

Las organizaciones que suscribimos el presente documento hacemos un llamado al H. Congreso de la Unión a fin de que en el diseño de la Ley Federal de Transparencia se considere, en todo momento, la máxima garantía del derecho de acceso a la información.

En este sentido manifestamos nuestra preocupación por mantener los alcances de la Ley General aprobada en el mes de mayo y transmitimos los puntos que, como comunidad de práctica, consideramos deben prevalecer en esta iniciativa federal:

1. El proceso legislativo actual debe de considerar el paquete de leyes y normas que tienen que ver con acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas

Preocupación: la aprobación de la Ley Federal de Transparencia, Ley General de Archivos, Ley de Protección de Datos Personales y Sistema Nacional Anticorrupción deben contar con un diseño coherente y armónico que evite traslapes e ineficiencias como los que tenemos actualmente en nuestro incipiente sistema de rendición de cuentas.

Propuesta: Se propone que el proceso se vea como algo integral y no como propuestas separadas para que se tomen definiciones, plazos y mecanismos comunes en todo lo relativo a generación, conservación, uso y apertura de la información. En este sentido, se propone revisar la integración de los comités de transparencia para que haya un vínculo directo con el área de archivos de cada sujeto obligado.

2. La Ley Federal debe evitar una interpretación limitada de la Ley General.

Preocupación: La transcripción de algunos de los principios y bases dispuestos en la Ley General dentro de la Ley Federal da lugar a aquellos que no fueron transcritos dejen de ser observados por los sujetos obligados, situación que limitaría los alcances de la Ley General.

Propuesta: Se propone remitir, en todo momento, a los principios y bases dispuestos en la Ley General sin una transcripción *verbatim* en la Ley Federal.

En este sentido, se propone:

- A. Añadir al artículo 5 del segundo documento de trabajo a la Constitución como un parámetro de interpretación. Los principios de interpretación para la garantía del derecho de acceso a la información, los de actuación del Instituto así como las bases deben ser los mismos que los dispuestos en la Ley General. Solamente en el caso que el Congreso de la Unión considere incluir principios y bases de interpretación y garantía más progresivos a los dispuestos en la misma se deberán incluir dentro de la legislación federal (ver en el anexo 1 principios progresivos).

- B. Eliminar los artículos que repiten los principios y bases dispuestos en la Ley General y reenviar a la misma. Específicamente en el caso de las disposiciones generales para la clasificación y desclasificación de la información se deberá considerar el reenvío o la transcripción total al título sexto, capítulo I de la Ley General.
- C. En los artículos en los que se incluyan obligaciones/facultades/atribuciones a los sujetos de la Ley colocar en el primer párrafo la leyenda “además de las obligaciones/facultades/atribuciones señaladas en el artículo XX de la Ley General” y en las fracciones incluir las que se añaden.
- D. En el artículo 64 deben agregarse como obligaciones de transparencia comunes a) la publicación de las declaraciones fiscales y de conflicto de intereses de los servidores públicos, y b) la publicación de los contratos, con sus respectivos anexos y convenios modificatorios, cuando éstos resulten de procedimientos de adjudicación directa,.

3. La prueba de daño debe quedarse como fue aprobada en la Ley General.

Preocupación: La definición de cada uno de los elementos de la prueba de daño limita la posibilidad de interpretación del derecho y por lo tanto su progresividad en un análisis caso por caso. Además, vale la pena recordar que existen tesis aisladas de la Suprema Corte, criterios de cortes internacionales y principios sobre la prueba de daño que pueden servir para mayor referencia del intérprete de la ley.

Al respecto se advierte que de acuerdo a la Primera Sala de la SCJN, la prueba de daño “consiste medularmente en la facultad de la autoridad que posee la información solicitada para ponderar y valorar mediante la debida fundamentación y motivación, el proporcionarla o no, en tanto que su divulgación ponga en riesgo o pueda causar un perjuicio real al objetivo o principio que trata de salvaguardar, y de manera estricta debe demostrarse que el perjuicio u objetivo reservado, resulta mayormente afectado que los beneficios que podrían lograrse con la difusión de la información”¹.

