, e inclusive se ha consagrado como parte del derecho común europeo, a través de su inclusión expresa del subprincipio de adecuación y necesidad en la propia Convención Europea sobre Derechos y Libertades Fundamentales.¹¹⁶ En América Latina,

¹¹⁶ Al respecto, explica la Profesora Fernández Nieto: «La jurisprudencia comunitaria [Europa], lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970, en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como “el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común” y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida de gravamente que emane la Comunidad». FERÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 288. Entre los instrumentos a nivel comunitario que han adoptado este mecanismo, se encuentran el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículos 8.2 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia), 9.2 (derecho a manifestar la religión o convicciones), 10.2 (sobre la libertad de expresión), 11.2 (libertad de reunión pacífica y de asociación) y 18 (el cual tiene como regla general aplicable a la proporcionalidad). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 52.1) y Constitución Europea (II.109.3; II.112.1).

su implementación ha sido a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una especie de derecho común latinoamericano.¹¹⁷

La teoría principialista de los derechos fundamentales ha sido uno de los elementos con mayor incidencia para el desarrollo del principio de proporcionalidad. Las objeciones y dilemas planteados a este método, se centran quizá en esta visión (según los críticos) un tanto «romántica» del constitucionalismo contemporáneo. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta forma, los conflictos entre principios no son resueltos a través de una simple subsunción, sino mediante el ejercicio de ponderación. Precisamente, la oposición en torno a esta concepción, se basa en la incapacidad del propio método «ponderativo» de racionalizar al extremo el proceso argumentativo.

Es cierto que es imposible encontrar una solución para todos los casos que se presenten, y también lo es, que la casuística es una de las constantes del constitucionalismo contemporáneo. Pero también podemos afirmar sin dubios, que existen cánones de racionalidad jurídica que los operadores de las normas constitucionales se encuentran obligados a cumplir al momento de emplear una herramienta de la argumentación jurídica como lo es el principio de proporcionalidad.

Nos encontramos ante una constante especialización en su aplicación, de acuerdo a la violación de determinado derecho funda-

¹¹⁷ En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 4, 29). Declaración Universal de Derechos de 1948 (29), 8.1 a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966 [artículo 4.1, 12.3, (derecho a circular libremente y a escoger la residencia), 14.1 (derecho a un proceso público), 18.3 (derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias) y 19.3 (libertad de opinión)], entre otros.

mental, como la libertad de expresión, derecho al honor, derecho a la vida, según se trate. Es decir, existe una estructura y fundamento común de aplicación, pero en algunos casos, hay reglas específicas que el operador jurídico debe aplicar antes de entrar a una posible ponderación. Cada situación y contexto es distinto, son precisamente los elementos de cada caso los que van a decantar por una u otra solución, de acuerdo a los valores se presentan en determinada sociedad, así como el peso que se le asigne a cada uno, de acuerdo a la situación en concreto y al grado de afectación de cada uno de ellos.

Si bien, la práctica judicial ha tenido una importancia trascendental en el desarrollo de esta herramienta como parte de la argumentación jurídica, también se puede afirmar que la dogmática constitucional ha desarrollado una serie de elementos muy precisos, que han permitido configurar una teoría que auxilia y retroalimenta la labor jurisprudencial. Su auge y perfeccionamiento ha tenido lugar en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales, principalmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, así como por la doctrina jurídica contemporánea, cuyo debate se ha extendido largos años desde su origen y recepción en distintas latitudes.

En el contexto de análisis del principio de proporcionalidad se acerca más a una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. En el primer epígrafe detallaremos los cimientos de esta aserción, ya que son imprescindibles en el proceso de comprensión y aplicación de la proporcionalidad. Básicamente residen en la idea de que es necesaria una configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales para evitar su vaciamiento, a causa de una posible discrecionalidad desproporcionada por parte del juez constitucional. Es decir, una concepción de límites a los límites de los derechos fundamentales.

En el presente epígrafe se explicará a detalle el funcionamiento del principio de proporcionalidad, una vez que el juez constitucional

ha activado las premisas del mismo. Se analizarán los tres subprincipios que intervienen para la correcta aplicación: adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Cabe advertir que estos subprincipios están relacionados con los márgenes estructurales y epistémicos (referidos en los epígrafes anteriores), que permiten al legislador configurar los medios que considere más convenientes para alcanzar los fines de las normas, así como el margen estructural para la ponderación.

Este subprincipio se presenta de la siguiente forma: el medio escogido por el legislador para lograr el objetivo de la norma, debe ser idóneo y adecuado, es decir, perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. Esta acepción está compuesta de dos elementos: el fin y el medio. Para ello, es imprescindible analizar el fin de la ley que se pretende favorecer, así como el análisis de los medios para conseguirlo. En principio, un fin legítimo será aquel que no vaya en contra de los principios consagrados en el texto constitucional, ya sea que se encuentre la prohibición de manera expresa en el texto fundamental, o se desprenda de algún criterio interpretativo del mismo.¹¹⁸ Al respecto, la Profesora Clérico ha indicado que este subprincipio se podría enunciar de la siguiente manera: «cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal)».¹¹⁹

En esta sintonía, la adecuación se encuentra en estrecha conexión con la teoría de los márgenes legislativos, antes expuestos. El margen de apreciación estructural, a favor del legislador, consiste en

¹¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 704.

¹¹⁹ CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 39.

que los medios elegidos por el mismo, han sido los más adecuados y óptimos para perseguir el fin u objeto de la norma en cuestión. Asimismo, uno de los elementos fundamentales para su comprensión, es la relación fáctica entre la finalidad de la norma y la medida para llevarla a cabo por la autoridad. La complejidad surge cuando no se cumple a cabalidad con la relación teleológica del fin u objetivo perseguido, acorde a los principios constitucionales o normas de derecho fundamental. Por tanto, uno de los elementos imprescindibles en dicho examen, es la conexión positiva entre los medios para conseguir los fines de la norma en cuestión.

Acorde con Laura Clérico, existen dos versiones para el examen de adecuación técnica: una débil y otra fuerte. Este aspecto se relaciona íntimamente con la discrecionalidad fuerte o débil que ejerce el juez constitucional para evaluar las medidas tomadas por el legislador para alcanzar los objetivos de la norma. Dicho en otras palabras, permite un margen de acción estructural para el examen de adecuación. En este aspecto, la versión fuerte de dicho mandato, exige que la elección del medio permita alcanzar en la mayor medida posible el fin perseguido por la norma, desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa y de probabilidades.¹²⁰

Esta visión o modelo fuerte del principio de adecuación es bastante exigente, ya que en ocasiones, determinadas variables son desconocidas al momento de creación de la norma, escapando por consiguiente del proceso legislativo, y de las demás circunstancias e intereses de los afectados con la vulneración del derecho en cuestión, no solamente al momento de creación de la norma, sino durante toda su vigencia.

Para satisfacer de mejor manera el examen de adecuación técnica o idoneidad, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha desarrollado dos formulaciones (una negativa y otra positiva), determinado

¹²⁰ *Ibid.*, p. 59 y ss.

si se han satisfecho los requerimientos de este principio. Por una parte, la versión negativa ha quedado delineada de la siguiente manera: «¿Es el medio escogido por el legislador “inapto objetivamente”, “inadecuado objetivamente”, “sin más inadecuado”, “en principio inadecuado”, para fomentar el fin perseguido (o “no guarda ninguna relación” o mantiene “ninguna conexión” con el fomento del fin perseguido)?» Por otro lado, la formulación positiva señala: «¿puede con su ayuda ser fomentado “el resultado deseado”?»¹²¹

Si después de un examen cuidadoso, el juez determina que en la aplicación de la regla de la adecuación técnica, aún subsisten dudas sobre si el medio es o no adecuado de manera abstracta y general, debe pasarse a la siguiente fase o paso de la ponderación, que es la regla del medio alternativo menos gravoso (principio de necesidad o elección de medios alternos), para examinar la justificación a la restricción de los derechos invocados.

El subprincipio de necesidad se formula de la siguiente manera. El medio establecido en la norma o el acto de autoridad es necesario, si el legislador no pudo elegir otro medio (si bien igualmente adecuado técnicamente), pero que podría haber limitado menos el derecho o principio constitucional afectado. Siguiendo la ley material de la ponderación elaborada por Alexy, esto tiene una explicación sencilla: «Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio». Es decir, el legislador o la autoridad no pueden conseguir objetivos o fines de manera desproporcional o innecesaria, si existen medios alternativos menos gravosos para conseguirlo.¹²²

Lo anterior significa que los medios para conseguir el fin u objetivo de informar se encuentran justificados constitucionalmente y

¹²¹ *Ibid.*, p. 61 y ss.

¹²² *Ibid.*, p. 114 y ss.

que no existían medidas alternativas que restringieran en menor grado el derecho a la intimidad, por lo que es indispensable llevar a cabo una ponderación entre los dos bienes constitucionalmente tutelados, es decir, medir la afectación causada a cada derecho fundamental en concreto.¹²³

Alexy ha elaborado dos leyes para explicar la ponderación: la material y la epistémica. La primera es enunciada de la siguiente forma: «Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio». La segunda, de la siguiente manera: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención».¹²⁴ A diferencia de la primera ley de ponderación, la segunda no enfatiza la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino su calidad epistémica. Es decir, en el peso factual de la argumentación jurídica.

En esta medida, la interferencia en la realización de cada derecho en conflicto, no debe afectar el contenido esencial los mismos. Esto quiere decir que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa o el acto de autoridad en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Bernal Pulido configura la estructura argumentativa en tres pasos:

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la relevancia de la intervención en el derecho fundamental

¹²³ *Ibid.*, p. 120 y ss.

¹²⁴ ALEXY, Robert, «La fórmula del peso», en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 2008, pp. 349-372.

- y la relevancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
 - c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.¹²⁵

Cuando nos encontramos ante dos derechos fundamentales de igual jerarquía y peso, no se pueden llevar a cabo ponderaciones en abstracto. De acuerdo con la teoría de Robert Alexy, la ponderación debe efectuarse vía procesos de concreción a partir de las distintas circunstancias en que se desenvuelve cada caso. Ninguna ponderación puede ser igual a otra, ésta es una de las distinciones fundamentales entre los casos fáciles de los difíciles. La ley epistémica de la ponderación exige que se evalúen las premisas empíricas de cada caso en particular, tomando en cuenta la *magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance y duración, así como la certeza* de cada una de las premisas.¹²⁶ A partir de este análisis concienzudo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinarse si la afectación a cada derecho resulta ser leve, intermedia o intensa.

