

Comentarios a la iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información

Septiembre 2015

La construcción de los marcos normativos en materia de transparencia en México, a nivel federal, se ha caracterizado por la inclusión de la participación ciudadana. La reforma constitucional de 2014 y, de manera específica, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información (LGTAI) crearon un hito en la co-creación legislativa al incorporar activamente las opiniones de la sociedad civil a través de un mecanismo basado en una amplia discusión y construcción de acuerdos entre senadores y colectivos y redes de organizaciones civiles, academia y periodistas.

Es deseable que la construcción de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información (LFTAI) incluya los estándares de participación ciudadana alcanzados en la creación de la LGTAI. Si bien la LFTAI deberá adecuarse a los principios y bases desarrollados en la Ley General, existen ciertos elementos específicos que ésta no incluye y, dada su naturaleza, deberán contemplarse y discutirse con detenimiento. Tal es el caso de las obligaciones específicas en materia energética, obligaciones de transparencia según sujetos obligados, especificaciones relacionadas con el funcionamiento del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), entre otros.

Aunado a la necesidad de llevar a cabo discusiones exhaustivas sobre los temas que no han sido regulados en la LGTAI, existen disposiciones en la propuesta de proyecto de ley que causan preocupación por ser contrarios a los principios desarrollados en la Ley General, como lo es el tema de la reserva a la información. De igual forma, algunos elementos contenidos en el proyecto de ley merecen una ampliación de sus alcances para

lograr construir marcos normativos más sólidos y garantes del Derecho de Acceso la Información, como lo son las disposiciones alrededor de créditos fiscales y fideicomisos.

A continuación hacemos referencia de temas específicos que consideramos merecen una amplia discusión y sobre los cuales aportamos nuestras reflexiones y propuestas para ser consideradas en la LFTAI:

1. Posibilidad de que el Órgano Garante instruya a los sujetos obligados a generar o recuperar la información.
2. Eliminación de la posibilidad de ampliar el periodo de reserva adicional al periodo máximo establecido por la Ley o en su caso que la redacción sea clara y precisa y no vaga o genérica.
3. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública debe contemplar la obligación de transparentar los listados de las personas que han recibido cancelaciones y condonaciones en materia tributaria, vinculando nombre y monto.
4. Inclusión de medidas que garanticen un procedimiento de designación de titulares transparente y que reconozca la participación ciudadana.
5. Sobre el Poder Legislativo, propuestas con base en el Diagnóstico de Parlamento Abierto.
6. Obligaciones específicas en materia energética y por sujeto obligado

1. Posibilidad de que el Órgano Garante instruya a los sujetos obligados a generar o recuperar la información.

La Ley General de Transparencia reafirma la obligación de generar información de conformidad a lo establecido en el artículo 6 Constitucional, al señalar que se presume existente la información que se refiere al ejercicio de las funciones, competencias o facultades que les otorgan los ordenamientos jurídicos aplicables a los sujetos obligados.

En principio, la generación de la información es indispensable porque sin ella el derecho de acceso pierde todo sentido. Para que la transparencia pueda operar como un mecanismo de rendición de cuentas, es indispensable que la autoridad genere información respecto del ejercicio de sus atribuciones; y así poder ejercer un control del funcionamiento institucional de los poderes públicos.

Si las autoridades públicas asumen actitudes que permitan atribuirles conductas como falta de ética, al entregar información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, le quita a la ciudadanía la posibilidad de participar libremente en la formación de la voluntad general.

No obstante la obligación de documentar, la Constitución establece el supuesto en el que se declare la inexistencia. En este sentido, la Ley General de Transparencia señala en el segundo párrafo del artículo 19, que sólo en el caso en que ciertas facultades, competencia o funciones no se hayan ejercido, los sujetos obligados deberán de explicar las circunstancias particulares que motivan inexistencia de la información.