En el mismo sentido, el Poder Judicial ha señalado que “una adecuada clasificación de la información pública debe tomar en cuenta y distinguir, en el contexto general de un documento, cuál es la específica y precisa, cuya divulgación puede generar un daño desproporcionado o innecesario a valores jurídicamente protegidos, lo cual debe evitarse, en la medida de lo posible, frente a aquella que debe ser accesible al quejoso en el amparo para hacer viable su defensa efectiva y cuestionar violaciones a derechos fundamentales, lo que implica un interés público en abrir o desclasificar la información necesaria para ese efecto, cuando la autoridad responsable que la aporta al juicio la clasifica como reservada. Por tanto, es necesario distinguir esas diferencias y formular una idónea y adecuada clasificación de la información, generando así una regla individualizada y pertinente para el caso, a través de aplicar la "prueba de daño e interés público" ex officio, con el propósito de obtener una versión que sea pública para la parte interesada”².

¹ Registro: 2003906 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Rubro: ACCESO A LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFOS SEGUNDO, TERCERO Y SEXTO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, TRANSGREDE EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

² Registro: 2006299 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Rubro “INFORMACIÓN RESERVADA. APLICACIÓN DE LA "PRUEBA DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO" PARA DETERMINAR LO ADECUADO DE LA APORTADA CON ESA CLASIFICACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE, A EFECTO DE HACER VIABLE LA DEFENSA EFECTIVA DEL QUEJOSO”.

Propuesta: Eliminar las adiciones a la redacción en el artículo 96 del documento de trabajo y se remita a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley General para quedar como sigue:

“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 un interés legítimo de seguridad nacional;

~~Se entenderá que un riesgo es real (...)~~

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

~~Se entenderá que el riesgo de perjuicio (...)~~

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

~~Se entenderá que la limitación se adecua al principio de proporcionalidad (...)~~”

4. El procedimiento del Consejero Jurídico debe aclararse.

Preocupación: De la lectura parece que el abogado del Ejecutivo Federal será ahora el abogado de la Nación y que, tanto el INAI como el recurrente, no podrán participar en el proceso en su calidad de terceros interesados. La falta de claridad en el procedimiento de recurso de revisión en materia de seguridad nacional, dentro de la Ley Federal, representa una violación al principio de certeza jurídica el cual hace referencia a la necesidad de que cualquier autoridad actúe conforme a la letra de la ley.

En el mismo sentido, la falta de participación del recurrente como tercero interesado representa una violación a la garantía de audiencia.

Propuesta: Es importante prever que este recurso únicamente podrá ser presentado cuando el sujeto obligado sea alguno del Ejecutivo Federal y que siempre serán llamados tanto el INAI como el recurrente para expresar lo que a su derecho convenga al momento de la admisión del recurso.

En este sentido se tendría que considerar que el procedimiento quede como a continuación se señala:

“**Artículo 165.** El recurso de revisión en materia de seguridad nacional se presentará, a consideración del Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, en contra de las resoluciones emitidas por el Instituto **y en las que el sujeto obligado sea alguno del Poder Ejecutivo Federal** que, a su juicio, ponga en peligro la seguridad nacional. Dicho recurso, se tramitará conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Título Octavo de la Ley General y a las siguientes disposiciones.

Tanto el Instituto como el recurrente participarán en el juicio en calidad de terceros interesados y podrán expresar, durante la sustanciación del recurso, lo que a su derecho convenga.