Ahora bien, una vez descritos los pasos o fases que deben seguirse para limitar un derecho, vayamos a un caso concreto, relacionado con el criterio de la información inexistente que ha sido emitido por

¹²⁵ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 693 y ss.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 791.

el IFAI. La cuestión en este caso forma parte del criterio 015-09,¹²⁷ emitido por el mismo IFAI; esta característica se atribuye a la información solicitada, en relación con el artículo 46 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), al establecer que «cuando los documentos no se encuentren en los archivos de la unidad administrativa, ésta deberá remitir al Comité de Información de la dependencia o entidad la solicitud de acceso y el oficio en donde lo manifieste, a efecto de que dicho Comité analice el caso y tome las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resuelva en consecuencia». El criterio aludido, ha señalado el IFAI «[...] implica necesariamente que la información no se encuentra en los archivos de la autoridad —es decir, se trata de una cuestión de hecho—, no obstante que la dependencia o entidad cuente con facultades para poseer dicha información».

A pesar de la presunta claridad y precisión contenida en el criterio aludido y el artículo respectivo en la LFTAIPG, al tratarse evidentemente de una información que no existe, creemos que resulta conveniente analizar este criterio a la luz del principio de proporcionalidad para resaltar algunos aspectos que nos han parecido interesantes. Por tanto, el primer paso para resolver la cuestión planteada en este asunto, será establecer si la limitación impuesta al derecho de acceso a la información a través del calificativo de «información inexistente» persigue una finalidad constitucionalmente legítima y no contraría los principios constitucionales de máxima publicidad y oficiosidad de la información.

Nuestro punto de disenso se encuentra en la parte conducente, donde establece: «a pesar de que la autoridad cuenta con facultades para poseer dicha información», es decir, existe de manera indirecta una obligación del Estado hacia la entidad pública de poseer deter-

¹²⁷ Este criterio es consultable en el sitio www.ifai.org.mx/criterios.

minada información, derivado y fundado en la razón más importante de todas: el empleo de recursos públicos para su actividad diaria. En este sentido, nuestra postura es en contra de la referida interpretación, pues consideramos que dicho criterio va en contra del *contenido esencial o parte medular del derecho fundamental de acceso a la información* consagrado constitucionalmente y recogido por la jurisprudencia mexicana, mediante empleo de criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que en el caso en particular lo que se está haciendo es concebir a este derecho de manera estricta, en perjuicio del ciudadano, dado que el carácter que debe revestir es de «oficiosidad de la información pública», así como la imposición de obligaciones a la autoridad, que, en caso de no contar con la información respectiva, se encuentra obligada a crear mecanismos instrumentales para su acceso. De acuerdo con esto, nos parece que el IFAI ha retrocedido de los criterios consagrados por la SCJN y la misma CIDH. Dicho en otras palabras, el Estado no ha respetado el criterio decantado sobre la obligación de crear los mecanismos para conseguir que esa información sea accesible para el ciudadano.

Asimismo, la reciente consagración a nivel constitucional del derecho a la protección de datos personales requerirá en definitiva el modelo de solución a conflictos y colisiones entre principios constitucionales, tal y como lo enuncia el párrafo segundo del artículo 16 constitucional, al referirse como excepciones a las razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas, así como la protección de los derechos de terceros.¹²⁸

¹²⁸ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009, p. 4.

Pero quizá una de las cuestiones más difíciles de resolver por el servidor público al momento de determinar si la información pública merece ser restringida o limitada se encuentra en la determinación del peso en cada principio constitucional; o dicho en términos más simples, determinar cuál principio constitucional prevalece sobre el otro en un conflicto en específico. En lo que respecta a la técnica para aplicar el principio de proporcionalidad, se debe establecer un catálogo de restricciones al derecho de acceso a la información, ya sea que éstas sean expresas (seguridad nacional, derechos de terceros, protección de datos) o implícitas (información inexistente, indisponible). De éstas dos, las restricciones expresas tendrán mayor peso que las implícitas, dado que aquéllas se encuentran consagradas explícitamente en el texto fundamental; mientras que las implícitas tienen un peso inferior, ya que el juez o intérprete de la normativa se ve obligado a realizar un ejercicio hermenéutico más profundo para desentrañar el sentido de la norma, no obstante, si dicho ejercicio importa el sacrificio de un principio o requisito constitucional del derecho que está en juego, el fin u objetivo de la norma debe ser considerado ilegítimo, por tanto, el derecho a la información queda por encima de la citada restricción.

Ahora bien, cuando se trate de restricciones expresas al derecho a la información por encontrarse en la Constitución, ya sea que se trate de una colisión entre dos derechos o principios constitucionales (derecho a la información *vs.* protección de datos personales, seguridad nacional, secreto industrial, seguridad e integridad física, etc.) se deberá atender específicamente al contenido material de la información pública a la que se pretende tener acceso. En este caso, se deben buscar hipótesis alternativas a través de las cuales logremos la misma finalidad contenida en las normas restrictivas, ya sea por medio de la obtención de la información, y simultáneamente, la protección de la seguridad nacional, integridad, intimidad, o el derecho que aplica al caso en específico. Si una vez realizado este paso, no es suficiente

para determinar cuál valor tiene mayor peso que el otro, se lleva a cabo el procedimiento de ponderación en sentido estricto.

Al respecto, cabe mencionar que para realizar este procedimiento es indispensable tomar en cuenta todas y cada una de las circunstancias que ocurren al caso en particular, siendo especialmente, indispensable la característica o naturaleza relacionada con el asunto de interés público. De igual forma, resulta importante advertir sobre la necesidad de que, aun cuando se trate de una violación al derecho de acceso a la información, es necesario determinar cuál otro derecho fundamental se encuentra vinculado al mismo, como pudiese ser el derecho a un medio ambiente saludable, la integridad física, la intimidad, es decir, aquéllos derechos que buscan ser protegidos una vez satisfecho el derecho a la información pública.

Creemos que el sistema de acceso a la información pública en México debe alejarse de la concepción reduccionista que se tenía sobre este derecho esencial cuando se trata de información que no afecta de manera directa los derechos fundamentales de las personas o pone en serio peligro la seguridad nacional. Consideramos que se debe abandonar el criterio de la información inexistente, cuando se trate de documentos cuya obligación deriva de la normativa legal correspondiente, exija a la autoridad a manera de prestación social hacia el gobernado la información solicitada.

En México, el paso gradual hacia una plena efectividad y exigibilidad del derecho de acceso a la información pública, nos habla de un país más saludable institucionalmente, que lejos de asimilarse al «ogro filantrópico», ha ido transitando hacia un Estado que no pretende dar marcha atrás a la consolidación de sus instituciones democráticas, y que desea apartarse de las torrentes y movedizas arenas de la opacidad que algún día eran el fruto diario en la gerencia pública mexicana. Por el bien de todos, esperemos que así sea.



Capítulo 3

EL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DESAFÍOS ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. El derecho fundamental a la protección de datos personales y la eficacia de los derechos frente a particulares

La evolución del derecho a la privacidad ha sido asombrosa en las últimas décadas. Desde su concepción originaria a finales del siglo XIX por los abogados D. Warren y Louis D. Brandeis como el derecho a ser dejado solo (*the right to be let alone*),¹²⁹ hasta el reconocimiento como un derecho fundamental de la protección de datos personales a principios de los años ochenta por la jurisprudencia alemana, ha venido a transformar la visión reduccionista del derecho a la privacidad y a la intimidad.

¹²⁹ WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., «The right to privacy», en *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, diciembre, 1890, p. 193.



La Dignidad Humana y el Libre Desarrollo de la Personalidad¹³⁰ han sido dos de los principios fundamentales que han servido para cimentar el orden constitucional y se han erigido como valores superiores del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia comparada es fecunda en la creación de precedentes que han servido para extender el significado de estos dos principios, construyendo nuevos derechos fundamentales como, la intimidad y privacidad, así como un derecho más específico: la protección de datos personales. Cabe resaltar que Alemania tiene una dura historia en torno a los datos de sus habitantes y varios litigios que ha cimentado un respeto inefable hacia la protección constitucional de estos derechos, principalmente a raíz de las atrocidades cometidas durante el régimen nacionalsocialista.¹³¹

Dicha protección o tutela reforzada de este derecho fundamental de los datos personales, ha merecido especial pronunciamiento de parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El primer precedente en torno a ello, se dictó en el caso de la «Ley Censo», el cual sirvió para establecer las principales directrices que, incluso hasta hoy, prevalecen para interpretar de manera favorable el derecho a la protección de datos personales, derivados de la interpretación exten-

¹³⁰ En primer término, uno de los precedentes más emblemáticos dictados para el reconocimiento de los principios fundamentales fue el fallo Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Véase de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, especialmente párrafos 1 y 27 (BvF 7,198). HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.

¹³¹ Durante el régimen de Adolf Hitler, la Corporación IBM en Alemania, con su personal y equipo, diseñó un sofisticado sistema de identificación, consulta y confrontación de datos de miles de judíos, rastreando de esta forma sus orígenes, empresas y demás propiedades. El desenlace de esta flagrante violación al derecho a la intimidad lo conocemos todos: el holocausto para miles de judíos en la Alemania nazi. BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Dialog Press, Washington, DC, 2001, p. 400 y ss.

siva de principios como la Dignidad Humana y el Libre Desarrollo de la Personalidad.