Aunque la ausencia de información no implica la ausencia del ejercicio de dichas atribuciones, la falta de documentos sí apunta a un ejercicio arbitrario del poder porque el público no puede intervenir como contralor social ni exigir rendición de cuentas de las acciones que los sujetos obligados realizan pero no registran.

Por ello con la regulación en la Ley General de Transparencia que otorga al Comité de Transparencia la facultad para ordenar a sus áreas competentes la información que deriva de sus funciones, se implementa un mecanismo de control al incumplimiento de las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas.

Sin embargo, a pesar de que el órgano garante se encuentra en posibilidades de conocer y resolver; conforme a los principios en materia de transparencia y acceso a la información, los casos en contra de las respuesta de inexistencia de los sujetos obligados, la legislación vigente sólo le permite instruir a realizar una búsqueda exhaustiva de la información y en caso de no localizarla, declarar formalmente la inexistencia.

Es limitativo del derecho que el órgano garante de sólo instruya a la búsqueda exhaustiva de la información, porque lo que se pretende al impugnar la ausencia de documentos, es que se garantice el derecho a saber y la obligación del Estado de proveerla.

El órgano garante; como autoridad autónoma para adoptar decisiones en materia de transparencia y garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información; carácter conferido por la Constitución¹, debe poder revocar las respuestas de inexistencia e instruir a generar o recuperar la información.

Consideramos que no es suficiente que la facultad de ordenar generar y reponer información incumba solamente al Comité de Transparencia. Por el contrario, corresponde al órgano especializado en la materia, cuyos mandatos son definitivos para los sujetos obligados, anular esta forma de negativa acceso a la información y de constreñirlos a adoptar las medidas y actuaciones necesarias para reconstruir la que forma parte de sus atribuciones y que están en obligación de generar.

Además fortalece la autonomía decisiva del órgano garante, dar vista al Órgano Interno de Control para que se inicie un procedimiento de responsabilidad administrativa en contra de los servidores públicos que no cumplen con las obligaciones de transparencia.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 6, Apartado A, fracción VIII. *La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.[..]*

Sin estas medidas, sólo se estaría perfeccionando la legalización de la “declaración formal de inexistencia”. Lo que llevaría al fortalecimiento de un mecanismo sutil de censura y menoscabo de derecho de acceso a la información.²

2. Eliminación de la posibilidad de ampliar el periodo de reserva adicional al periodo máximo establecido por la Ley o en su caso que la redacción sea clara y precisa y no vaga o genérica.

La restricción del acceso a la información por reserva de información debe ser de manera excepcional. En el marco de esta restricción deben establecerse plazos limitados y razonables al periodo de la clasificación de la información, de lo contrario se trataría de una restricción desproporcionada al ejercicio de acceso a la información.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló en la segunda edición de su informe “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, que extender la reserva más allá del plazo máximo fijado por la ley en la materia resulta desproporcionado y violatorio del derecho de acceso a la información pública.

Efectivamente el periodo de reserva de la información debe de ser razonable y proporcional al bien jurídico que se persigue proteger porque la reserva opera respecto del contenido de la información de un documento, no respecto de su existencia.

La Ley General de Transparencia ya establece los tiempos para mantener clasificada la información; que es de 5 años, y de manera excepcional, 5 años adicionales cuando se demuestre mediante la aplicación de la prueba de daño que persisten las causales que dieron origen a la clasificación. El plazo que fija la ley ya considera el periodo máximo para la reserva de la información.

² La Corte Constitucional de Colombia señaló en la Sentencia T-216/04, Expediente T-726171 de 08 de marzo de 2004, que el incumplimiento a las obligaciones de acceso a documentos públicos constituyen una forma de censura, así como ocultar la existencia de los mismos.

DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PÚBLICOS Y CENSURA - Incumplimiento del deber de garante. [...] *La censura puede adquirir formas tan burdas como la existencia de desorden en los archivos que implican la imposibilidad para encontrar los documentos. También es una forma de censura ocultar la existencia misma de documentos.*

Sin embargo, tal como se establece en los “los principios Tshwane”³, en su numeral 16, sólo podría operar la retención de la información por un periodo superior al establecido en la legislación por *circunstancias excepcionales y de conformidad con una nueva decisión de retención, considerada por otro responsable, siempre que se fije un nuevo plazo máximo*.

Por ello, consideramos que es muy importante que se elimine dicha posibilidad de ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, adicional al plazo máximo establecido por la Ley General de Transparencia ya podría tratarse de una restricción desproporcionada.

En el caso de que dicha restricción persista, la definición de la limitación debe de estar redactada en forma clara y precisa; definir qué tipo de información puede ser objeto de esta reserva; precisar en qué situaciones y bajo qué circunstancias particulares de cada caso, procedería el estudio a la posibilidad de permitir una nueva ampliación del periodo de reserva máximo ya establecido en la ley.

Estas precisiones deben estar contenidas en la Ley Federal de Transparencia porque, como señala la Corte Constitucional Colombiana, “las normas genéricas o vagas pueden terminar siendo una especie de habilitación general a las autoridades para mantener en secreto toda la información que discrecionalmente consideren adecuado. Para que esto no ocurra y no se invierta la regla general de la publicidad, la ley debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operan sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas”⁴

Una descripción general, da pie a ambigüedades y confusiones y abre la posibilidad de que la nueva reserva de la información se convierta en una mala práctica de los sujetos obligados de limitar el acceso a la información.

³ “Los Principios Tshwane”. Principios Globales sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información. Concluidos en Tshwane, Sudáfrica, emitidos el 12 de junio de 2013.

⁴ Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-491/07. Expediente D-6583. Bogotá, Colombia. 27 de junio de 2007. Fundamento jurídico 11.

3. La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública debe contemplar la obligación de transparentar los listados de las personas que han recibido cancelaciones y condonaciones en materia tributaria, vinculando nombre y monto

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública debe contemplar que los sujetos obligados del Poder Ejecutivo Federal publiquen de manera obligatoria el nombre, denominación o razón social y clave del registro federal de los contribuyentes que han sido beneficiados por cancelaciones y condonaciones de créditos fiscales, así como los montos, fechas y motivos respectivos. Asimismo, la iniciativa debe estipular la obligación de proporcionar información estadística sobre las exenciones previstas en las disposiciones fiscales.

Si bien la obligación de transparentar el listado de contribuyentes que fueron beneficiados con la cancelación o condonación de un crédito fiscal, vinculando nombre y monto, ya se encuentra contemplada en el artículo 71, fracción I, inciso d) de la Ley General, la Ley Federal también debe contemplar esta obligación con la intención de brindar mayor seguridad y certidumbre jurídica tanto para los sujetos obligados como para los gobernados.

La Ley Federal, incluso, representa una oportunidad para ampliar el catálogo de la información que deben proporcionar los sujetos obligados, y en este sentido, debe añadirse que, además de los nombres vinculados al monto que fue condonado o cancelado, también se proporcione información sobre la fecha y el motivo de cada beneficio fiscal que reciban los contribuyentes.

El acceso a la información sobre los contribuyentes que han sido favorecidos con la condonación o cancelación de un crédito fiscal es uno de los grandes pendientes en materia de derecho de acceso a la información. De acuerdo a información recientemente recabada por Fundar, el Servicio de Administración Tributaria ha incumplido en 17 ocasiones las resoluciones del INAI que lo obligaban a entregar un listado detallado sobre los beneficiarios de los contribuyentes a quienes se les condonó o canceló un crédito

fiscal. En este contexto, resulta de la mayor relevancia que la Ley Federal contemple la obligación de transparentar esta información y que amplíe el catálogo establecido en la Ley General, pues de otra forma existe el riesgo de que las autoridades en materia hacendaria retrasen aún más el acceso a la información.