Artículo 166. El recurso deberá interponerse dentro de los siete días siguientes a aquél en el que el Instituto notifique la resolución al sujeto obligado, directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con los plazos y requerimientos establecidos en la Ley General. La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinará, de inmediato, en su caso, la suspensión de la ejecución de la resolución y dentro de los cinco días siguientes a la interposición del recurso resolverá sobre su admisión o improcedencia **la cual será notificada personalmente a cada una de las partes.**

Artículo 167. En el escrito del recurso, el Consejero Jurídico del Gobierno Federal deberá señalar la resolución que se impugna, **el nombre y medio para recibir notificaciones de los terceros interesados,** los fundamentos y motivos por los cuales considera que se pone en peligro la seguridad nacional, así como los elementos de prueba necesarios”.

5. Eliminar los supuestos de confidencialidad adicionados en el documento de trabajo e incluir como excepción a la confidencialidad de datos personales los contenidos en archivos y documentos históricos.

Preocupación: La inclusión de nuevos supuestos de confidencialidad en el artículo , a saber, la información del patrimonio de las personas físicas y morales y los datos estadísticos y geográficos que otorguen los particulares para fines estadísticos vulnera los principios y bases de la Ley General y puede derivarse en mecanismos para la restricción del derecho a la información. Al respecto vale la pena recordar la definición de “datos personales” pues los supuestos aquí señalados pueden ser considerados como tales si hacen a una persona identificada o identificables.

Por su parte, es importante destacar que aun cuando la información confidencial se rige bajo el principio de máxima privacidad, su protección no es absoluta pues existen excepciones que ameritan su divulgación.

Al respecto es importante considerar que los datos personales o la información de la vida privada contenida en documentos o archivos históricos no pueden considerarse como información confidencial. Los documentos históricos contienen -naturalmente- datos personales. De hecho, el valor histórico de un documento en muchos casos depende de los datos personales que éste contiene. No obstante, esto no implica que se deban clasificar como confidenciales porque la naturaleza de un documento histórico es pública, por lo que su consulta debe ser en versiones íntegras y no testadas. Una vez que un documento agota su valor administrativo, jurídico, fiscal o contable, sólo mantiene su valor histórico para la preservación a largo plazo, por lo que la privacidad de terceros adquiere un valor menor que el interés público de la información.

Propuesta:

- A. Señalar únicamente como información confidencial la considerada en el artículo 116 de la Ley General y eliminar los supuestos adicionados en el documento de trabajo:

“**Artículo 112.** Se considera información confidencial:

- I. La que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable;

II. Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos;

III. Aquella que presenten los particulares a los sujetos obligados, siempre que tengan el derecho a ello, de conformidad con lo dispuesto por las leyes o los tratados internacionales, ~~incluida la información de personas físicas y morales sobre su situación patrimonial o financiera, así como su organización y operación, que estas no estén obligadas a hacer pública, y~~

IV. ~~Aquellos datos estadísticos y geográficos que los particulares proporcionen a los sujetos obligados para fines estadísticos, de conformidad con la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica”.~~

B. Disponer que la información confidencial no está sujeta a temporalidad salvo que se encuentre en documentos catalogados como históricos.

“**Artículo 112.** Se considera información confidencial:

(...)

La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna, **salvo que se encuentre en documentos o archivos catalogados como históricos**, y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los Servidores Públicos facultados para ello.

“**Artículo 116.**

No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:

I. La información se encuentre en registros públicos, **archivos o documentos históricos** y fuentes de acceso público;”

6. Definir las obligaciones de transparencia por sector en el nivel federal

(Ver Anexo 2, documento adjunto: Comentarios a las obligaciones en materia energética)

7. Las buenas prácticas y los procesos judiciales deben reconocerse y retomarse.

Preocupaciones:

- A. El Instituto no puede restringir un derecho humano a la información, a ciegas. De ninguna manera pueden existir excepciones al acceso de los Comisionados a la información clasificada como se infiere del artículo 148 del documento de trabajo. Sin el acceso íntegro a la información solicitada la eventual confirmación de la clasificación devendrá en arbitraria e ilegal y por lo tanto una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Propuesta: Eliminar la adición al artículo 148 “Tratándose de la información a que se refiere el último párrafo del artículo 101 de la Ley General, los sujetos obligados podrán dar acceso a los Comisionados a dicha información ~~mediante la exhibición de la documentación relacionada,~~ en las oficinas de los propios sujetos obligados”.