Al respecto el mencionado órgano sostuvo que el libre desarrollo de la personalidad presupone las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos, ante la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales, por este motivo, «para obligar a una persona a proporcionar datos personales era necesario que el legislador haya determinado con claridad, en forma precisa y adecuada su finalidad, y que las informaciones sean adecuadas y necesarias para el logro de dicha finalidad (subprincipio de adecuación y necesidad)».¹³²

El sistema jurídico constitucional español es también paradigmático en la creación de protecciones jurídicas a los derechos de intimidad, privacidad y datos personales. En este sentido, destacan resoluciones donde se invoca el reconocimiento de la *dignidad de la persona humana* como fundamento de la protección de este último derecho. Cuando se abordó la temática sobre la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, se determinó que «el derecho al honor e intimidad constituían un elemento esencial de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, por lo cual, el uso de la informática constituía uno de los mayores riesgos para la intimidad individual y familiar, para el ejercicio legítimo de los derechos del ciudadano». De igual manera, se determinó la existencia de datos sensibles

¹³² BverfGE 65, 1, párrafos 20 y ss. Respecto al fondo de la cuestión, el Tribunal germano resolvió que: «... la información utilizada para recabar datos en el Censo de Población perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, pues se trataba del ejercicio de una función pública de gran relevancia. Sin embargo, aún en la recolección de datos con fines estadísticos, debe cuidarse el carácter y la clase de información que se proporciona [...] asimismo, con la finalidad de proteger en mayor medida los datos personales, era necesario que los datos individuales recogidos con fines estadísticos se mantuvieran en secreto e ir acompañado de medidas que impidan levantar el anonimato de dicha información».

que podían cederse por razones de interés general cuando así lo estableciera expresamente una ley o el afectado lo consintiera expresamente, tales como los relativos al origen racial, la vida sexual y la salud.¹³³

Hoy en día el manejo de datos personales ha dado un viraje asombroso, debido a la revolución informática y el procesamiento de datos sofisticado y complejo que ha venido a desembocar en una especie de transparencia hacia aquellos agentes que tradicionalmente se habían considerado como parte de una esfera privada, pero que dadas las condiciones de esta «revolución informática», los ha traspasado, colocándolos en el umbral del escrutinio público, ejemplo de ello resultan ser las redes sociales y los buscadores digitales. Este nuevo contexto ha venido a transformar nuestras maneras de existencia, costumbres y formas de relacionarnos cotidianamente con el resto de las personas.

Pero más allá del asombroso fenómeno de desustancialización de la vida en esta era del vacío y del morbo social generado por la publicidad de nuestras vidas,¹³⁴ nos avocaremos a analizar la relación que tiene la vulneración al derecho a la intimidad, principalmente los datos personales en el acontecer diario, a través de la publicidad de nuestros datos por grandes corporativos, tanto nacionales como internacionales, cuyo objeto comercial es el procesamiento de datos.

¹³³ Recurso de inconstitucionalidad 290/2000. El fondo del asunto se centró en determinar cuáles eran las medidas adecuadas, necesarias y proporcionales en el tratamiento automatizado de datos personales.

¹³⁴ Desde ésta perspectiva, la vida, y en mejores términos, el cuerpo humano, se conciben como un producto más del mercado, un bien comercializable *sujeto* a las leyes económicas mercantiles capitalistas (neoliberales). Los *mass media* como la *industria cultural* adorniana producen una *ilusión* de hacer creer que el mundo exterior, el mundo que se percibe fuera de nosotros, es la prolongación (o extensión) de lo que se conoce en los *mass media* (como la radio, la televisión, el cine, y últimamente, el ciberespacio). Vid. HORKHEIMER M. y ADORNO T., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (traducción Juan José Sánchez), Trotta, Madrid, 1998, p. 171.

Esto ha significado la ruptura de un paradigma: el que los derechos fundamentales también sean sujetos de protección en contra de violaciones cometidas por particulares.

En este sentido, la relación entre el derecho privado y el derecho constitucional fue vislumbrada desde hace años por la jurisprudencia y la doctrina alemana de derecho constitucional,¹³⁵ principalmente lo que la jurisprudencia alemana ha definido como *Drittwirkung der Grundrechte* (Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales o frente a particulares),¹³⁶ teniendo como inspiración principal la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, explicada en términos simples como aquella que busca la eficacia inmediata de los derechos en cualquier sistema jurídico, independientemente de si se encuentra en situaciones de derecho público o privado.

En este sentido, al ser la Constitución el orden jurídico fundamental sobre el cual reposa el sistema jurídico, la mayor parte de los institutos jurídico-privados, como los contratos celebrados entre particulares, buscan lograr el principio de la autonomía de la voluntad, y en ese camino, conducen a necesarias e ineludibles restricciones a la autonomía individual de los derechos, los cuales deben ser sujetos de la tutela y protección de esa libertad que se pregona en el

¹³⁵ Los principales autores que se han ocupado de esta temática en el Derecho Constitucional alemán son: DURIG, G. «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1956, pp. 157-190. HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privatrecht*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988. Entre los autores contemporáneos que han abordado la temática, se encuentran: BLECKMANN, Albert, «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», en DVBl, 1988, pp. 938-946. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999. CLASSEN, Claus Dieter, «Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en: *AöR* 122(1997), pp. 65-107.

¹³⁶ SCHWABE, Jürgen, «Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte», en *AöR* 100(1975), pp. 442-470. VON MÜNCH, Ingo, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Diss., 1998.

Derecho Civil.¹³⁷ Es decir, al momento de celebrar una relación contractual ante cualquier corporativo o empresa (financiera, de relaciones públicas, contratación, etc.) éstas adquieren de manera ineludible el compromiso de no afectar los derechos fundamentales de sus consumidores o prestadores de servicios.

Precisamente, éste es el punto en que deseamos hacer énfasis, ya que el desarrollo de la institución de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*Drittwirkung*),¹³⁸ plantea en esencia, saber si las normas constitucionales que consagran derechos y libertades son aplicables en las relaciones jurídicas privadas, en qué medida y en qué extensión. Existen dos teorías sobre la eficacia de los derechos fundamentales para apoyar la tesis de la *Drittwirkung*:¹³⁹

- *De la eficacia inmediata* (directa). Dicha postura mantiene una subordinación directa del derecho privado al derecho constitucional. Desde la perspectiva de algunos autores, principalmente de derecho privado, se acaba con la autonomía privada y se subordina esta rama frente al derecho constitucional. Asimismo, los derechos fundamentales podrían ser usados exclusivamente para conseguir la nulidad de las disposiciones convencionales, y de esta manera, dejar sin valor contratos pactados con el cumplimiento de las formalidades legales, de

¹³⁷ HESSE, Konrad, p. 75.

¹³⁸ Cabe especificar que fue por vía jurisprudencial y fundamentado en la doctrina como el Tribunal Federal Constitucional Alemán comenzó a emplear la *Drittwirkung der Grundrechte*, los orígenes nos remontan a la época de Weimar, sin embargo el verdadero desarrollo se logró posterior a la segunda posguerra. Por otra parte, la jurisprudencia española siguió la línea germana con el fallo de la sentencia 78 de 1982 y en la sentencia 55 de 1983 del Tribunal Constitucional Español.

¹³⁹ ESCHENBACH, Jürgen y NIEBAUM, Frank, «Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung», en *NVwZ*, 1994, pp. 1079-1082.

donde se derivaría la inseguridad jurídica en el tráfico entre particulares.

- *De una eficacia mediata* (indirecta). Su principal defensor es el distinguido constitucionalista Dürig, quien explica que «este precepto impone un deber de protección y de tutela frente a los valores que los derechos fundamentales y el concepto normativo de la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento». ¹⁴⁰

De esta manera, podemos observar que a raíz de las transformaciones y cambios tecnológicos, el reconocimiento progresivo del derecho a la privacidad ha aumentado su umbral de protección hasta crear nuevos derechos y garantías, como la protección de datos personales. Nos resulta muy interesante la protección original que se dio al derecho a la privacidad en primer término por la jurisprudencia de Tribunales de Nueva York, y posteriormente por un *restatement*¹⁴¹ en donde se reconoció el derecho a la privacidad a partir de un conflicto entre particulares. ¹⁴²

El reconocimiento y consagración en posteriores declaraciones a nivel internacional como de organismos comunitarios vino a crear

¹⁴⁰ DURIG, G. *op. cit.*, p. 178.

¹⁴¹ *First Restatement of Torts. 60 Section 867 of the First Restatement*. Según la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, los Restatements of the Law (creados en 1923) son un conjunto de criterios que pueden versar sobre algún tópico legal y que buscan informar a los jueces y abogados sobre los principios generales del Common Law, los cuales son publicados por el Instituto Americano del Derecho.

¹⁴² Como se lee a continuación del criterio referido, el conflicto versaba sobre la colisión del derecho a la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la privacidad: «[a] person who unreasonably and seriously interferes with another's interest in not having his affairs known to others or his likeness exhibited to the public is liable to the other». Los jueces Warren y Brandeis habían sugerido que el lenguaje en el derecho a la privacidad no era suficiente para cubrir acciones tomadas por la prensa, y que además, no se encontraban protegidos por la primera enmienda.

todo un abanico de protección integral. Al respecto, destacan el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales y la Convención de Estrasburgo sobre el procesamiento automático de datos; así como la creación de organismos como la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), la Agencia Española de Protección de Datos, la Oficina Intergubernamental para la Informática (IBI), el Electronic Privacy Information Center, la Asociación Francófona de Autoridades de Protección de Datos Personales, el Electronic Privacy Information Center, y por su parte, el IFAI en México.

Al día de hoy, podemos observar que las principales resoluciones de organismos nacionales, regionales o internacionales, se encuentran dirigidas hacia los particulares, por violar la privacidad e intimidad de las personas, especialmente cuando se trata de datos personales. En Alemania, Francia, Bélgica y otras naciones europeas, por ejemplo, se ha sancionado a la empresa Google por la captación y almacenamiento de datos personales de miles de usuarios a través de su herramienta Street View, ya que sus vehículos empleados para este fin, captaban los datos de las redes inalámbricas instaladas tanto en lugares públicos como en los domicilios de miles de personas.¹⁴³ En México también se han realizado reclamos de parte del IFAI, en contra de grandes corporativos como Sony de México SA de CV, que recientemente sufrió un ataque cibernético en abril de este año, don-

¹⁴³ «Google “roba” datos y se retracta», en: <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2010/05/14/google-informacion-wifi-web-cnnexpansion>; <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5588862,00.html> <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2010/06/17/francia-reclama-a-google-por-privacidad>; «Vie privée: Google Street View dans le viseur de la justice belge», en http://www.lemonde.fr/web/recherche_resultats/1,13-0,1,0,0.html?query=google&query2=&booleen=et&num_page=4&auteur=&dans=dansarticle&periode=365&ordre=pertinence&G_NBARCHIVES=1120836&nbpages=92&artparpage=10&nb_art=913.

de pudieron haber sido sustraídos diversos datos personales, entre ellos: nombre, dirección (ciudad, Estado, código postal, país), dirección de correo electrónico, sexo, fecha de nacimiento, número de teléfono, nombre de usuario y contraseñas, al igual que posible información crediticia.¹⁴⁴

Asimismo, en nuestro país es común la venta y distribución comercial de bases de datos en el mercado negro, situación de alarma que motivó el debate en la elaboración de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares.¹⁴⁵ De este modo, no negamos que la irrefrenable revolución informática ha llegado para quedarse, no obstante, la regulación normativa debe estar conforme a las circunstancias y necesidades actuales de los ciudadanos. Es decir, los principios y directivas tanto internacionales como regionales en materia de protección de datos personales, vinieron a incorporarse a la legislación mexicana, situación que será objeto de estudio en líneas sucesivas.