4. Inclusión de medidas que garanticen un procedimiento de designación de titulares transparente y que reconozca la participación ciudadana

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública debe contemplar elementos en el proceso de designación de comisionados que lo doten de certeza y garanticen la participación ciudadana. La importancia de un procedimiento de designación transparente recae en la necesidad de construir legitimidad en las instituciones mexicanas; siendo uno de los principales motivos de desconfianza la discrecionalidad en la selección de quienes estarán al frente de ellas.

En 2014, el Senado de la República llevó a cabo un inédito procedimiento de designación de las siete personas que estarían al frente del entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI), permitiendo y facilitando la participación de la sociedad civil a través de la inclusión de expertas y expertos en la materia para que, mediante un instrumento técnico de evaluación, se hiciera una preselección de las y los aspirantes. Así mismo, se aseguró un mecanismo para incluir preguntas de la sociedad civil en las comparecencias públicas.

El procedimiento de designación de 2014 sentó las bases para la construcción de una relación cercana, basada en la confianza, entre sociedad civil y el ahora INAI. Además, sentó un precedente para el subsecuente desarrollo de los procesos de designación. Por ello, para que efectivamente se convierta en la regla de actuación de los legisladores, y no represente la voluntad de los senadores del momento, es necesario incluir en la LFTAI las disposiciones que aseguren un procedimiento transparente, certero y con la participación de la ciudadanía.

El procedimiento desarrollado en la ley debe atender lo siguiente:

1. Establecer un procedimiento con etapas y plazos definidos.
2. Asegurar la máxima publicidad durante todo el procedimiento, esto incluye hacer públicos los expedientes de las y los candidatos, los mecanismos de evaluación y los resultados; asegurar audiencias abiertas al público y su transmisión en canales públicos.
3. La obligación de definir el perfil y los mecanismos de evaluación para medir su idoneidad.
4. La obligación de fundamentar las propuestas que se presentarán al Pleno para ser votadas.
5. Asegurar un mecanismo de participación ciudadana en el que ésta forme parte del proceso de preselección de las y los candidatos.

5. Sobre el Poder Legislativo, propuestas con base en el Diagnóstico de Parlamento Abierto

1) Incluir obligaciones de transparencia más específicas para el Poder Legislativo Federal:

- Lista actualizada de los legisladores con datos biográficos y fotografía; grupo parlamentario, información sobre el método de elección; entidad, distrito y/o circunscripción, trayectoria política; trayectoria académica; trayectoria administrativa y actividades en el sector privado y participación en comisiones y/o comités parlamentarios; así como el nombre de sus suplentes;
- Las leyes, decretos, acuerdos o cualquier otra disposición de carácter general aprobados por el órgano legislativo;
- Los criterios de asignación para la designación de los recursos financieros de los legisladores en lo individual, de los órganos de gobierno, comisiones, comités legislativos, grupos parlamentarios y centros de estudio u órganos de investigación;

- El padrón de medios acreditados;
- La lista de personas que representan a cualquiera de las Cámaras a través de un poder;
- El domicilio del módulo de orientación, quejas o vinculación ciudadana de los legisladores y con la información estadística con el nombre, tipo y número de gestiones solicitadas y realizadas;
- El informe sobre el monto de los recursos financieros recibidos por los legisladores en lo individual por concepto de dietas, bonos, apoyos extraordinarios, apoyos para informes legislativos, compensaciones y gastos de gestión, así como los gastos relacionados con los viajes, viáticos y gastos de representación de los legisladores y sus acompañantes;
- Los estados financieros y demás información que el órgano de fiscalización superior utiliza para emitir sus dictámenes;
- El registro de los servidores públicos, particulares, personas físicas o morales, públicas o privadas, sancionadas por resolución definitiva firme, a través del procedimiento para fincar responsabilidades resarcitorias, y
- Los resultados de las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas y, en su caso, de la imposición de multas respectivas y demás acciones que deriven de los resultados de las auditorías practicadas, incluidos los informes remitidos a la Cámara de Diputados.