- B. Los procesos de designación de los comisionados deben ser públicos con una amplia participación de la sociedad. El Instituto es el puente entre los sujetos obligados y la sociedad, de esta manera se tiene que garantizar la publicidad del procedimiento a fin de generar confianza.
- C. Lo mismo a lo referente a la designación de los integrantes al Consejo Consultivo del órgano garante. Dado que esta instancia es de nueva creación en la Ley Federal se debe especificar el proceso de nombramiento e integración el cual habría de incluir como criterios entre los futuros integrantes: i) objetividad, autonomía e independencia de los candidatos respecto a los partidos políticos (desvinculación de cualquier nexo que ponga en duda su imparcialidad), ii) trayectoria profesional de los candidatos, acreditada y verificable, en materia de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas; iii) capacidad y experiencia probada para trabajar en cuerpos colegiados; iv) garantía de máxima publicidad basada en perfiles garantistas en la lectura e interpretación del derecho.

Propuesta: Retomar las buenas prácticas desarrolladas por el Senado en la designación del pleno del Instituto, principalmente por lo que hace a la participación de expertos en la evaluación de los candidatos, la existencia de audiencias públicas, la posibilidad del Senado de hacer suyos los cuestionamientos de la sociedad civil y la publicidad de los documentos de evaluación y de los acuerdos que dan cuenta de la estadística de votación. Sin contravenir los requerimientos constitucionales, se puede incorporar al proceso una garantía no solo de participación ciudadana sino también de vigilancia social.

Propuesta: En cuanto al Consejo Consultivo si bien es cierto que no se trata de generar un consejo “sombra” del órgano garante nacional que obstaculice la operación del mismo y dañe la autonomía de sus decisiones, si se requiere de una instancia de utilidad pública integrado por perfiles adecuados y nombrados luego de un procedimiento que brinde certeza e imparcialidad.

8. La Ley Federal debe otorgar la facultad expresa al Instituto para determinar el interés público de violaciones graves a derechos humanos.

Preocupación: La información relacionada con las violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad es de interés público aun cuando no se encuentren clasificadas como tal por alguna autoridad competente.

La Corte ha señalado que una grave violación se produce “cuando la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política o jurídica”. En esta misma línea, la Corte asiente en que graves violaciones se producen cuando “Las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan son las que producen o propician los actos violentos, (...) [o] Que frente a un desorden generalizado las autoridades sean omisas, negligentes o impotentes (...) en obtener el respeto a las garantías individuales”.³ Luego entonces, es dable considerar que en situaciones como estas las autoridades encargadas de garantizar el derecho de acceso a la información puedan optar por la publicidad de la misma con la intención de generar confianza en dichas instituciones y certidumbre a la sociedad sobre la sensación de inseguridad.

Desde su designación las y los comisionados han emitido resoluciones relevantes para garantizar el derecho a la información en casos relacionados con violaciones graves a derechos humanos. El cumplimiento de estas resoluciones ha

³ SCJN, Tesis 200110, Solicitud 3/96, GARANTIAS INDIVIDUALES. CONCEPTO DE VIOLACION GRAVE DE ELLAS PARA LOS EFECTOS DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 97 CONSTITUCIONAL.

demostrado que no existe una afectación real por la publicidad de esta información aun cuando no exista un pronunciamiento o declaración de la existencia de violaciones graves por parte de la CNDH o alguna otra autoridad competente. Más allá de esto, la información que ha sido revelada ha permitido a víctimas y familiares acceder a la justicia y, a la sociedad, exigir la rendición de cuentas de las autoridades involucradas.

Propuesta: incluir en esta ley la redacción que fue eliminada del borrador de la Ley General respecto a la posibilidad del INAI de declarar el interés público de la información relacionada con violaciones graves a derechos humanos aun cuando no exista pronunciamiento previo de autoridad competente.