2. Garantías frente a particulares para la protección de datos en el derecho informático mexicano

En este apartado analizaremos la creación de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Para este propósito, no nos limitaremos a realizar una exposición descriptiva

¹⁴⁴ <http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/comunicados>

¹⁴⁵ Ahora sí que para muestra basta un click, de la búsqueda en internet que realizamos, detectamos algunas «compañías» dedicadas a la venta de bases de datos, entre otras:

<http://www.tbfmexico.com>

<http://www.entelsa.com.mx/sitio/basesdedatos.cfm?gclid=CNHXq6HRw6QCF-QWAgwodkAmVEA>

<http://www.basesdedatos.com.mx/telemarketing.htm>

<http://www.toofaztco.com/bases-de-datos-para-marketing.htm>

sobre los enunciados normativos que la componen, sino que explicaremos los principios o directrices que sirvieron de inspiración al legislador para su creación, y que además, son piedra angular de la protección de los datos personales. De igual manera, para crear un debate enriquecedor con el lector, nos avocaremos a realizar un análisis legislativo y jurisprudencial comparado, con el objeto de revisar la asimilación que hace la legislación mexicana con otros sistemas jurídicos de protección de datos personales.

Una de las situaciones que más llamó nuestra atención al momento de analizar la Ley en comento, fue la motivación que dio el legislador desde la presentación de las iniciativas. Al respecto, podemos citar que al momento de elaborar esta normativa existió plena conciencia sobre la extensión del derecho a la privacidad (especialmente el de la protección de datos personales).¹⁴⁶ Asimismo, destacan los principios básicos sobre los que está inspirada dicha legislación, que enunciaremos de manera breve según la misma exposición de motivos.¹⁴⁷

- **Información:** obligación de una persona física o moral de informar a los individuos de los propósitos para los que se recolectan datos personales.

¹⁴⁶ En el primer párrafo de la Exposición de Motivos establece: El derecho a la privacidad es uno de los derechos humanos esenciales que dan contenido y substancia a la *dignidad humana*. Nuestra cultura actual reconoce que existe un ámbito de la vida de cada persona que solamente concierne a ésta y que queda reservado para los demás. Este ámbito es la consecuencia de la *individualidad, de la autonomía y de la libertad* que se admite como propias de todo ser humano, es allí de donde se desprende el *derecho de todo hombre de mantener secretas e inviolables ciertas manifestaciones de su vida. Sin su expreso consentimiento nadie puede inmiscuirse dentro de este ámbito*. Versión Estenográfica. Exposición de Motivos. Iniciativa de Diputado (grupo parlamentario del PRD)

¹⁴⁷ *Ibid.*

- **Elección:** asegurar que los individuos sobre los que un tercero posea información, puedan ejercer sus derechos sobre la misma.
- **Transferencia:** garantiza la capacidad de asegurar que la información no es transmitida fuera del control del responsable, sin salvaguardar sus derechos y manteniendo el mismo nivel de protección establecido cuando se recolectó.
- **Seguridad:** da la certeza de que las entidades que tratan los datos personales de los individuos, utilizan medidas razonables de seguridad de carácter físico, técnico y organizacional para salvaguardar la integridad de los datos.
- **Integridad:** asegurar que su información, que obre en posesión de un tercero, es precisa, completa y actual, teniendo el derecho de rectificarla.
- **Acceso:** otorga a los individuos el derecho a conocer su información personal que obre en posesión de un tercero.
- **Cumplimiento:** busca que quienes tratan datos personales cuenten con las estructuras necesarias para dar cumplimiento con la ley.
- **Consentimiento:** el derecho de un individuo de permitir el uso de sus datos personales que obren en bases de datos de un tercero, así como de poder solicitar su cancelación en dichas bases.

La Ley que ahora es objeto de estudio tiene influencia del derecho y la jurisprudencia comparada. Uno de los principios fundamentales sobre el cual se erige dicha normativa es la «expectativa razonable de privacidad», entendida como la confianza que deposita cualquier persona en otra respecto de que los datos personales proporcionados entre ellos, serán tratados conforme a lo que acordaron las partes en los términos establecidos en las le-

yes.¹⁴⁸ Dicha acepción proviene del derecho anglosajón (*reasonable expectation of privacy*), específicamente de la jurisprudencia norteamericana. Su utilidad es bastante común de parte de los jueces en aquel país, y se emplea con la finalidad de determinar si ha existido alguna violación a la privacidad.

De acuerdo a la jurisprudencia norteamericana, la expectativa razonable de privacidad es un test por medio del cual se define el alcance a la protección de la privacidad protegida por la Cuarta Enmienda. Para este efecto, existen dos expectativas: la objetiva y la subjetiva. La primera se refiere a expectativa razonable o legítima de privacidad generalmente reconocida por la sociedad; la segunda, a la opinión que una persona tiene sobre una cierta localización o situación que se considera privada, la cual varía según el individuo. Las reglas que son utilizadas para interpretar la extensión y límites del test referido han versado principalmente sobre casos criminales donde los oficiales han lesionado el derecho a la privacidad, ya sea a través de la recolección de pruebas en lugares, que a primera vista, eran considerados públicos.¹⁴⁹

Otro de los términos que nos llaman la atención, aunque admitimos que deberá ser objeto de análisis y desarrollo en el próximo Reglamento de esta Ley (aún pendiente de publicación y cuya fecha límite es julio de 2018), es el establecido en la fracción II, en su artículo 10, cuando se refiere a que no se requerirá consentimiento cuando: «los datos figuren en fuentes de acceso público», refiriendo al respecto que se trata de «aquellas bases de datos cuya consulta pueda ser realizada por cualquier persona, sin más requisito que, en su caso, el pago de una contraprestación»¹⁵⁰. El conflicto surge cuan-

¹⁴⁸ Art. 32 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP).

¹⁴⁹ *People vs. Camacho*, 23 Cal. 4th. 824 – 835 (2000).

^{United States vs. Knotts}, 460 U.S. 276 – 281 (1983).

¹⁵⁰ Fracción X, del art. 3 de la LFPDPPP.

do no se define certeramente qué debe entenderse por «fuentes de acceso público», ya que inicialmente la información pudo haberse otorgado para ciertos fines y posteriormente estos datos pudieron haberse desviado de su propósito original.

Procesos como el referido en el párrafo precedente han sucedido en otras latitudes como España. Al respecto, destaca el procedimiento sancionador identificado con la clave PS/00285/2009,¹⁵¹ que fue instruido por la Agencia Española de Protección de Datos, en contra de la empresa Oferdata SL. El problema en este caso versó esencialmente en el envío de propaganda comercial de otra empresa (Eurolínea Hogar) en la que aparecían la dirección y apellidos de la demandante, informando a éste que dichos datos habían sido brindados por la empresa Oferdata SL., la cual a su vez, los había obtenido de diversos registros como páginas amarillas, directorios de servicios de telecomunicaciones, entre otros. La demandante negó haber proporcionado sus datos (domicilio y nombre completo), por lo que la Agencia Española condenó a Oferdata a una multa, por no demostrar que contaba con el consentimiento para que se le enviara información a la afectada.

Regresando a la Ley en estudio, el capítulo X se refiere a las infracciones y sanciones que podrán ser impuestas a quien viole los contenidos del citado dispositivo. La categoría de «datos sensibles» provoca que se agrave la multa impuesta por la autoridad, incluso recurriendo a criterios jurisprudenciales del derecho alemán y español, al definir estos datos como: aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afi-

¹⁵¹ La resolución de la Agencia Española de Protección de Datos es pública y puede consultarse en línea en: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2009/common/pdfs/PS-00285-2009_Resolucion-de-fecha-20-10-2009_Art-ii-culo-6-LOPD.pdf.

liación sindical, opiniones políticas preferencia sexual. No obstante lo anterior, esta Ley no especifica el procedimiento de reparación del daño en contra de las personas que resulten afectadas con la utilización indebida de sus datos personales, situación que sería vista a través de un proceso civil.

Por último, haremos mención acerca de uno de los principios que desde nuestra perspectiva, es la piedra angular de futuras interpretaciones sobre los alcances y restricciones al derecho fundamental de protección de datos. Nos referimos a la consagración del principio de proporcionalidad. Al respecto, es menester remitirnos a los preceptos 12 y 13, de la Ley en estudio.

Artículo 12. El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en el aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular.

Artículo 13. El tratamiento de datos de carácter personal será el que resulte necesario, adecuado y relevante en relación con las finalidades previstas en el aviso de privacidad. En particular para datos personales sensibles, el responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar el periodo de tratamiento de los mismos a efecto de que sea el mínimo indispensable.

Aunque no se dice nada sobre el Principio de Proporcionalidad de manera expresa en los artículos citados, en el Dictamen realizado por la Comisión de Gobernación, se advierte la vinculación que el legislador hizo entre el *principio de finalidad y el de proporcionalidad*. Sobre este punto, puede leerse en los comentarios realizados a los numerales enunciados lo siguiente.¹⁵²

¹⁵² Dictamen de la Comisión de Gobernación, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particu-

Pasando ahora al principio de proporcionalidad, es menester mencionar que se encuentra directamente relacionado con el de finalidad. La exigencia al responsable de únicamente tratar datos proporcionales para la finalidad para la que se obtuvieron ha sido analizada por los distintos derechos regionales o nacionales desde dos perspectivas distintas, aunque complementarias: Por una parte, los datos sólo deberían ser los adecuados o necesarios para la finalidad que justifica el tratamiento (principio de proporcionalidad en sentido estricto); por otra, quien procede al tratamiento de los datos deberá analizar las finalidades que justifican el tratamiento, de modo que sólo debería tratar la mínima cantidad de información necesaria para conseguir la finalidad perseguida (principio de minimización).

De acuerdo a lo anterior, la resolución de conflictos futuros entre el procesamiento, posesión y manejo de datos personales, y el derecho a la privacidad (protección de datos), podría estar conforme a los criterios o el test que hemos enunciado en este apartado. Es decir, a través de un sencillo examen que nos brindan el derecho y la jurisprudencia comparados (y que han sido recogidos por el legislador en esta ley), analizando la expectativa razonable de privacidad que se tiene sobre la información brindada por un particular hacia otra persona, precisando además la finalidad para la cual fue proporcionada dicha información desde un principio, y determinando hasta donde resulten adecuados y necesarios los datos proporcionados para el fin que se persigue (principio de proporcionalidad). El análisis detallado sobre esta institución en el campo de la teoría de los derechos fundamentales, así como la re-

lares; y se reforman los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. *Gaceta Parlamentaria* Núm. 2987-VI, México, DF martes 13 de abril de 2010.

solución de los posibles conflictos entre derechos, serán examinados en el siguiente apartado.