Otras obligaciones propuestas:

- Listado de integrantes de cada órgano de gobierno, con datos biográficos y fotografía; información sobre el método de elección; entidad, distrito y/o circunscripción, trayectoria política; trayectoria académica; trayectoria administrativa y actividades en el sector privado y participación en comisiones y/o comités parlamentarios; así como el nombre de sus suplentes;
- Las versiones públicas de las declaraciones patrimoniales y de intereses, conforme a la normativa correspondiente.

- El registro del cumplimiento de entrega de las declaraciones patrimoniales y de interés.
- La lista de los conflictos de interés declarados y detectados.
- Una lista de los documentos que reciben los órganos de gobierno, las comisiones, los comités y las y los legisladores, que incluya el remitente, el asunto general y la fecha de recepción.

2) Sobre el Comité de Transparencia de las Cámaras

El Comité de Transparencia de cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión debe designarse por el Pleno a propuesta de la Junta de Coordinación Política, y se integrará con una o un representante por grupo parlamentario y por una o un legislador independiente. Lo presidirá el o la legisladora que se determine en el acuerdo y durará en su encargo un periodo de tres años, pudiendo designársele por un periodo adicional.

Su funcionamiento se ajustará a los artículos 43 y 44 de la Ley General de Transparencia.

3) Otros temas:

- a) En el caso de que la información solicitada consista en bases de datos se deberá privilegiar la entrega de la misma en Formatos Abiertos. Cuando sea así, esa información se publicará en un apartado de datos abiertos en el portal de obligaciones de transparencia.
- b) Cada una de las Cámaras deberá contar con una herramienta que permita identificar y localizar a la o el representante a partir del código postal y/o sección electoral.
- c) Cada una de las Cámaras, en el ámbito de sus atribuciones y en conjunto con otras instituciones y representantes de la sociedad civil, impulsará la implementación de mecanismos de colaboración para la promoción e implementación de políticas y mecanismos de apertura parlamentaria.

6. Obligaciones específicas en materia energética y por sujeto obligado

Las obligaciones de transparencia han ido cobrando mayor relevancia en la construcción de marcos normativos garantes del DAI, ya que cumplen de mejor forma con los principios de celeridad y calidad de la información. El enfoque desde el cual se crean las obligaciones de transparencia es el de la accesibilidad de la información de manera inmediata, sin esperar los tiempos de entrega del procedimiento de acceso a la información.

La LGTAI contempla una cantidad mayor de obligaciones de transparencia que la contenida en la Ley Federal actual, este cambio implica una apuesta de mayor protección y garantía del DAI; sin embargo, existe aún un camino largo por recorrer para asegurar que la información de interés público esté disponible para quienes desean acceder a ella.

Una vía es la creación de obligaciones específicas por temas, las cuales brindan la oportunidad de identificar información necesaria para un mayor entendimiento de una política pública, más allá de una visión desde el sujeto obligado. Con ello no se quiere decir que las obligaciones específicas por sujeto obligado deban ser hechas a un lado, éstas serán complementarias.

La reflexión alrededor de la necesidad de identificar aquella información relevante por tema, merece la inclusión de sociedad civil experta en las diferentes materias. De manera ideal, se debería dar espacio para el intercambio con diversos actores para la identificación de las posibles obligaciones de transparencia.

Diversas iniciativas y colectivos han desarrollado trabajo en la identificación de estas obligaciones, tal y como lo demuestra el trabajo de organizaciones alrededor del tema de industrias extractivas. No tomar en cuenta el trabajo de estas organizaciones sería un desperdicio.

De manera específica, sobre las obligaciones de transparencia en materia energética, en Fundar hemos hecho una revisión en donde identificamos vacíos que, de llenarlos con la obligación de publicar la información sugerida, se estaría caminando hacia un más robusto régimen de transparencia.