“No podrá invocarse el carácter de reservado cuando:

I. Se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, calificadas así por autoridad competente o, cuando no exista pronunciamiento previo de autoridad competente pero que por la trascendencia social de las violaciones así lo considere el órgano garante competente y de conformidad con el derecho internacional;
(...)

Para efectos de lo referido en la fracción I del presente artículo, los organismos garantes podrán determinar si la información está relacionada con posibles violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, conforme al artículo 1º constitucional y a los tratados internacionales.

Para determinar que una violación a derechos humanos es grave para efectos del derecho de acceso a la información, se requiere comprobar la trascendencia social de las violaciones a partir de criterios cuantitativos como el número, intensidad, amplitud, generalidad, frecuencia o su prolongación en el tiempo, o bien, la combinación de varios de estos aspectos; o criterios cualitativos atendiendo a la especificidad del caso.

Para determinar si un caso se ubica en el supuesto de delitos de lesa humanidad, para efectos del derecho de acceso a la información, se atenderá a lo establecido por el derecho nacional e internacional”.

9. Los tiempos de cumplimiento de los sujetos obligados sobre las resoluciones del Instituto deben establecerse explícitamente.

Preocupación: Los plazos de cumplimiento de las resoluciones no fueron aclarados en la Ley General (Artículo 196) y dicha redacción se retoma textualmente. Si la Ley Federal no subsana este error, el cumplimiento de resoluciones puede alargarse de manera indefinida.

Propuesta:

A. Dado que el cumplimiento depende del sujeto obligado, se considera que debe apegarse a los tiempos de respuesta a la solicitud de información.

“Artículo 204. Los sujetos obligados, a través de la Unidad de Transparencia, darán estricto cumplimiento a las resoluciones del Instituto y deberán informar a estos sobre su cumplimiento **en el menor tiempo posible, que no podrá exceder de veinte Días, contados a partir del día siguiente a la presentación de aquélla.**

Excepcionalmente, considerando las circunstancias especiales del caso, los sujetos obligados podrán solicitar al Instituto, de manera fundada y motivada, una ampliación del plazo **hasta por diez días más** para el cumplimiento de la resolución.

Dicha solicitud deberá presentarse, a más tardar, dentro de los primeros tres Días del plazo otorgado para el cumplimiento, a efecto de que el Instituto resuelva sobre la procedencia de la misma dentro de los cinco Días siguientes.”

Anexo 1.

Principios y bases progresivos, respecto a la Ley General, que pueden ser adoptados por el Congreso de la Unión o las Asambleas locales al momento de regular la Ley Federal o las leyes estatales.

Principios

1. Principio de prevalencia de la Ley de Acceso sobre cualquier otra ley.
2. Ningún funcionario público podrá ser sancionado o perseguido por vías administrativas, penales o laborales por la divulgación de información clasificada como reservada, cuando actuando de buena fe, revele información sobre violaciones del ordenamiento jurídico, casos graves de corrupción, la existencia de una amenaza grave para la salud, la seguridad, o el medio ambiente, violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.
3. Principio de máxima publicidad

Bases

1. No existen excepciones en los Comités de Transparencia para las instituciones de inteligencia, contrainteligencia e investigación. Todos los sujetos obligados cuentan con un comité de transparencia.
2. Existe una temporalidad definida para la reserva en todos los casos, aun cuando se trate de la información referida en el último párrafo del artículo 101 de la Ley General. **A nivel internacional es de 30 a 50 años (información top secret).**
3. No existe reservas absolutas y categóricas. Es decir ningún
4. El índice de información clasificada es un componente del **catálogo de clasificación archivística** (el sistema en el **que se piensan clasificar los archivos**).
5. El Instituto debe ordenar la generación de la información cuando es/fue notoriamente existente.
6. **Se considera confidencial aquella información, únicamente, sobre los datos personales y la vida privada de las personas**