3. Restricciones al derecho fundamental de protección de datos personales: técnicas para su resolución

En la primera parte de este ensayo, tratamos de explicar la naturaleza y relación que guarda la eficacia de los derechos frente a particulares con la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, ya que los sujetos directos de esta ley son los mismos particulares que vulneran derechos de otros particulares. En la segunda parte, explicamos la garantía y protección del derecho a la protección de datos personales consagrado por la normatividad mexicana, así como los principios inspiradores de dicha legislación. Esta sección tiene la finalidad de brindar técnicas para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, en este caso, la colisión que se presenta entre el derecho a la privacidad (datos personales) frente al derecho a la libertad de expresión (derecho a informar).

En primer lugar, para saber qué podemos someter al principio de proporcionalidad, debemos de precisar cuál es la extensión que el legislador ha decidido darle a este derecho a la protección de datos personales. Éstos pueden ser definidos como aquella información concerniente a una persona física, identificada o identificable. En este sentido, la protección que otorga la ley a este derecho se ha conocido como ARCO, por las siglas de cada específico derecho que tiene la persona: el acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte de los titulares de cada derecho, ante aquellas empresas que los tengan en sus bases de datos.

El problema se torna aún más complejo cuando los datos tienen la característica de sensibles, o bien, le han dado un mal uso a las bases de datos que tiene en su poder. Por ejemplo, aquellas que afec-

tan el derecho a la intimidad de una manera más intensa que los demás datos personales, o aquellos relacionados con el origen racial, étnico, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, la afiliación sindical, las opiniones políticas y las preferencias sexuales. Dicho esto, creemos que el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales contenido en esta ley,¹⁵³ queda compuesto por la posibilidad de acceder, rectificar, cancelar y oponerse hacia aquéllas bases de datos (en posesión de particulares), cuyo propósito fue desvirtuado de la finalidad inicial que perseguía el acuerdo entre las partes, a través de un uso innecesario o desproporcional de esa información.

En términos generales el principio de proporcionalidad tuvo su desarrollo y amplitud inicialmente en el derecho administrativo de Prusia de finales del siglo XIX y actualmente se ha convertido en un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o restricción a los derechos fundamentales.¹⁵⁴ Es decir, con este mecanismo se trata de descifrar la intensi-

¹⁵³ El contenido esencial de un derecho puede ser definido como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, el cual puede determinarse complementariamente a partir de lo que se denomina intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003, p. 46.

¹⁵⁴ En la jurisprudencia mexicana, su consagración ha sido definitiva, a través de la Tesis: Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecua-

dad con la que se afecta en este caso el derecho a la protección de datos personales. En este sentido, debemos remontarnos a la relación que habíamos descrito en un principio sobre los fines que tuviera la información, concerniente a los artículos 12 y 13 de la citada Ley. Al respecto, el primer precepto citado se refiere a que el tratamiento de datos debe limitarse únicamente al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad.

Dicho esto, creemos que para analizar tal requisito, debemos hacer uso de la expectativa razonable, principalmente tomar en cuenta las experiencias comparadas de tribunales y organismos de otros países que han contribuido a precisar los alcances de este derecho a la privacidad, lo cual nos ayudará a precisar si el objetivo persigue una finalidad constitucionalmente legítima, ya que es aquí donde podemos identificar el subprincipio de idoneidad que ha desarrollado la jurisprudencia germana.¹⁵⁵

Una vez que hemos determinado que la información relativa persigue una finalidad constitucionalmente legítima, se debe realizar un análisis acerca del tratamiento de datos, en relación con la necesidad, adecuación y relevancia de las finalidades previstas inicialmente en el aviso de privacidad. Sobre este punto, la jurisprudencia alemana ha señalado que este principio refiere que toda finalidad que persiga limitar un derecho debe ser la más benigna o la menos dañina con el derecho que se pretende lesionar o restringir, para este propósito deben buscarse otras alternativas que puedan conseguir la misma fina-

da, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

¹⁵⁵ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 693 y ss.

lidad o el objetivo propuesto. En este caso, la necesidad la determinará el aviso de privacidad que hace previamente quienes convienen sobre el tratamiento de datos, y que en caso de modificar el fin original, además de dar aviso al titular de dicha información, deberá respetar la proporcionalidad y relevancia de la información tratada.

Este último paso quizá sea el más complejo, pues se trata de justificar o motivar la importancia de la intervención al derecho fundamental restringido. Dicho en otras palabras, significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por el aviso de privacidad. Esto quiere decir, que las ventajas obtenidas con dicha intervención del particular, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares. Para este propósito, se debe determinar la magnitud de lo que se va a ponderar, es decir, cuando se trata de datos personales sensibles, el peso de la información de quien resulte afectado será visiblemente superior al derecho de quien pretende difundir la información. Tratándose de otras situaciones, se deberá valorar la relevancia de lo informado conforme a los principios de información, elección, transferencia, seguridad, integridad, acceso, cumplimiento y consentimiento, los cuales se encuentran implícitos en la normatividad en estudio.

Otro de los puntos controversiales que ya hemos señalado y donde se puede hacer uso del principio de proporcionalidad, es el contenido en el artículo 10 de la referida ley, específicamente en su fracción III, concerniente a que los datos contenidos en las «fuentes de acceso público» no requerirán del consentimiento de los afectados, entendiéndose como aquéllas «cuya consulta pueda ser realizada por cualquier persona, sin más requisito que, en su caso, el pago de una contraprestación».¹⁵⁶ Desde nuestra perspectiva, aún en esta circunstancia, el sujeto obligado (o en dado caso la autoridad revisora), se encuentran

¹⁵⁶ Fracción X del artículo 3 de la LFPDPPP.

obligados a ponderar las situaciones y características de la información con las «fuentes de acceso público», es decir, medir la afectación que se produce con el tratamiento de datos que se realiza en contra del titular de la información, ya que los derechos del particular se encuentran salvaguardados (con independencia de si existe o no una fuente de acceso público), siendo el motivo principal de esto, el hecho de la afectación material, real y concreta que se produce al derecho a la privacidad e intimidad de la persona titular de la información.

Cabe resaltar que, posiblemente después de la publicación del Reglamento de la Ley en estudio, tendremos más elementos para el análisis a profundidad sobre los aspectos que hemos señalado como problemáticos o dudosos acerca de esta normativa.¹⁵⁷ Asimismo, la práctica de esta legislación en enero de 2012 (fecha para que los particulares estén en posibilidad de solicitar la protección de sus datos personales), inició una nueva era para el derecho informático y el tratamiento automatizado de datos de millones de ciudadanos mexicanos, todos nos debemos encontrar a la altura, para ejercer de mejor forma nuestros derechos, así como para que las empresas asuman su responsabilidad en el manejo adecuado y necesario de datos conforme a los estándares de derecho a la privacidad que han sido objeto de análisis en este trabajo.

4. La evolución del derecho a la protección de datos personales en medios digitales

Los derechos humanos constituyen en sí categorías inacabadas de pretensiones, recogidas a nivel tanto nacional como internacional,

¹⁵⁷ La fecha límite para la publicación del Reglamento de esta Ley por parte del Poder Ejecutivo Federal fue el 6 de julio de 2011. De igual manera, la misma fecha estuvo dispuesta para los avisos de privacidad de parte de las empresas a los titulares de la información.

constituidas incluso a partir de principios éticos, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo a la personalidad, la libertad y la seguridad, entre otros. Por otra parte, los derechos fundamentales forman aquellas instituciones recogidas por los ordenamientos jurídicos vigentes, aplicables y exigibles tanto nacional como internacionalmente. Pérez Luño los define como aquellos «derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada [...] se trata de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de derecho».¹⁵⁸

La diferencia esencial entre un derecho fundamental y un derecho humano, consiste en que aquél se encuentra reconocido en el texto legal, ya sea nacional o internacionalmente. Precisamos lo anterior, debido a que actualmente «el derecho al olvido» como tal no existe como derecho fundamental, es decir, no es reconocible por los ordenamientos jurídicos o vinculantes para los sujetos obligados, lo que lo convierte en una pretensión aún no realizable, pero del cual se ha debatido ampliamente.

Existen cuatro generaciones de Derechos Humanos. La primera surgió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789, gestándose con los principales movimientos o revoluciones liberales como la inglesa y la americana.¹⁵⁹ A ella pertenecen los derechos liberales, es de-

¹⁵⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 47.

¹⁵⁹ PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, «Los derechos en la revolución inglesa», en AA.VV., *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo I: *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII* (dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 792-793.

cir, los derechos civiles y políticos (vida, libertad, igualdad seguridad jurídica, entre otros).¹⁶⁰ La segunda generación nace con la creación de los derechos de tipo colectivo, es decir, los económicos, sociales y culturales, constituidos por primera vez en la Carta Magna mexicana de 1917, así como la Constitución de Weimar de 1919.¹⁶¹ Pertenecen a una categoría de derechos sobre una obligación de hacer de parte del Estado y cuyo reconocimiento es progresivo de acuerdo a las posibilidades económicas del mismo.

La tercera generación se conforma por los derechos del pueblo o de solidaridad, entre los que se encuentran el derecho a la paz, al medio ambiente y al desarrollo, los cuales requieren de una cooperación tanto del Estado como de la comunidad internacional. Finalmente, los derechos humanos de cuarta generación nacen con el propósito de hacer frente a una sociedad tecnológica y el empleo cada vez más frecuente de medios digitales. No cabe duda que la revolución informática ha impactado por completo los hábitos, costumbres y nuestro estilo de vida. Ante el flujo constante e irrefrenable de datos en el ciberespacio, es necesaria la regulación y establecer normas que permitan un desarrollo equilibrado, sin menoscabo de los derechos de terceros y la protección en todo momento de la dignidad y el desarrollo de la persona.

Cabe señalar que la protección de datos tiene una tradición consolidada tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en Europa, al consagrar en sus legislaciones, mecanismos legales para

¹⁶⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, «Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: El derecho como ley y el derecho subjetivo», en AA.VV., *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo I: *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*, op. cit., p. 121 y ss.

¹⁶¹ COSSÍO, José Ramón, «Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución», en *Ochenta años de vida constitucional en México*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura, I.I.J., UNAM, México, 1998, p. 296.

la protección de datos personales. Precisamente, su origen se debe al reconocimiento de los principios como la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad. El concepto de privacidad es fundamental para entender el ámbito irreductible, esa esfera de protección a la intimidad que en ningún momento el Estado o cualquier otro individuo puede afectar de otro ser humano.

En principio, el uso de ficheros para el resguardo de los datos personales ha sido el principal medio a través del cual los gobiernos limitan o restringen de manera legítima los datos de sus ciudadanos. Históricamente, los límites a este ejercicio han sido explícitamente delimitados a aquellos datos concernientes al origen racial, étnico, el estado de salud, la información genética, las creencias religiosas, filosóficas y morales, la afiliación sindical, las opiniones políticas y las preferencias sexuales. Lo anterior en un contexto donde los gobiernos totalitarios, como el nacionalsocialista del siglo pasado, abusaron al clasificar a millones de personas con el propósito de ejercer de manera masiva y sistemática discriminación y por consiguiente, violaciones masivas a la dignidad de la persona.¹⁶²

Ahora bien, en el contexto de una era digital, donde gobiernos y entes privados, mantienen el resguardo de millones de personas en las «nubes» tecnológicas, incluso existen administraciones que han firmado convenios con el objeto de proteger esos datos. Debido al comercio electrónico, el uso de redes sociales, entre otras miles de funciones y aplicaciones que ha tenido hoy en día el internet en nuestra vida diaria, es urgente una regulación y directrices sólidas

¹⁶² BLACK, Edwin, *Nazi Nexus: America's Corporate Connections to Hitler's Holocaust*, Dialog Press, Washington, DC, 2009, p. 127. En igual sentido, puede consultarse la obra del mismo autor: *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Dialog Press, Washington, DC, 2001, p. 400 y ss.

que marquen los límites a los sujetos obligados, y que establezcan de una manera clara y sin cortapisas el ejercicio efectivo a la protección de datos, pero evitando entorpecer el flujo de información, es decir, encontrar un equilibrio entre estos dos factores.

5. La protección de datos personales en el ciberespacio contra el manejo y transmisión indiscriminada de datos personales

Podemos afirmar, sin dubios, sobre el impacto significativo que ha tenido en la sociedad del conocimiento, el empleo paulatino de modernas tecnologías para dinamizar el modo en que actualmente se llevan a cabo las actividades cotidianas. Las guías de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que regulan la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales, contienen como estándares mínimos (principios), para la obtención, el procesamiento de datos y libre flujo transfronterizo de datos tanto para el sector público y privado. Esta regulación ha hecho eco en la propia legislación mexicana, al igual que otros instrumentos de derecho comunitario y comparado, como la Directiva 95/46 sobre Privacidad y Protección de Datos de la Unión Europea y la Ley Orgánica Española de Protección de Datos de Carácter Personal del 13 de diciembre de 1999.

En este sentido, los Principios de la OCDE operan como pautas rectoras que permiten la flexibilidad y aplicación concreta en casos donde se plantean incluso colisiones entre el flujo de la información y la protección de datos. El papel preponderante de estos principios en la legislación internacional y su incorporación progresiva a las legislaciones nacionales ha permitido una mayor flexibilidad y dinamismo para resolver las duras cuestiones que son pre-

sentadas en los tribunales que deciden sobre la prevalencia entre principios, tomando en cuenta que la dogmática constitucional contemporánea ha dado también un viraje de paradigma hacia uno más flexible, que permite la coexistencia de valores y principios contradictorios, en aras de posibilitar la pluralidad,¹⁶³ ante los ejercicios de ponderación y racionalidad realizados por los operadores jurídicos.¹⁶⁴ A continuación nos permitiremos realizar una breve síntesis de los principios fundamentales que rigen a nivel nacional como internacional.¹⁶⁵

- **Principio de limitación de recogida**

Deberán existir límites para la recogida de datos personales y cualquiera de estos datos deberán obtenerse con medios legales y justos y, siempre que sea apropiado, con el conocimiento o consentimiento del sujeto implicado.

- **Principio de calidad de los datos**

Los datos personales deberán ser relevantes para el propósito de su uso y, en la medida de lo necesario para dicho propósito, exactos, completos y actuales.

- **Principio de especificación del propósito**

El propósito de la recogida de datos se deberá especificar a más tardar en el momento en que se produce dicha recogida, y su uso se verá limitado al cumplimiento de los objetivos u otros

¹⁶³ De esta forma, Zagrebelsky, atinadamente señala: «La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos– mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás». ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Madrid, 1995, p. 17.

¹⁶⁴ STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 42.

¹⁶⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/16/51/15590267.pdf>, consultado el 8 de mayo de 2012.

que no sean incompatibles con el propósito original, especificando en cada momento el cambio de objetivo.

- **Principio de limitación de uso**

No se deberá divulgar, poner a disposición o usar los datos personales para propósitos que no cumplan lo expuesto en el apartado 9, excepto:

- si se tiene el consentimiento del sujeto implicado
- por imposición legal o de las autoridades.

- **Principio de salvaguardia de la seguridad**

Se emplearán salvaguardias razonables de seguridad para proteger los datos personales contra riesgos, tales como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o divulgación de los mismos.

- **Principio de transparencia**

Deberá existir una política general sobre transparencia en cuanto a evolución, prácticas y políticas relativas a datos personales. Se deberá contar con medios ágiles para determinar la existencia y la naturaleza de datos personales, el propósito principal para su uso, y la identidad y lugar de residencia habitual de quien controla esos datos.

- **Principio de participación individual**

Todo individuo tendrá derecho a:

- que el controlador de datos u otra fuente le confirme que tiene datos sobre su persona
- que se le comuniquen los datos relativos a su persona en un tiempo razonable
- a un precio, si existiese, que no sea excesivo
- de forma razonable
- de manera inteligible
- que se le expliquen las razones por las que una petición suya según los subapartados (a) y (b) haya sido denegada, así como poder cuestionar tal denegación

- expresar dudas sobre los datos relativos a su persona y, si su reclamación tiene éxito, conseguir que sus datos se eliminen, rectifiquen, completen o corrijan
- **Principio de responsabilidad**
Sobre todo controlador de datos debe recaer la responsabilidad del cumplimiento de las medidas que hagan efectivos los principios señalados anteriormente.

En nuestro país, la incorporación de estos principios ha sido directamente en la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, así como la más nueva Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y su respectivo Reglamento. Los principios de legitimidad, necesidad y proporcionalidad son elementos clave para comprender el ejercicio correcto sobre el manejo de datos personales. Conforme a lo anterior, el procesamiento y manejo de datos no constituye un derecho absoluto de parte de los agentes públicos y privados, tiene límites, constituidos a partir de los derechos de terceros, cuya privacidad se encuentra protegida por medio de la regulación expresada con antelación, en atención al manejo correcto y adecuado de los principios rectores. En este sentido, las posibles colisiones entre el flujo de datos y el derecho a la protección de datos pueden ser objeto de ponderaciones o ejercicios donde se permita medir la razonabilidad del ejercicio argumentativo de parte de quien detenta los datos personales, preservando en todo momento el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales.

El contenido esencial del derecho fundamental es respetado cuando la limitación se encuentra justificada, el límite es constitucionalmente correcto cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. De esta forma, el legislador únicamente puede establecer restricciones

en la parte accesoria del derecho fundamental.¹⁶⁶ Es significativo entonces en la aplicación de estos principios interpretativos para la privacidad y los flujos de información el uso de la ponderación, con el objeto de limitar en menor medida el derecho a la protección de datos personales.

Lo anterior debe ir acompañado de estándares internacionales para la seguridad de la información de aquellas compañías dedicadas a implantar o mantener la seguridad de una organización, tales como la ISO 17799 que retoma el Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información conforme a la norma UNE 71502, así como la norma BS 7799, publicada por el British Standard Institute, cuyos objetos son garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la organización.

La ley mexicana no es ajena a esta realidad, la propia Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares y su Reglamento han recogido bastante bien los principios de información, elección, transferencia, seguridad, integridad, acceso, cumplimiento y consentimiento,¹⁶⁷ en aras de exigir el cumplimiento de las exigencias internacionales y estándares de seguridad a los propios particulares encargados del manejo y procesamiento de datos personales, con base, igualmente, en el principio de expectativa razonable de privacidad (frecuentemente empleada por el derecho comparado), entendida como la confianza que deposita una persona en otro particular respecto de que sus datos personales serán tratados de acuerdo a los términos acordados previamente en la legislación vigente (artículo 32 de la citada Ley).

¹⁶⁶ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

¹⁶⁷ Versión Estenográfica. Exposición de Motivos. Iniciativa de Diputado (Grupo Parlamentario del PRD). 6 de septiembre de 2001.

6. El derecho al olvido en el ciberespacio frente a buscadores y redes sociales

«Cuando se elimina algo de Facebook, todo lo que sucede es que te lo esconden para que no lo veas», «Facebook sabe más de nosotros de lo que la Stasi y la KGB (la policía política de la Alemania comunista y la Unión Soviética) sabía sobre cualquier ciudadano normal». ¿Será creíble tal afirmación?, ¿son confiables las redes sociales y los buscadores digitales que empleamos casi a diario cuando navegamos por internet o al comunicarnos con nuestra familia, conocidos, amistades?, ¿cumplen estas empresas los estándares de seguridad apuntados o se guían por las reglas del mercado acerca de que la ganancia lo es todo?, ¿en cuántas ocasiones no hemos recibido *spam* o mensajes comerciales alusivos a nuestras conversaciones o correos?

Las declaraciones de Max Schrems, un estudiante irlandés de 24 años, acerca del poder que tiene Facebook sobre nuestros datos personales son una aseveración bastante delicada. Pero una cosa es muy clara, no cabe duda que existen serias deficiencias en el cumplimiento a las leyes de datos personales, ya que, después de 22 reclamaciones ante el organismo irlandés de protección de datos, obligó a que la empresa Facebook le entregara un CD con datos personales con más de mil páginas, donde se encontraban datos acumulados en tres años, incluidas conversaciones que él mismo había borrado, pero que seguían conservadas en archivos digitales.¹⁶⁸ Esto se ha vuelto cada vez más frecuente, pues actualmente en numerosos países existen agencias de recursos humanos que buscan detalladamente datos personales de sus empleados a través de medios digitales, tratando de hurgar el pasado «oscuro» de sus posibles empleados, revi-

¹⁶⁸ http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/12/25/actualidad/1324807261_850215.html, consultado el 7 de mayo de 2012.

sando perfiles, visualizando sus preferencias y pensamientos políticos, entre otras cuestiones.

Para muestra basta un botón, solo hay que teclear nuestro nombre en Google y veremos que en ocasiones algunos de los datos proporcionados en ciertos sitios, siguen como una especie de fantasmas en la red, vagando en «plancton digital» alimentándose de las visitas que se pudieran realizar a ellos, ¿No se ha vuelto acaso el uso de los medios digitales un arma poderosa para quien detenta la información que nos concierne a los usuarios? La gran estampida de la revolución informática ha volcado prácticamente en un uso indiscriminado del internet para las labores cotidianas de cualquier empleo mediano de oficina.

Algunas empresas incluso, incentivan el uso de buscadores y hasta de redes sociales, con el objeto de mantener una conversación más cercana con sus empleados. Y en sentido contrario, quien no tiene un correo electrónico o una cuenta en redes sociales, prácticamente pasa por desapercibido, como un fantasma de la era digital, condenado al ostracismo, o pasa a ser visto como una clase de tipo raro al que no le ajusta del todo el mundo moderno.

Ante estas aparentes contradicciones no debe condenarse rotundamente el uso del internet, redes sociales o buscadores digitales. Sino que la legislación debe ir a la par de los avances y progresos que la propia realidad nos plantea. En este contexto, en Europa se creó una mejora para la protección de datos, con la Directiva 95/46/CE (derecho fundamental a la protección de datos y garantizar la libre circulación entre miembros de la UE), adoptada en 1995, complementada con la Decisión Marco 2008/977/JAI (en material penal). El 25 de enero de 2012, se publicó en Bruselas, a través de la Comisión Europea, la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, así como una propuesta de Directiva, a efectos de

la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de las infracciones que sucedan al respecto.¹⁶⁹

Dicho Reglamento tendrá un impacto bastante significativo, ya que se desprende de toda una serie de estudios de investigación y consenso a los propios ciudadanos de la Unión Europea, a través del Eurobarómetro realizado en 2010, en lo concerniente a la protección de datos e información. Su fundamento jurídico es sólido, se basa en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, entendiéndose por éste último como aquel que requiere justificar cualquier intervención para que tenga una finalidad específica, y no vaya más allá de lo necesario la consecución de sus objetivos, en consonancia con el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales.

En el artículo 17 del Reglamento propuesto, se consagra el derecho del interesado al olvido y de supresión, recogiendo lo establecido por el numeral 12, inciso b), de la Directiva 95/46/CE, incluyendo en éste, la obligación del responsable del tratamiento que haya difundido los datos personales de informar a los terceros sobre la solicitud del interesado de suprimir todos los enlaces a los datos personales, copias o réplicas de los mismos. En igual sentido, incluye el derecho a que se restrinja el tratamiento en determinados casos, evitando la ambigüedad del término «bloqueo».

Asimismo, en el artículo 18, introduce el derecho del interesado a la portabilidad de datos, es decir, transferir datos de un sistema de tratamiento electrónico a otro, sin que se lo impida el responsable del tratamiento. Otra de las innovaciones incluidas (artículo 20) es aquella relacionada con el derecho del interesado a no ser objeto de una medida basada en la elaboración de perfiles (decisiones individuales automatizadas), tomando en cuenta que muchas empresas,

¹⁶⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:-FIN:ES:PDF>, consultado el 9 de mayo de 2012.

principalmente de redes sociales y correo electrónico, a partir de los gustos y preferencias de los propios usuarios, elaboran estrategias para comercializar bienes o servicios.

Regresando al artículo 17 del Reglamento en comento,¹⁷⁰ se regula con precisión bajo qué supuestos el interesado tiene derecho a que el responsable suprima los datos personales. Una de las innovaciones es la determinación de la responsabilidad de quien publica originalmente datos de cualquier persona, siendo la empresa receptora (originaria) de la información, responsable en todo momento de la transmisión de datos por cualquier medio. También consagra limitaciones al derecho, es decir, la conservación de datos por motivos de libertad de expresión, interés público, fines de investigación histórica, estadística y científica, el cumplimiento de una obligación legal de conservar datos personales impuesta por el derecho de la Unión o legislación de un Estado miembro. En estos últimos casos, será motivo de una razonable ponderación mantener en equilibrio los derechos tanto de la parte responsable como del interesado.

7. El nuevo Reglamento de Protección de Datos Personales en la Unión Europea y los desafíos del big data

El camino de la nueva legislación en materia de protección de datos surgió el 25 de enero de 2012, tomando en consideración los avances tecnológicos y la globalización que han impactado, en palabras del Parlamento Europeo, en el aumento desproporcional de los mé-

¹⁷⁰ No es nuestra intención realizar una apología a la legislación europea. Por lo que hemos prescindido de las citas textuales de los artículos en comento. En lugar de ello, aclaramos y realizamos una explicación de los principios que inspiraron dicha legislación.

todos de recogida, acceso y uso de datos por parte de los usuarios y reduciendo costos para las empresas. Posteriormente, en diciembre de 2015 tanto el Parlamento como el Consejo Europeo alcanzaron un acuerdo, siendo publicadas estas normas en abril de 2016 y teniendo una *vacatio legis* de casi dos años.

El nuevo Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), recoge varias disposiciones que hemos estudiado previamente en la anterior sección. No cabe duda que el tema tecnológico fue fundamental para su aprobación, tal y como se desprende de los Considerandos 6, 7 y 15 en la Exposición de motivos:

(6) La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

(7) Estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales.

Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas.

(15) A fin de evitar que haya un grave riesgo de elusión, la protección de las personas físicas debe ser tecnológicamente neutra y no debe depender de las técnicas utilizadas. La protección de las personas físicas debe aplicarse al tratamiento automatizado de datos personales, así como a su tratamiento manual, cuando los datos personales figuren en un fichero o estén destinados a ser incluidos en él. Los ficheros o conjuntos de ficheros, así como sus portadas, que no estén estructurados con arreglo a criterios específicos, no deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento.

(66) A fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén recibiendo tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales.

(70) Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información.

Sin duda, esta es una de las legislaciones más ambiciosas en materia de protección de datos personales en el mundo. Al momento de escribir estas líneas, se han abierto diversas investigaciones en Estados Unidos sobre el problema que ha generado el análisis big data y

el robo de datos a través de la técnica del «mining data» por una de las agencias más importantes en el mundo que manejaron la campaña política a favor de Donald Trump.¹⁷¹

Lo anterior ha abierto el tema de debate en todas las partes del planeta hacia Facebook, siendo una de las corporaciones más poderosas por el enorme potencial que guarda la manipulación de datos de millones de personas a diario, sobre todo, para fines de mercadotecnia digital y predicción del comportamiento a través de técnicas de psicología social aplicadas en el marketing.¹⁷² El big data es un conjunto de datos masivos, cuyo tamaño (volumen), complejidad (variados) y velocidad (crecimiento) vuelve complejo procesar, gestionar y analizar, la mayoría de expertos coincide en que el tamaño ronda los 30 a 50 terabytes a varios petabytes.

Desde 2011, ha surgido un ánimo insospechado a favor del procesamiento de este conjunto masivo de datos, debido a varios factores, tales como el auge de los teléfonos inteligentes, la generación de datos a través de objetos inteligentes (internet de las cosas). La portabilidad y movilidad de los datos ha propiciado que todo quede registrado en cuanto vamos de un lado a otro, suscitando confusión sobre lo que debe quedarse en el ámbito íntimo y aquello que debe considerarse público.

Un tema fundamental en el nuevo Reglamento Europeo es, sin duda alguna, el tratamiento automatizado de datos,¹⁷³ y el consenti-

¹⁷¹ <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>

https://elpais.com/tag/caso_cambridge_analytica/a.

¹⁷² ISAÍAS, Pedro, *Kommers Piet. The Evolution of the Internet in the Business Sector: Web 1.0 to Web 3.0*, p. 174; CASAS-ROMA, Jordi y PÉREZ-SOLÀ, Cristina, *Análisis de datos de redes sociales*, Editorial UOC, Barcelona, 2016, p. 126; KLUVER, Randolph, JANKOWSKI, Nicholas W., FOOT, Kirsten A. *et. al., The Internet and National Elections A comparative study of web campaigning*, Routledge, London, 2007, pp. 20-30.

¹⁷³ Artículo 2.1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos

miento obligatorio de parte de sus titulares. Esto es, establecer medidas más estrictas y severas para aquellas compañías que se dedican a elaborar perfiles psicosociales para estudiar los hábitos de consumo y preferencias de los potenciales consumidores. El artículo 4.4 define elaboración de perfiles como:

...toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física...

El legislador europeo consideró necesaria la inclusión de permitirles a los ciudadanos europeos ejercer su derecho a oponerse en el tratamiento automatizado de datos y la generación de perfiles psicosociales cuando tenga fines directos de mercadotecnia (artículo 22). Sin duda, una legislación de avanzada que al entrar en vigor en mayo de 2018, será un referente mundial para resolver los nuevos problemas y desafíos a los que nos enfrentamos como sociedad tecnológica y aprender que existe una línea muy delgada hoy en día entre lo que se considera privado (ámbito íntimo) y público, debido a la velocidad con la que las nuevas tecnologías han transformado nuestras actividades cotidianas.

personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Derechos sociales y ponderación* (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- AA.VV., *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo I: *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII* (dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998.
- ACKERMAN, John M., *Social accountability for the public sector: a conceptual discussion and Learning Module*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, USA, 2005, pp. 1-43.
- ACKERMAN, John y E. SANDOVAL, Irma, *Leyes de acceso a la información en el mundo (Cuadernos de Transparencia 07)*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2005.
- ADAM ADAM, Alfredo y BECERRIL LOZADA, Guillermo, *La fiscalización en México*, UNAM, Coordinación de Humanidades, México, 1996.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.).

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder (Introducción a una teoría constitucional del control)*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- BARTOLI Annie y TROSA Silvia, *Le management public a l'interface de la administration et du politique*, Dunod, Paris, 2007.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Dialog Press, Washington, DC, 2001, p. 400 y ss.
- BLACK, Edwin, *Nazi Nexus: America's Corporate Connections to Hitler's Holocaust*, Dialog Press, Washington, DC, 2009.
- BLECKMANN, Albert, «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», en *DVBZ*, 1988, pp. 938-946.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*. Camara de Diputados, Derechos del pueblo mexicano (Debate legislativo. Reformas constitucionales durante la LVII Legislatura), T.XIII, CDH-CU, IJJ, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.
- CAMPS, Victoria. «Ética del buen gobierno», en VV. AA. GINER, Salvador y SARASA, S. (comp.) *Buen gobierno y política social*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 19-24.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008.

- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad)*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.
- CLASSEN, Claus Dieter, «Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en: *AöR* 122(1997), pp. 65-107.
- CONDE ORTÍZ, C., *La protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.
- COSSÍO, José Ramón, «Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución», en *Ochenta años de vida constitucional en México*, Cámara de Diputados LVII Legislatura, I.I.J., UNAM, México, 1998, p. 296.
- DICLERICO, Robert y S. HAMMOCK, Allan, *Point of View: Readings in American Government and Politics*, McGraw-Hill, New York, 1992.
- DIEZ PICASO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005 (2ª ed.).
- El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- DURING, Gunter, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1956, pp. 157-190.
- EASTON, David, *Esquema para el análisis político*, Amorrortu, Madrid, 1999.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, *Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GAZIER, François, *Les ecoles et instituts de cormation de fonctionnaires dans les pays en voie de developpement*, Presses Universitaires de France, Paris, 1963.
- GRAGLIA, Marc J., *En la búsqueda del bien común: manual de políticas públicas*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2012.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental, de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley* (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003, p. 46.
- HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Cátedra, Madrid, 1999.
- HAURIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1970.
- HAURIOU, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación (Ensayo del vitalismo social)* (traducción del francés y bibliografía por Abeledo Perrot), Buenos Aires, 1968.
- HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005.
- HESSE, Konrad, *Verfassungs und Privacht Recht*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988.
- HORKHEIMER, M. y ADORNO T., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos* (traducción Juan José Sánchez), Trotta, Madrid, 1998.
- IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Dialog Press, Washington, DC, 2001, p. 400 y ss.
- KAPLAN, Marcos, *El Estado latinoamericano*, UNAM, IJ, México, 1996.

- La institucionalización de la justicia* (edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane; traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005.
- LINDBLON, Edward Charles, *El proceso de la elaboración de las políticas públicas*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío*, Anagrama, Barcelona, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Colección demos, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1976.
- LOWI, Theodore J. y GINSBERG, Benjamin, *American Government: Freedom and Power*, Norton, New York, 1990.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Beramar Ediciones, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- PAZ, Octavio, *El ogro filantrópico (Historia y política 1971-1978)*, Joaquín Mortiz, México, 1981.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- PLATÓN, *La República*, (introducción, versión y notas de Antonio Gómez Robledo) UNAM, Coordinación de Humanidades, Programa Editorial, México, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio y SERRAN PÉREZ, Ma. Mercedes, *Introducción a la protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2008.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009.

- STUART MILL, John, *Utilitarianism, liberty and representative government*, J. M. Dent and Sons, London, New York, 1914, pp. 173-393.
- VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *El control de la administración pública en México*, UNAM, IJ, México, 1996.
- VV. AA. BOZEMAN, Barry (coord.), *La gestión pública (Su situación actual)*, FCE, México, 1998, pp. 37-42.
- VV. AA. BOZEMAN, Barry, *Transparencia y acceso a la información, las tendencias en el mundo*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2006.
- WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., «The right to privacy», en *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, diciembre, 1890, p. 193.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Madrid, 1995.

Fuentes Legislativas y Jurisprudenciales

Nacionales

- Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Caso Rosendo Radilla c. México, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- *Diario Oficial de la Federación*, 1º de junio de 2009.
- *Estructura institucional para la rendición de cuentas: Lecciones internacionales y reformas futuras*, Auditoría Superior de la Federación, México, 2006.
- *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, Siglo XXI Editores-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- *Protágoras* (Versión de SCHMIDT OSMANCAIK, Ute), UNAM, México, 1994.
- Criterios del IFAI. Disponibles en: www.ifai.org.mx/criterios
- Derecho a la información. La Suprema Corte interpretó originalmente el artículo 6º constitucional como garantía de partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual y a obliga-

- ción del Estado a informar verazmente. Tesis: P. XLV/2000. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XI*, abril de 2000, p. 72.
- Dictamen de la Comisión de Gobernación, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares; y se reforman los artículos 3, fracciones II Y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. *Gaceta Parlamentaria*, núm. 2987-VI. México, DF, martes 13 de abril de 2010.
 - El 20 de julio de 2007, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional en materia de derecho a la información.
 - Garantías individuales (Derecho a la Información). Violación grave prevista en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional. La configura el intento de lograr la impunidad de las autoridades que actúan dentro de una cultura del engaño, de la maquinación y del ocultamiento, por infringir el artículo 6° también constitucional,. Tesis: P. LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta III*, junio de 1996, p. 513.
 - Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.
 - <http://www.ifai.org.mx/Publicaciones/comunicados>.
 - <http://www.tbfmexico.com>.
 - <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/Paneltesis.asp>.
 - <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/Paneltesis.asp>.
- Derecho a la Información establecido por el artículo 6° de la Constitución Federal . Tesis: 2a. I/92, *Semanario Judicial de la Federación X*, Agosto de 1992, p. 44.
- Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP).
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ley Orgánica para la Administración Pública para el Estado de Nuevo León.

Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP).

Reglamento Interior de la Contraloría Interna del Gobierno del Estado.

Reglamento Interior del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).

Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. El artículo 14, fracción I, de la Ley Federal relativa, no viola la garantía de acceso a la información. Tesis: 2a. XLIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XXVII*, abril de 2008, p. 733.

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 2o., 7o., 13, 14, 18, 19 Y 43 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTES EN 2004, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA. Tesis: 1a. XXXVII/2006. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta, XXIII*, febrero de 2006, p. 650; y Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. Los artículos 3º, fracción II, y 18, fracción II, de la Ley Federal relativa, no violan la garantía de igualdad, al tutelar el Derecho a la Protección de Datos Personales sólo de las personas físicas. Tesis: 2a. XCIX/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta XXVIII*, julio de 2008, p. 549.

UGALDE, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia (El caso de México)*, IFE, México, 2002.

Internacional

Caso González y otras («Campo Algodonero») c. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Claude Reyes c. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Caso Claude Reyes c. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

- Caso Rosendo Radilla c. México, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Dykinson, Madrid, 1998.
- Gaskin c. Reino Unido (7 de julio de 1989).
- Gaskin c. Reino Unido (7 de julio de 1989).
- Guerra c. Italia (19 de Febrero de 1988).
- Guerra c. Italia (19 de Febrero de 1988).
- Leander c. Suecia. (26 de Marzo de 1987).
- Leander c. Suecia. (26 de Marzo de 1987).
- Roche c. Reino Unido (19 de Octubre de 2005).
- Roche c. Reino Unido (19 de Octubre de 2005).
- «Vie privée : Google Street View dans le viseur de la justice belge» http://www.lemonde.fr/web/recherche_resultats/1,13-0,1_0,0.html?query=google&query2=&booleen=et&num_page=4&auteur=&dans=dans-article&periode=365&ordre=pertinence&G_NBARCHIVES=1120836&nbpages=92&artparpage=10&nb_art=913.
- Dykinson, Madrid, 2004.
- BverfGE 65, 1, párrafos 20 y ss.
- Decisión Marco 2008/977/JAI (en material penal). Unión Europea.
- Directiva 95/46/CE (derecho fundamental a la protección de datos y garantizar la libre circulación entre miembros de la UE), adoptada en 1995.
- ESCHENBACH, Jürgen y NIEBAUM, Frank, «Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung», en *NVwZ*, 1994, pp. 1079-1082.
- Fallo de la sentencia 78 de 1982 y en la sentencia 55 de 1983 del Tribunal Constitucional Español.
- Fallo Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Véase de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, especialmente párrafos 1 y 27 (BvF 7,198).
- First Restatement of Torts. 60 Section 867 of the First Restatement.*
- <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=41442849&skin=hudoc-en>.

- <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=41442849&skin=hudoc-en>.
- <http://www.basesdedatos.com.mx/telemarketing.htm>.
- <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2010/05/14/google-informacion-wifi-web-cnnexpansion>.
- <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5588862,00.html> <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2010/06/17/francia-reclama-a-google-por-privacidad>.
- <http://www.entelsa.com.mx/sitio/basesdedatos.cfm?gclid=CNHX-q6HRw6QCFQWAgwodkAmVEA>.
- <http://www.toofaztco.com/bases-de-datos-para-marketing.htm>, entre otros.
- <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/Paneltesis.asp>.
- <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/Paneltesis.asp>.
- International Transparency, *Global Corruption Report 2008 (Corruption in the Water Sector)*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2008.
- People vs. Camacho*, 23 Cal. 4th. 824 – 835 (2000).
- Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, de 25 de enero de 2012.
- Recurso de inconstitucionalidad 290/2000.
- Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, https://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/procedimientos_sancionadores/ps_2009/common/pdfs/PS-00285-2009_Resolucion-de-fecha-20-10-2009_Art-ii-culo-6-LOPD.pdf.
- SCHWABE, Jürgen, «Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte», en *AöR* 100(1975), pp. 442-470.
- VON MÜNCH, Ingo, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Diss., 1998.
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Disponibles en:
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Disponibles en:

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (inglés) (traducciones propias) Disponibles en:

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (inglés) (traducciones propias) Disponibles en:

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) Disponibles en:

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) Disponibles en:

United States *vs.* Knotts, 460 U.S. 276 – 281 (1983).

Versión estenográfica. Exposición de Motivos. Iniciativa de Diputado (Grupo Parlamentario del PRD), 6 de septiembre de 2001.



SOBRE LOS AUTORES

Ph. Dr. Rogelio López Sánchez. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Jaén, España (Summa Cum Laude). Premio Iberoamericano de Ética Judicial en 2015, otorgado por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ha sido becario del Aula Judicial Iberoamericana por el Poder Judicial de España y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I y Perfil PRODEP. Su línea de investigación se centra en la argumentación jurídica y los Derechos Humanos.

Ph. Dr. José Luis Leal Espinoza. Doctor en Filosofía (PhD) con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Actualmente es Profesor Investigador Titular «C» y Coordinador del Posgrado e Investigación en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila. Perfil PRODEP, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y miembro numerario del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, España. Su línea de investigación es el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos.





**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales