

ISSN 2683-2038

Núm. 9, enero-junio de 2020

Revista

•••

ESTUDIOS EN
DERECHO
A LA INFORMACIÓN

•••



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Ciencias Políticas y Sociales
Instituto Nacional de Transparencia, Acceso
a la Información y Protección de Datos Personales
Centro de Investigación y Docencia Económicas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Revista Estudios en Derecho a la Información, núm. 9, enero-junio de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: *redi.ijj@unam.mx*. Editor responsable: Daniel Vázquez. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título: 04-2016-021916284300-102. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 17309. ISSN (versión electrónica): 2594-0082. ISSN (versión impresa): 2683-2038.

Rosa María González Olivares

Cuidado de la edición y formación en computadora

Ana Julieta García Vega

Diseño de interiores

ESTUDIOS EN DERECHO A LA INFORMACIÓN

Revista

Dr. Daniel Vázquez
Dr. Khemvirg Puente M.
Directores

Lic. Raúl Márquez Romero
Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación Editorial

CONSEJO EDITORIAL



Pedro Salazar Ugarte (México, UNAM-IIJ); Fernando Castañeda Sabido (México, UNAM-FCPyS); Patricia Kurczyn Villalobos (México, INAI); Sergio López Ayllón (México, CIDE); Miguel Carbonell Sánchez (México, UNAM-IIJ); Ana Elena Fierro Ferréaz (México, CIDE); Julio Alejandro Téllez Valdés (México, UNAM-IIJ); Diego Valadés Ríos (México, UNAM-IIJ); María Solange Maqueo Ramírez (México, CIDE); Roberto Saba (Argentina, Universidad de Palermo); Jacqueline Peschard Mariscal (México, UNAM-FCPyS); Alonso Gómez Robledo Verduzco (México, UNAM-IIJ); Mercedes de Vega Armijo (México, Archivo General de la Nación); Francisco Javier Acuña Llamas (México, INAI); Carlos Humberto Reyes Díaz (México, UNAM, Coordinación de Posgrado en Derecho); Ana Azurmendi (España, Universidad de Navarra); William Guilles (Francia, Chaire des Amériques de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne); Iréne Bouhadana (Francia, Chaire des Amériques de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne); Angélica Cuéllar Vázquez (México, UNAM-FCPyS); Arturo Chávez López (México, UNAM-FCPyS); Areli Cano Guadiana (México, Auditoría Superior de la Federación).



COMITÉ EDITORIAL

Guillermo M. Cejudo (México, CIDE); Blanca Lilia Ibarra (México, Instituto Nacional de Acceso a la Información); María Marván Laborde (México, UNAM-IIJ); Laura Beatriz Montes de Oca Barrera (México, UNAM-IIS); Alejandra Ríos Cazares (México, CIDE); José Roldán Xopa (México, CIDE); Egbert Sánchez Vanderkast (México, UNAM-IIBI).

Nidia Andrade Cárdenas
Asistente editorial

“Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y/o la dirección electrónica de la publicación”.

<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/index>



Primera edición: 27 de enero de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISSN (versión electrónica): 2594-0082

ISSN (versión impresa): 2683-2038

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Las implicaciones de la Ley General de Archivos para el derecho de acceso a la información pública. Bertha MACIEL GARCÍA	3
El derecho a saber información ambiental en México Marina Alicia SAN MARTÍN REBOLLOSO	25
El Internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO	49
El presupuesto de los órganos garantes estatales del derecho de acceso a la información en México, 2011-2017 José Said SÁNCHEZ MARTÍNEZ	85

COMENTARIOS JURÍDICOS

Los nuevos derechos de acceso en materia ambiental: el caso del Acuerdo de Escazú Sergio Ricardo HERNÁNDEZ ORDOÑEZ	113
Geolocalización. Ponderación de la seguridad pública vs. privacidad: análisis de la Acción de Inconstitucionalidad 32/2012 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Dayana SEVILLA OSORNIO	133

CONTENIDO

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

	La transparencia y el derecho de acceso a la información como mecanismo para la protección de los derechos de los pueblos originarios	153
	Miriam ESTRADA RIVERA	
VI	Normas de publicación	157



ARTÍCULOS



LAS IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL
DE ARCHIVOS PARA EL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
*IMPLICATIONS OF THE GENERAL ARCHIVE LAW
IN THE ACCESS TO PUBLIC INFORMATION RIGHT*



*Bertha MACIEL GARCÍA**

RESUMEN. La Ley General de Archivos se sustenta como un nódulo estratégico en la garantía del derecho de acceso a la información pública y asume sustanciales retos hacia la gestión del patrimonio documental del Estado, así como de los archivos privados de interés público. Su entrada en vigor, el 15 de junio de 2019, se intersecta con una serie de cambios legislativos que pretenden lograr un alcance estructural para la buena gestión gubernamental, entre ellos el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales y el Sistema Nacional Anticorrupción. En este contexto, resulta prioritario analizar y discutir las implicaciones de la Ley General de Archivos para la afirmación del derecho de acceso a la información pública, en tanto que los archivos son el soporte, precedente y repositorio que garantiza este derecho.

PALABRAS CLAVE. Gestión documental, derecho de acceso a la información pública, archivos, verdad.

ABSTRACT. *The General Archive Law represents a strategic nodule for the guarantee of access to public information rights and*

* Maestra en derechos humanos y democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso); bmaciell1@gmail.com.

Fecha de recepción: 26 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 18 de julio de 2019.

BERTHA MACIEL GARCÍA

assumes substantial challenges towards the management of state documentary heritage and private archives of public interest. Its commencement, since June 15, 2019, intersects with other legislative reforms that aim to accomplish an adequate governmental management, such as the national system for transparency, access to public information and protection of personal data, as well as the national anti-corruption system. In this context, it is imperative to analyze and discuss the implications of the General Archive Law for the affirmation of the access to public information right, given that archives are the support, precedent and repository that guarantees such right.

4



KEY WORDS. *Document management, access to public information right, truth, archives.*

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de junio de 2018 fue publicada la Ley General de Archivos (LGA) en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, mientras que su entrada en vigor ocurre 365 días después, abrogando la Ley Federal de Archivos y derogando todas las disposiciones que le contravienen. También mandata que la normatividad necesaria para la instrumentación del Sistema Nacional de Archivos (SNA) se encuentre armonizada a nivel subnacional a más tardar el 15 de junio de 2020.

La expedición de la LGA surge ante la celebración de un expectante modelo de gestión documental y archivística que pretende contribuir a la memoria, la verdad, la justicia, la transparencia y la rendición de cuentas. No obstante, también acontece frente al reconocimiento de significativos retos en materia de armonización legislativa, instrumentación y operatividad que materialicen las condiciones de existencia y funcionalidad del SNA.

Específicamente, la materia de análisis del presente texto se enfocará en el impacto de la LGA en el derecho de acceso a la información pública a partir de la siguiente pregunta: ¿cuáles son las implicaciones de la LGA para el derecho de acceso a la información pública?

El argumento de partida es la consideración de la LGA como una garantía primaria de derechos intervinclados a la gestión documental, entre ellos el derecho de acceso a la información pública, el cual abre estructu-

ras de oportunidad jurídica para impulsar su materialización. Primordialmente, desde un enfoque preventivo (mediante la organización, homologación y sistematización de la gestión documental), pero que implica aún amplias brechas en términos de exigibilidad o de la configuración de un contexto donde dicha garantía se pueda asumir como *habeas data*,¹ que resulta especialmente relevante en contextos donde se investiguen violaciones graves a derechos humanos.

Consecuentemente, será necesario materializar los objetivos específicos de la manera siguiente: describir significantes y contenidos del derecho de acceso a la información pública, realizar una propuesta sobre el concepto de archivo y analizar mandatos de la LGA cuya trascendencia impacta en el entorno de afirmación del derecho de acceso a la información pública. De forma general, los objetivos son: visualizar las implicaciones, avances y limitaciones, así como los retos de la LGA respecto al derecho de acceso a la información pública.

De acuerdo con lo anterior, el artículo replica el diseño de investigación descriptivo a fin de expresar las características y atributos de las unidades de análisis (derecho de acceso a la información pública y mandatos en la LGA), para posteriormente establecer relaciones hipotéticas fundadas sin implicar necesariamente imputación causal.

Como referencia de contexto, es necesario matizar que la LGA se suma a una serie de reformas legislativas que pueden interpretarse orientadas hacia el diseño de una política nacional de combate a la corrupción, de construcción de buen gobierno y de mejora a la calidad democrática. En muestra de ello, el 27 de mayo de 2015 fue reformado el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que trazó la ruta de ordenamientos subsecuentes, entre los que destacan la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA), que a su vez comprende el Sistema Nacional de Fiscalización (SNF), la Ley General de Contabilidad Gubernamental (LGCG), la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), entre otras.

Aunado a lo anterior, el 4 de mayo de 2015 fue publicada la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), a través de la cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (SNTAIPDP).

¹ Su significado literal se refiere a como “traer los datos”, que a su vez se puede componer de distintas dimensiones: acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, exclusión de datos (Sagüés, 1998: 859-870).



BERTHA MACIEL GARCÍA

El contexto descrito da cuenta de la diversidad de lógicas que pueden operar a fin de atender, prevenir y revertir el fenómeno de la corrupción en el país, así como la multitud de vías y materias para contribuir a dicho objetivo en esquemas democráticos. Consecuentemente, se propone el siguiente análisis centrado en las facciones en torno al objeto de estudio.

6

II. ¿CUÁLES SON LOS ALCANCES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA?

- Sobre la base del parámetro regulativo convencional, así como diversos criterios en la jurisprudencia interamericana, se ha establecido que la libertad de expresión es caracterizada por ser un derecho con doble dimensión: una individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y otra colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenas y a estar bien informada (*Caso Kimel vs. Argentina*: 34 y 35; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*: 19-23; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*: 33; *Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile*: 4 y 15).

Ambas dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente sin que se pueda menoscabar una de ellas invocando como justificación la preservación de la otra, a saber:

No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista (OC-5/85:4).

Igualmente, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a la libertad de expresión, y precisa su contenido: “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (principios 2, 3, 4, 6) señala que este derecho —fundamental e inalienable— se refie-

re a la expresión humana “en todas sus formas y manifestaciones”, y que cubre el derecho de toda persona, en condiciones de igualdad, a “buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente”, “por cualquier medio de comunicación”, así como el “derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma”.

También, se refiere expresamente al derecho de toda persona a “acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita o no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados”, y a “actualizarla, rectificarla y/o enmendarla” en caso de que fuere necesario, así como el derecho al “acceso a la información en poder del Estado”.

Por su parte, el artículo 6o. de la CPEUM ordena la observación de principios y bases para el ejercicio del derecho de acceso a la información, entre otros, los que a continuación se enfatizan:

- La prevalencia de máxima publicidad en la interpretación de este derecho, y la posibilidad de calificarla de confidencial o reservada únicamente por razones de interés público y seguridad nacional y en términos de ley.
- El carácter público de la información cuando se encuentra en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal.²
- La necesaria documentación del ejercicio de su actuar público entre los sujetos obligados, así como la subsecuente obligación de colocarla en un esquema de datos abiertos.

La LGTAIP coincide en que el derecho humano de acceso a la información comprende la posibilidad de solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información. Del mismo modo, que la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados tiene carácter público.

² Es relevante destacar que la Ley General de Archivos amplía la densidad de los sujetos obligados y los criterios que abren la posibilidad de considerarlos como tal. Ejemplo: particulares que cuenten con archivos de interés público, histórico o cultural.

BERTHA MACIEL GARCÍA

Con base en la descripción de tal panorama normativo es posible afirmar que la información pública es aquella generada por las personas o entidades que la legislación califique como sujetos obligados, quienes dan cuenta de su actuar de manera documentada. También resaltan que el derecho de acceso a la información pública es reconocido como un derecho humano y por el cual subsisten las obligaciones generales del Estado, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la de garantía.

En este sentido, la dimensión que sustenta la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, en tanto se relacionan con el derecho de hablar, el derecho a escribir, el derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, informaciones, ideas u opiniones por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número posible de destinatarios, el derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados, el derecho correlativo a actualizarla, rectificarla o enmendarla, el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla, así como el derecho a la expresión artística o simbólica, a la difusión de la expresión artística, y al acceso al arte en todas sus formas, así como el derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole (CIDH, 2009: 7-10).

Todo ello se intervincula con dimensiones preliminares de gestión de datos y construcción de un gobierno abierto y transparente, comenzando por el diligente cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de información pública. Máxime que, con ello, se pretende contribuir a la construcción de sociedades más democráticas, informadas, participativas, con la libertad de expresar todo tipo de ideas.

Por su impacto en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desarrolló criterios que contribuyen al diseño de una protección reforzada del derecho de acceso a la información, entre ellos que las investigaciones relativas a las violaciones graves de derechos fundamentales y delitos contra la humanidad no pueden clasificarse como confidenciales, tal como quedó expuesto en la tesis aislada que a continuación se cita:

VIOLACIONES GRAVES DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD. LAS INVESTIGACIONES RELATIVAS NO PUEDEN CLASIFICARSE COMO CONFIDENCIALES CONFORME A LA LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL, VIGENTE HASTA EL 9

LAS IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS PARA EL DERECHO...

DE MAYO DE 2016. Conforme al artículo 14, párrafo último, del ordenamiento citado, no puede invocarse el carácter de información reservada cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos contra la humanidad. En ese sentido, si bien las averiguaciones previas se mantienen reservadas en atención a que la difusión de la información que contienen podría afectar gravemente la persecución de delitos y la privacidad de las víctimas, y con ello, al sistema de impartición de justicia, lo cierto es que la ley mencionada previó como excepción los casos en los cuales el delito perseguido es de tal gravedad que el interés público en mantener la averiguación previa en reserva se ve superado por el interés de la sociedad de conocer las diligencias llevadas a cabo para la oportuna investigación, detención, juicio y sanción de los responsables. Máxime que estos supuestos no sólo afectan a las víctimas u ofendidos en forma directa por los hechos antijurídicos, sino que ofenden a toda la sociedad, precisamente por su gravedad y por las repercusiones que implican; de ahí que la publicidad de esa información se presenta como una parte integrante del derecho a la verdad, el cual no sólo se vincula con los familiares de las víctimas, sino con toda persona, ya que aquéllos y la sociedad deben ser informados de lo sucedido (Tesis 2a. LV/2017).

9



Dicho criterio es de contenido similar al que se encuentra ahora integrado en el artículo 5o. de la LGTAIP. Teniendo como punto de partida el control político y garantía institucional, es loable mencionar, de manera no exhaustiva, los criterios contenidos en las resoluciones del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) en los casos de San Fernando, Ayotzinapa y Odebrecht vs. la Procuraduría General de la República, así como el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. el Archivo General de la Nación*, mismas que significaron avances en la comprensión del derecho de acceso a la información pública y su impacto en la democracia.

También con ello se afirma la importancia y exigencia de respuestas institucionales para materializar el derecho de acceso a la información pública y evitar la opacidad en temas de interés público y control democrático de las instituciones, lo cual no puede quedar sujeto únicamente a la voluntad política, a criterios jurisdiccionales o parámetros normativos, sino que (además de lo anterior) deben instrumentarse y fortalecerse los mecanismos que integren las mejores vías para su pleno cumplimiento como derecho humano.

Enfocando tales postulados en los alcances del acceso a la información pública y las relaciones que mantiene con los sistemas de gestión

BERTHA MACIEL GARCÍA

de archivos, es posible sumar su diseño en términos de políticas globales contenidas en la agenda de los Objetivos del Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas. Particularmente el objetivo número 16 (promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas), involucra en la meta 16.5, “Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”; 16.6, “Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas, y con especial relevancia”, y 16.10, “Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.

10

-
-
-

Habida cuenta de esta amplitud de dimensiones, además conectadas con vías dispersas en la gestión pública, así como la importancia social e implicaciones sustantivas del derecho de acceso a la información pública, es necesario reflexionar en torno a las lógicas que operan por parte de las entidades y sujetos obligados para cubrir de manera satisfactoria tal derecho.

Sin duda, también es una respuesta compleja, más aún en contextos donde las democracias son incipientes y las brechas de los derechos humanos distan bastante de su garantía, como en México. Pese a ello, un punto de partida puede establecerse en la obligación del Estado de gestionar de manera diligente, asequible y sistematizada los datos e información a su cargo en archivos. Para ello es necesario adentrarnos en las referencias conceptuales de éstos.

III. ¿QUÉ SON LOS ARCHIVOS?

La LFA, recientemente abrogada, definía el concepto de “archivos” como un “conjunto orgánico de documentos en cualquier soporte, que son producidos o recibidos por los sujetos obligados o los particulares en el ejercicio de sus atribuciones o en el desarrollo de sus actividades” (artículo 4o., fracción II). El significante análogo que de dicho concepto se encuentra en la vigente LGA, se precisa como el “conjunto organizado de documentos producidos o recibidos por los sujetos obligados en el ejercicio de sus atribuciones y funciones, con independencia del soporte, espacio o lugar que se resguarden” (artículo 4o., fracción III).

En esta primera mirada del contexto legislativo, es notable la amplitud adjudicada al concepto, que en suma con otras reformas contenidas en la Ley General, como el aumento en el número de sujetos obligados, la inclusión de archivos privados de interés público y la consideración sobre los mecanismos y herramientas diversas de resguardo (nuevas tecnologías),

hacen de la categoría de “archivo” una compleja unidad multidimensional que cumple con la función de “registrar un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable producido, recibido y utilizado en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados, con independencia de su soporte documental” (LGA, artículo 4o., fracción XXIV) y, a la par, un medio de garantía para el ejercicio de otros derechos.

Partiendo de la lectura y comprensión de sus preceptos, dada la estrecha vinculación con el desempeño estatal, se asume la importancia de los archivos al fungir como evidencia del ejercicio de las atribuciones y funciones de las entidades públicas, así como las vías en las que se pueden construir esquemas de rendición de cuentas.

La UNESCO (2011: 1), en su Declaración Universal sobre los Archivos, se refiere a las unidades documentales como aquellas que:

Custodian decisiones, actuaciones y memoria, conservan un patrimonio único e irremplazable que se transmite de generación en generación, son fuentes fiables de información que garantizan la seguridad y la transparencia de las actuaciones administrativas, culturales e intelectuales; contribuyen a la constitución y salvaguarda de la memoria individual y colectiva. El libre acceso a los archivos enriquece nuestro conocimiento de la sociedad, promueve la democracia, protege los derechos de los ciudadanos y mejora la calidad de vida.

Por consiguiente, los archivos son indiscutiblemente necesarios para intermediar la construcción de diálogos democráticos que posibiliten la rendición de cuentas y la construcción de la ciudadanía. Su relevancia, en palabras de Abramovich (2006: 46), es que “para incluir a todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo se requiere como herramienta fundamental un adecuado acceso a la información pública y un caudal de información disponible que brinde elementos para evaluar y fiscalizar las políticas y decisiones que los afectan”.

La afirmación antepuesta no implica la solvencia de otras problemáticas intrínsecas que pueden ser objeto de análisis. Por ejemplo, si damos por hecho que los archivos (de las entidades o sujetos obligados) son insumos para materializar el derecho de acceso a la información pública, es necesario cuestionar y verificar el valor propio, legitimidad y cualidades de los mismos. O bien, desde enfoques participativos, es posible discutir a las normas mediáticas que permiten la apropiación y participación de la sociedad en la producción comunicativa que sustenta las libertades de expresión e información (Mosco, 1996: 20-25).

BERTHA MACIEL GARCÍA

Recordamos que el presente estudio delimita su objeto en los contenidos de la LGA, en tanto que identifica y abre estructuras de oportunidad políticas y jurídicas para realizar derechos subjetivos públicos, concretamente el derecho de acceso a la información pública. También describe condiciones de exigibilidad e implica enmarcar el entendimiento de los archivos como mecanismos de garantía de derechos, como el acceso a la información pública.

12

En relación con las obligaciones generales del Estado exigibles en la materia, “comprenden circunstancias concretas para su materialización, específicamente, la obligación positiva de producción información pública” (Abramovich, 2006: 42). Al respecto, la estructura normativa que propone la LGA para la configuración técnica de los archivos es a partir de tres dimensiones:

- a) Archivos de trámite: son los archivos de gestión; se encuentra “integrado por documentos de archivo de uso cotidiano y necesario para el ejercicio de las atribuciones y funciones de los sujetos obligados” (artículo 4o., fracción V).
- b) Archivos de concentración: “documentos transferidos desde las áreas o unidades productoras, cuyo uso y consulta es esporádica y que permanecen en él hasta su disposición documental” (artículo 4o., fracción IV).
- c) Archivos históricos: integrados por “documentos de conservación permanente y de relevancia para la memoria nacional, regional o local de carácter público” (artículo 4o., fracción VIII).

Es importante sumar una categoría subyacente, que puede concurrir en alguna de las tres categorías anteriores:

- d) Archivos privados de interés público: son identificados en la LGA como aquellos con valor público, histórico o cultural, que se encuentran en propiedad de particulares, que no reciban o ejerzan recursos públicos ni realicen actos de autoridad en los diversos ámbitos de gobierno, pero que sean objeto de interés público (artículo 4o., fracción IX).

Como se aprecia, comenzando con una aproximación práctica, los archivos relacionados con la garantía del derecho de acceso a la información pública dan cuenta del principio de máxima publicidad, donde las acciones

y decisiones trascendentes en la vida pública, en su dimensión histórica, conectan el pasado con el presente; además, son indispensables para la construcción de un gobierno abierto y transparente, para la rendición de cuentas, como insumos en la materialización de evidencia en la toma de decisiones y en la investigación en casos de violaciones graves a derechos humanos, por lo que su gestión diligente, profesional, sistemática y homogénea es un reto en sociedades democráticas y garantistas.

13

Por ello, la LGA es pertinente en la nombrada “sociedad de la información”³ (Zapata, 2015: 28 y 29), que trae aparejado el auge de la ciencia y práctica archivísticas, como lo califica Juan Voutssás, donde necesariamente se tienen que incorporar las tecnologías de la información y comunicación, herramientas para abordar los volúmenes de información producidos y comunicados, así como la profesionalización de la labor archivística y los avances necesarios para garantizar el derecho de acceso a la información pública (2016: 8).

De esta manera, la LGA oferta un propuesta garantista y democrática para avanzar hacia los entornos sociales de verdad, memoria, gestión del conocimiento⁴ y rendición de cuentas. Lamentablemente, la mayoría de sus contenidos tienen una amplia carga discursiva, en tanto no implican un diseño institucional concreto que los garantice, ni algún recurso frente a omisiones o incumplimiento en la instrumentación del sistema nacional de archivos (no más allá de la sanción de delitos especiales contra los archivos).

Ello deja en gran medida su consecución a la voluntad política y con la asignación de los recursos que limitadamente se sirvan destinar al mismo, y a la postre no ofrece certidumbre jurídica sobre el margen de actuación de las y los operadores del sistema, provocando que el contenido y alcances de la garantía puedan ser determinados discrecionalmente.

³ Zapata (2015: 28 y 29) señala que las sociedades de la información “se sustentan en la relación tridimensional de administración, información y ciudadanía, cuyos retos se orientan a la reducción de brechas digitales y la verdadera inclusión social, la inclusión de enfoques participativos y de orientaciones democráticas”.

⁴ La gestión del conocimiento se presenta como la “prioridad innovadora del desarrollo organizacional, considerando que conocimiento no es lo mismo que información ni que acumulación de archivos” (Patton, 2018: 255-271). Por lo que ha surgido la necesidad de la gestión del conocimiento como un proceso para promover la adquisición, desarrollo y uso del mismo en forma tácita y explícita para alcanzar objetivos empresariales (y replicada en la administración pública), la innovación y la ventaja competitiva sostenible (Davenport y Prusak, 2000: 81-95).

BERTHA MACIEL GARCÍA

IV. LOS ARCHIVOS COMO PATRIMONIO DOCUMENTAL

En el actuar cotidiano de los entes del Estado es necesario dar cuenta de las atribuciones que realizan con el fin de verificar el cumplimiento de la función para la que fueron creadas, así como para valorar el ejercicio de las labores dentro de su competencia. Por ese motivo, la mayoría de las instituciones rinden informes, gestionan repositorios, divulgan resultados y publicitan su existencia y procedimientos a su cargo. La importancia de los archivos en estos instrumentos es la validación y legitimidad que asumirían al estar basados en aquéllos.

14

-
-
-

Por una parte, la realización objetiva y eficaz de estas diligencias aportaría a la rendición de cuentas, dado que se coloca en el escrutinio público y eventualmente a procesos de auditoría y fiscalización gubernamental. Asimismo, si toda la acción pública queda documentada, es posible transitar a esquemas de mayor transparencia mediante los procesos archivísticos, en tanto se realicen en parámetros adecuados para preservar, mantener, identificar y sobre todo consultar información (accesibilidad).

Algunas referencias sobre los elementos que deben guardar los archivos asumen su carácter público, técnico, sistematizado, útil y relevante (*Caso Gelman vs. Uruguay*: 20; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*: 22). La importancia, legitimidad y utilidad de éstos dependen de la certeza que comuniquen respecto a los hechos que hacen constar; es decir, a las aproximaciones a la verdad que pueden sustentar.

Por otra parte, en la LGA se destacan dos criterios necesarios al buen tratamiento de los archivos. El primero es la homogeneidad, y el segundo es la interoperatividad, acentuados como el intercambio de bases de datos y sistemas de información. De materializar este reto, las entidades y sujetos obligados se situarán en una inercia de innovación operativa para el aún incipiente SNA. De ambos términos, se pueden aludir los siguientes significados:

- a) Homogeneidad: si bien su contenido es de carácter instrumental, pendiente por desarrollar a partir de lineamientos de operación, se refiere a la idea de que “no quede al arbitrio de las distintas instituciones señaladas como sujetos obligados la organización” (INAI, AGN, UNAM, 2019: 46).
- b) Interoperatividad: la LGA la refiere como la capacidad de los sistemas de información de compartir datos y posibilitar el intercambio entre ellos; es decir, una interacción sustentable entre sistemas de

compilación de datos, pero que también debe implicar los medios en los que se encuentran contenidos.

Respecto al mandato de interoperatividad, Juan Miguel Castillo Fonseca y Georgina Araceli Torres Vargas comentan que previo a ésta es necesario establecer algunos mecanismos de gestión de los documentos electrónicos, considerando el mantenimiento, actualización de programas (*hardware* y *software*), los mecanismos de migración o transferencia de información digital, emulación de repositorios digitales, preservación de tecnología (sistemas operativos, programas, aplicaciones), la arqueología digital, y los métodos y procedimientos para rescatar contenidos dañados de programas a entornos digitales obsoletos o afectados (INAI, AGN, UNAM, 2019: 135 y 136).

Se entiende que la verificación de estas características confiere un gran impacto hacia labores sustantivas de combate a la corrupción, fiscalización y evaluación, así como la investigación de violaciones graves a los derechos humanos.

V. LOS ARCHIVOS COMO UNA PRECONDICIÓN PARA LA GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

En el informe “Derecho a la verdad en las Américas”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo énfasis en que, en contextos transicionales, los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información adquieren una importancia estructural. En ese sentido, la Comisión ha indicado que los Estados tienen la obligación de garantizar a las víctimas y sus familiares el acceso a la información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los derechos humanos. Así, los órganos del sistema interamericano han insistido en que el derecho a ser informado sobre lo sucedido y de acceder a la información también incluye a la sociedad en general, en tanto resulta esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos (CIDH, 2014: 50).

En el mismo tenor, la garantía del derecho de acceso a la información en casos de graves violaciones a derechos humanos es fundamental para disolver los enclaves autoritarios que pretenden sobrevivir a la transición democrática y constituye una condición necesaria para promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, así como para prevenir la corrupción y el autoritarismo (CIDH, 2014: 53).



BERTHA MACIEL GARCÍA

De modo que el enfoque del presente estudio de la LGA hacia la obligación general de garantía del derecho al acceso a la información pública debe ser congruente con la gestión documental y con los mandatos del artículo 1o. constitucional, para que todas las autoridades (en el ámbito de sus competencias) cumplan con las obligaciones generales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad concomitantes a los deberes específicos de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

16

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde el primer caso contencioso del sistema interamericano, ha dicho que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental, y en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público; de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, procurar el restablecimiento del derecho conculcado, y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos, la cual no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: 22).

La LGA, por encomiable que sea, requiere de la conducta de sus operadores para asegurar la existencia eficaz de garantías para el libre y pleno ejercicio del derecho de acceso a la información en todas sus dimensiones y el perfeccionamiento con los estándares más progresivos de la información de carácter público.

Consecuentemente, la gestión diligente, ordenada, sistematizada y profesional de los archivos puede colocarse como una medida de gran impacto para materializar el derecho en comento. A la par, la institucionalización y operatividad del SNA puede fungir como el mecanismo adecuado para cumplir los objetivos propuestos.

Se propone así una primera aproximación en respuesta a la pregunta que centra este estudio, al tenor siguiente: las implicaciones de la LGA para el derecho de acceso a la información pública son, por una parte, instrumentales y técnicas, en tanto que ordenan una gestión documental

homogénea, intervencional y con estándares óptimos de gobierno abierto, transparente y supeditado a rendición de cuentas. Implica un nódulo estratégico para transitar a esquemas óptimos y eficientes de tratamiento de archivos que contengan datos e información de valor público y que supongan la materialización o contenido concreto del derecho de acceso a la información pública.

Por otra parte, la LGA es una garantía primaria que posibilita su alusión para la exigencia de derechos vinculados a la información pública, redundando en el escrutinio hacia las entidades y sujetos obligados a cumplir diligentemente su contenido.

17

VI. LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS COMO GARANTÍA PRIMARIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Los derechos humanos pueden considerarse como exigencias éticas justificadas en relación con acciones u omisiones del Estado; por ello, deben ser reconocidos y garantizados por el aparato jurídico. Asimismo, son entendidos como derechos subjetivos porque generan expectativas jurídicas positivas o negativas; es decir, de prestación o no lesión, oponibles a poderes estatales o fácticos (Serrano y Vázquez, 2013: 17-34). De esta manera, los derechos humanos se concretan en las garantías, entendidas como mecanismos de protección, defensa, aseguramiento para su exigibilidad o mecanismos de su realización.

Para establecer relaciones entre los objetos de estudio de este texto y describir las lógicas que operan entre la LGA y el derecho de acceso a la información pública, resulta atinente el desarrollo conceptual de un sistema multinivel de garantías, para lo cual se alude al modelo construido por Pisarello (2007: 111-138).⁵

- 1) Desde el punto de vista de los sujetos a quienes se encomienda la tutela principal de los derechos, se distingue entre:
 - a) Garantías institucionales: mecanismos de protección de los derechos encomendados a poderes públicos o instituciones.
 - Garantías políticas: encomendadas a órganos legislativos y ejecutivos.

⁵ Ello sin dejar de mencionar la existencia de otras propuestas de tipologías de garantías. Al respecto, se puede consultar a Ferrajoli (1999).

BERTHA MACIEL GARCÍA

- Garantías semi-políticas: encomendadas a órganos externos con funciones de control.
- Jurisdiccionales: encomendadas a órganos del Poder Judicial.
- Semi-jurisdiccionales: encomendadas a órganos que actúan como si fueran tribunales, pero que no poseen en estricto sentido la capacidad de sanción jurídica.

18 b) Garantías extra-institucionales: también referidas como garantías sociales, el resguardo de derechos se coloca en los propios titulares.

●
○
● 2) Desde el alcance de los mecanismos de tutela se puede establecer que existen:

a) Garantías primarias: las que establecen o delimitan el contenido de los derechos, al tiempo que imponen una serie de obligaciones dirigidas a otros poderes o a sujetos particulares. Regularmente implican un control político.

b) Garantías secundarias: técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de reparación en caso de ausencia o de insuficiencia de garantías primarias. Regularmente son de tipo jurisdiccional.

3) De acuerdo con las escalas en las que actúan los mecanismos de tutela, se pueden distinguir:

a) Garantías estatales.

b) Garantías infraestatales.

c) Garantías supraestatales.

De esta manera, podemos encontrar en los contenidos de la LGA una amplia cobertura de las tipologías referidas a las garantías. La ley por sí misma implica una garantía institucional y primaria frente al derecho de acceso a la información pública. En su marco normativo aparecen algunas garantías políticas, semi-políticas y semi-jurisdiccionales, incluso con algunos elementos extra-institucionales (posibilita la creación de comités por integrantes de la sociedad civil). No obstante, la consolidación de garantías jurisdiccionales o el fortalecimiento de las institucionales requieren su concreción y ampliación en reglamentación secundaria.

Entre algunas de las garantías contempladas en la nueva ley se encuentran: los mecanismos de organización y administración homogénea de archivos; mandatos para los actos de entrega-recepción; criterios de

LAS IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS PARA EL DERECHO...

valoración y conservación de los archivos; respeto al “ciclo vital” de éstos, y la integración del Consejo Nacional de Archivos (CNA), de los sistemas locales y la operación del Registro Nacional de Archivos, en el marco referencial de su competencia y atribuciones públicas.

Para el derecho de acceso a la información pública cobra relevancia la integración del CNA (LGA, artículos 65-69), toda vez que se traduce en el órgano de coordinación del SNA, el cual se integra por los titulares del Archivo General, las secretarías de Gobernación y de la Función Pública; un representante de cada una de las cámaras del Congreso de la Unión, otro del Poder Judicial de la Federación; un comisionado del Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública; un integrante de la junta de gobierno del Instituto Nacional de Estadística y Geografía; el titular de la Auditoría Superior de la Federación; el titular del Banco de México; el presidente de cada uno de los consejos locales; además de un representante de los archivos privados y del Consejo Técnico y Científico Archivístico.

Su importancia se desprende de sus atribuciones, entre las que se pueden enunciar: las funciones de aprobar y difundir la normativa relativa a la gestión documental y administración de archivos conforme a las mejores prácticas de la materia, así como los criterios y plazos para la organización y conservación de los archivos que permitan localizar eficientemente la información pública; formular recomendaciones archivísticas para la emisión de normativa para la organización de expedientes judiciales, y emitir recomendaciones a los sujetos obligados para aplicar la ley en sus respectivos ámbitos de competencia.

Al margen de lo anterior, cabe destacar la integración de los sistemas locales de archivos, de conformidad con el capítulo III del título primero de la ley, según el cual cada entidad federativa contará con uno, que será el conjunto orgánico y articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos, normas, instancias, instrumentos, procedimientos y servicios tendentes a cumplir con los fines de la organización y conservación homogénea de los archivos de los sujetos obligados dentro de sus funciones.

Entre sus atribuciones sobresalen las de implementar las políticas, programas, lineamientos y directrices para la organización y administración de los archivos que establezca el Consejo Nacional; aprobar criterios para homologar la organización y conservación de los archivos locales, así como aprobar las campañas de difusión sobre la importancia de los archivos como fuente de información esencial y como parte de la memoria colectiva, entre otras.



BERTHA MACIEL GARCÍA

Mención aparte merece la valoración y conservación de los archivos como garantías del acceso a la información (título tercero, capítulos I y II). En efecto, en el primer rubro (valoración), la ley establece que en cada sujeto obligado deberá existir un grupo interdisciplinario conformado por profesionales de la misma institución, el cual coadyuvará en el análisis de los procesos y procedimientos institucionales que den origen a la documentación que integran los expedientes de cada serie documental, con el fin de colaborar con las áreas o unidades administrativas productoras de la documentación en el establecimiento de los valores documentales, vigencias, plazos de conservación y disposición documental durante el proceso de elaboración de las fichas técnicas de valoración de la serie documental y que, en conjunto, conforman el catálogo de disposición documental.

20



En el segundo elemento (conservación), los sujetos obligados tienen la obligación de adoptar las medidas y procedimientos que garanticen la conservación de la información, independientemente del soporte documental en que se encuentre. Para ello habrá que observar el establecimiento de un programa de seguridad de la información que garantice la continuidad de la operación, minimice los riesgos y maximice la eficiencia de los servicios, y que garantice la implementación de controles que abarquen la estructura organizacional, clasificación y control de activos, recursos humanos, seguridad física y ambiental, comunicaciones y administración de operaciones, control de acceso, desarrollo y mantenimiento de sistemas, continuidad de las actividades de la organización, gestión de riesgos, requerimientos legales y auditoría.

No obstante, persiste el riesgo latente de que los avances descritos en la ley sean predominantemente discursivos, toda vez que la consolidación de garantías jurisdiccionales, así como el fortalecimiento institucional para su realidad operativa, requieren un diseño integral y soporte suficiente en la reglamentación subsidiaria.

VII. CONCLUSIONES

En la actualidad, subsiste un consenso que valora como necesaria la gestión de evidencia en el ejercicio de las atribuciones y funciones gubernamentales, así como las vías en las que la sociedad acceda a tales referencias para calificar el actuar público. De ello deriva la importancia de los archivos como elementos indiscutiblemente necesarios para intermediar la construcción de diálogos democráticos que posibiliten la rendición de cuentas, erradiquen la opacidad institucional y faciliten la construcción de la ciudadanía.

LAS IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS PARA EL DERECHO...

De las reflexiones hasta aquí propuestas se interpreta que la LGA supone una garantía para el tratamiento archivístico más allá de un mero instructivo de operatividad administrativa, y lo coloca como un elemento transversal de la gestión pública para la diligente función administrativa, que a su vez sirva para garantizar otros derechos.

Concretamente, respecto al derecho de acceso a la información pública, la LGA fortalece de manera preventiva la disponibilidad y accesibilidad, incluso la posibilidad de materializar de manera expedita los contenidos concretos de tal derecho. Es decir, al ordenar un tratamiento homogéneo, interoperativo, ordenado, integral y abierto de archivos, a la par de colocar en supuestos de responsabilidad administrativa y excepcionalmente penal a los sujetos obligados, aumenta las condiciones de posibilidad para que el derecho de acceso a la información pública sea garantizado.

En la ley subyace la idea de concretar el derecho a la verdad, memoria y conocimiento, asumiendo retos en torno a la consolidación del SNA, donde a su vez las entidades federativas tendrán un papel primordial en la armonización y operatividad del mismo.

El reconocimiento de los archivos como evidencia de las aproximaciones a la verdad (certezas); como conexiones del pasado con el presente (memoria); como herramientas para materializar los derechos a la transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información pública, representa un gran avance legislativo.

Respecto a la cuestión central sobre el impacto de la LGA en el derecho de acceso a la información pública, es importante destacar que actualmente, pese a la entrada en vigencia de los mandatos que contiene, gran parte de su instrumentación y operatividad se encuentra en proceso de construcción, por lo que requiere de la complementariedad en leyes subnacionales y reglamentarias.

En el momento presente de la ruta estratégica trazada, es posible considerar que la LGA impacta de manera positiva y expectante en el derecho de acceso a la información pública; primordialmente a partir de un enfoque preventivo al mandar orden en la gestión documental sistemática, homogeneizada, diligente, organizada como una política nacional e interconectada mediante el SNA.

La ley cubre un mayor rango de información de interés público susceptible de exigibilidad, al extender la densidad en el volumen de los sujetos obligados y sus deberes en los procesos y procedimientos de gestión documental. Asimismo, al establecer la necesaria profesionalización en la labor archivística, garantiza el manejo diligente en el ciclo de vida de los archivos, asegurando con ello la preservación de la información que con-



BERTHA MACIEL GARCÍA

tienen y su disponibilidad, además de la accesibilidad, para la cobertura del derecho de acceso a la información pública.

Es evidente que al delimitar los parámetros del tratamiento archivístico y mandar estructuras institucionales donde se gestionen, la LGA sustrae la información pública contenida en archivos de una visión patrimonialista por parte de las entidades y sujetos obligados, limitando su desempeño arbitrario en esta materia y orientándoles hacia prácticas de transparencia, apertura de datos y rendición de cuentas.

22 A pesar de lo anterior, también destacan algunos retos en el proceso de institucionalización y fortalecimiento en el sistema de garantías que se atribuyen con su entrada en vigor respecto al derecho de acceso a la información pública. No se descarta el riesgo latente de que las reformas que implica la LGA no concreten los resultados esperados, dados los insumos limitados e impulsos sujetos a la voluntad política que le sustentan.

●
○
● La aseveración de tal premisa está asociada con la poca adecuación de las reglas formales e informales y la difusa capacidad de concreción en los procesos organizacionales para la institucionalización y operación del SNA, lo que puede devenir en un fenómeno reconocido como “vacío o baja calidad institucional” (O’Donell, 1997: 69). Esto, especulativamente, retrocedería en los logros celebrados que impactan con el derecho de acceso a la información pública, privándole de mayores condiciones de posibilidad para su garantía en términos de progresividad, accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Finalmente, la interfaz en la garantía del derecho de acceso a la información pública que representa LGA merece la mayor cantidad de esfuerzos, recursos y contribuciones que la hagan posible y orienten progresivamente el cumplimiento de tal derecho y de los que se encuentran intervinclados a éste, impidiendo el comportamiento discrecional de los sujetos obligados en quienes concurre la identidad de autoridades que directa o indirectamente tienen la obligación de garantizar el mismo.

VIII. REFERENCIAS

1. *Bibliohemerográficas*

ABRAMOVICH, Víctor, 2006, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, núm. 88, abril.

LAS IMPLICACIONES DE LA LEY GENERAL DE ARCHIVOS PARA EL DERECHO...

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2014, *Informe derecho a la verdad en las Américas*, Washington D. C.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2009, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Washington D. C.

DAVENPORT, Thomas y PRUSAK, Laurance, 2000, *Working Knowledge: how organizations manage, what they know*, Boston, Harvard Business School Press.

23

FERRAJOLI, Luigi, 1999, *Derechos fundamentales, derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (INAI), ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (AGN) Y UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM), 2019, *Ley General de Archivos comentada*, México.

MOSCO, Vicente, 1996, *The political economy of communication*, London, Sage.

O'DONELL, Guillermo, 1997, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), 2011, *Declaración Universal sobre los Archivos*, Francia, UNESCO.

PATTON, Michael, 2018, "Evaluación, gestión del conocimiento, mejores prácticas, lecciones aprendidas de gran calidad", en MALDONADO TRUJILLO, Claudia *et al.* (comps.), *Antología sobre evaluación. La construcción de una disciplina*, México, CIDE.

PISARELLO, Gerardo, 2007, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta.

SAGÜÉS, Néstor, 1998, "El *habeas data*: su desarrollo constitucional", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM.

SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, 2013, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso-México.

VOUTSSÁS, Juan, 2016, *Estado del arte de la archivística iberoamericana a través de sus publicaciones 1986-2016*, México, Archivo General de la Nación.

ZAPATA, Alberto, 2015, *Gestión documental y gobierno electrónico*, Colombia, Archivo General de la Nación de Colombia.

BERTHA MACIEL GARCÍA

2. Jurisprudencia

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

24 *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 17: Interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Costa Rica.

●
○
● *Caso Gelman vs. Uruguay*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 17: Interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Costa Rica.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

Caso Kimel vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

OC-5/85, 2018, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no. 16: Libertad de pensamiento y de expresión*, Costa Rica.

Tesis 2a. LV/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2017.

EL DERECHO A SABER INFORMACIÓN
AMBIENTAL EN MÉXICO
*THE RIGHT OF ACCESS TO ENVIRONMENTAL
INFORMATION IN MEXICO*



*Marina Alicia SAN MARTÍN REBOLLOSO**

RESUMEN. El acceso a la información tiene un valor instrumental para potenciar el ejercicio de otros derechos humanos, como el caso del derecho a un medio ambiente sano, además de servir como herramienta para fomentar la participación ciudadana y la vigilancia del actuar público en favor de la rendición de cuentas. En el artículo se presenta un panorama general del contenido y desarrollo normativo del derecho de acceso a la información y del derecho ambiental. Posteriormente, se aborda la interrelación entre ambos derechos para destacar la importancia que tiene para la sociedad tener acceso a información de tipo ambiental, mediante el análisis de casos concretos que permiten advertir el interés público y la utilidad que tiene para las personas conocer cualquier información que pueda generar un impacto en su entorno, con el objeto de proteger su bienestar y mejorar su calidad de vida.

PALABRAS CLAVE. Derecho de acceso a la información, derecho ambiental, transparencia, valor instrumental, interés público, participación ciudadana, rendición de cuentas.

ABSTRACT. The access to information has an instrumental value to promote the exercise of other human rights, such as the right to a

* Comisionada ciudadana del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México (INFO Ciudad de México); sanmartinrebo@yahoo.com.mx.

Fecha de recepción: 21 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 26 de julio de 2019.

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

26



healthy environment; it is also a tool that encourages citizen involvement and the ability to watch over governmental actions in order to pursue accountability. This article presents an overview of the content and legal development of the right of access to information and environmental rights. Afterwards, it analyzes the relationship between these two human rights as it highlights the importance for society to know about environmental information. For these ends, the article analyzes case studies that allow us to notice the public interest and the usefulness of this right to let people know any information that may have an impact on their environment, to protect their welfare and to improve their life quality.

KEY WORDS. *Right of access to information; environmental rights; transparency; functional value; public interest; citizen involvement, accountability.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a saber busca dar a conocer información que permita ejercer otros derechos, tales como el derecho a un medio ambiente sano, ya que se requiere tener información en la materia para conocer las acciones u omisiones que ha realizado el Estado para garantizarlo.

En el desarrollo de este trabajo se pretende mostrar, a través de algunos casos resueltos por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el impacto que tiene el uso del derecho de acceso a la información como facilitador del ejercicio del derecho ambiental.

Para lo anterior, en un primer apartado se examina la evolución normativa del derecho de acceso a la información en México, el cual ha permitido a las personas conocer la información ambiental existente y sus implicaciones, con un valor agregado que brindan las leyes de transparencia al establecer procedimientos simples para su consulta.

En la segunda sección se plantea la situación del derecho humano a un ambiente sano, expresado en diversos instrumentos normativos a nivel internacional y nacional y a los mecanismos para su garantía.

Los apartados que se presentan parten de un estudio dogmático de los derechos, historia del derecho y derecho comparado, analizando leyes nacionales e internacionales y tesis jurisprudenciales.

Por último, en el tercer rubro se establece la función del derecho de acceso a la información como un mecanismo eficiente para garantizar el derecho ambiental, a través del estudio de casos resueltos por el organismo garante federal, hoy nacional, los cuales permiten ilustrar los resultados y beneficios que ha brindado el ejercicio del derecho a saber en materia del medio ambiente, además de demostrar su valor instrumental en la potenciación de derechos.

27

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: HACIENDO UN BREVE RECORRIDO

El derecho de acceso a la información en el ámbito nacional e internacional ha dado lugar a diversas legislaciones ejemplares, la mexicana es muestra de ello. No obstante, a través de los años se ha ido adaptando a los nuevos contextos jurídicos, partiendo de un esquema que ha dado lugar a un andamiaje normativo basado en principios que favorecen a las personas.

En México, fue incluido con rango constitucional en la reforma política de 1977¹ (Lezama Aguilar: 2007) cuando se mencionó en el artículo 6o. la frase: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”; sin embargo, no existía en ese momento un mecanismo jurídico que asegurara su concreción.

Al no tener un marco reglamentario, este derecho se interpretó por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en una primera aproximación como una garantía social de los partidos políticos. Posteriormente, se reconoció como una garantía individual de cualquier persona (Tesis P.XLV/2000).

El desarrollo del derecho de acceso a la información en la legislación secundaria en México comenzó, a nivel federal, en 2002, con la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG, 2002), veinticinco años después de su primera referencia en el artículo 6o. constitucional en 1977. Este ordenamiento buscó establecer los mecanismos idóneos para garantizar el derecho al acceso a la información con el cual las personas podrían conocer los datos e información que generaban las políticas mediante los cuales el gobierno toma decisiones respecto a los ámbitos de sus atribuciones legales (Villa-

¹ Lezama Aguilar señala que “la reforma política de aquel momento tenía por objeto garantizar el derecho de los partidos a hacer públicas sus posturas ideológicas y sus plataformas específicas de acción, para contrarrestar, en lo posible, el monopolio de información que durante décadas conservó el partido en el poder” (2007: 127-159).

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

nueva, 2004). De esta manera, se comenzó a gestar el andamiaje jurídico para garantizar esta prerrogativa a través de la creación de un organismo garante a nivel federal, dando lugar a un efecto dominó con el cual diversas entidades federativas gestarían leyes en la materia.

28 Treinta años después, en 2007, se adicionaron al artículo 6o constitucional (en su apartado A) los principios y bases aplicables al ámbito federal, estatal y municipal para homologar su ejercicio en todo el país, con lo cual se pretendió lograr una armonización normativa, resultado que no se consiguió como se esperaba.

-
-
-

Para reducir las asimetrías informativas a nivel nacional, dada la diversidad de regulaciones locales existentes hasta ese momento, en 2014 se aprobó una nueva reforma al citado artículo 6o. con el objetivo de unificar principios y bases en esta materia, robusteciendo el marco normativo ya aplicable. De este modo, este derecho adquirió una mayor proyección y alcance al ampliar el espectro de sujetos obligados en los distintos niveles de gobierno, abarcando a cualquier ente público de los tres poderes, órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos, e incluso, personas físicas y morales receptoras de recursos públicos o que realicen actos de autoridad. Los institutos garantes se transformaron en órganos del Estado con autonomía; se institucionalizó la participación ciudadana a través de los consejos consultivos y se agregaron sanciones, entre otras innovaciones.

Tres años antes, el acceso a la información se vio impactado por la reforma de derechos humanos de 2011. Esta modificación constitucional estableció un nuevo paradigma en materia de protección de derechos humanos, con el cual se reconoció su progresividad, se aumentó el catálogo de los ya previstos para considerar aquellos contenidos en los tratados internacionales, y se previó el principio pro persona en la aplicación de las normas jurídicas, lo que implica que se brinde una protección más amplia a los titulares de los mismos. Este importante cambio en el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía fortaleció el acceso a la información potenciando su efectividad y su valor instrumental para ejercer otros derechos.

En el contexto internacional, son referentes el artículo 19 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948 (ONU, 2015)² y el artículo 13

² Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³ conocida como Pacto de San José (OEA, 1969), que establecen que el derecho de acceso comprende la libertad de buscar, investigar, recibir y difundir información sin más limitaciones que las expresamente establecidas en la ley, como el respeto a los derechos de otras personas, la protección de la seguridad nacional o del orden público.

Al respecto, es relevante la tesis de la SCJN de 2007 en la que se reconoce el acceso a la información como un derecho humano fundamental y universal, cuyo ejercicio debe ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo, el cual debe sujetarse a un sistema restringido de excepciones que procederán cuando exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño pueda ser mayor que el interés público de saber (Tesis I.8o.A.131:151).

Como resultado de la reforma constitucional de 2014, se promulgó la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP, 2015), que estandarizó los principios, causales de clasificación, procedimientos, plazos, instancias y medios de impugnación a nivel nacional, además de sentar las bases para la construcción de un Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Un año más tarde, se publicó la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP, 2016) que abrogó al ordenamiento federal de 2002.

De esta evolución normativa se puede desprender que el derecho de acceso a la información implica que cualquier persona puede solicitar documentos generados, obtenidos, adquiridos, transformados o en posesión de los sujetos obligados por la ley y en los términos dispuestos en la misma. Por regla general, la información gubernamental es pública, y por excepción es clasificada como confidencial o reservada por las causas establecidas en la normativa, como el interés público o la seguridad nacional.

En este sentido, la implicación que tiene este derecho de poner a disposición pública información de la labor gubernamental da lugar a la exigibilidad de otros derechos, es decir, se le atribuye un valor instrumental.

³ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras... 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.



MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

III. PANORAMA GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL EN MÉXICO

Los instrumentos normativos del ámbito internacional han tenido una fuerte influencia en el desarrollo del derecho ambiental en los países, incluyendo México. Así, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (ONU, 1972, principio 1o.), se prevé el derecho a disfrutar de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad, con la obligación común de protegerlo. En este instrumento se planteó la importancia de la participación de la sociedad en lo relativo al cuidado del entorno en que vive, porque

30

- -
 -
- ...la defensa y el mejoramiento del medio ambiente humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad... será menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común (ONU, 1972, numerales 6 y 7).

Acorde con lo anterior, en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se establece el derecho de las personas a contar con un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho, por lo que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo haya provocado, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación (CPEUM, 2018, artículo 4o.).

Para que las personas puedan ejercer este derecho se requiere de información, que su vez impulsa la participación. Así lo sostiene la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (ONU, 1992, principio 10), que incluye la colaboración de los ciudadanos en los procesos de adopción de decisiones acerca de asuntos ambientales y la importancia de tener acceso a la información que dispongan las autoridades públicas, incluyendo aquella sobre materiales y actividades que impliquen un peligro a las comunidades, de tal manera que los Estados faciliten y fomenten la sensibilización y participación de la población poniendo la información a disposición de todos y dando acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, como los de resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Asimismo, en el “Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, conocido como Convenio de Aarhus (CEPE,

1998, artículo 1o.), se establece que para proteger el derecho de cada persona a vivir en un entorno con salud y bienestar, se deben garantizar los derechos de acceso a la información ambiental, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en esta materia.

En 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración del Milenio (ONU, 2000), siendo uno de sus objetivos la protección de nuestro entorno común. En ella se acordaba no escatimar esfuerzos para evitar la amenaza de vivir en un planeta irremediadamente dañado por las acciones del hombre, cuyos recursos no alcancen para satisfacer sus necesidades, por lo cual se decidió adoptar una nueva ética de conservación de las actividades relacionadas con el medio ambiente, intensificando la cooperación para reducir el número y los efectos de los desastres naturales y los provocados por el ser humano.

En 2010 se emitieron las “Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, denominadas Directrices de Bali (PNUMA, 2010), que tienen un carácter voluntario y sirven para orientar a los Estados en el cumplimiento de los compromisos de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el marco de su legislación y procesos nacionales.

Para abordar el tema del derecho a la información ambiental, un precedente internacional emblemático es el *Caso Claude Reyes (y otros) contra el Estado chileno (Caso Claude Reyes y otros: numerales 3 y 73)*. En este caso, la autoridad negó a los solicitantes parte de la información requerida al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile (ligada con la empresa forestal Trillium) sobre el Proyecto Río Cóndor, el cual incluía un plan de deforestación que podía resultar perjudicial para el medio ambiente del país. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que la información que no fue entregada era de interés público, al guardar relación con un contrato de inversión extranjera entre el Estado, dos empresas extranjeras y una empresa chilena para desarrollar un proyecto de industrialización forestal de impacto ambiental y de discusión pública; aunado a que con esta información resultaba posible verificar el ejercicio de funciones del Comité de Inversiones Extranjeras. Así, este organismo resolvió en favor del acceso a la información contribuyendo a garantizar, a su vez, el derecho ambiental.

Contar con información certera en materia ambiental es fundamental para garantizar el derecho humano a un ambiente sano. En un contexto de deterioro del entorno en que se habita y que está afectando a las personas de manera directa y causando daños irreversibles, el derecho a saber en



MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

esta materia cobra importancia, ya que constituye el instrumento con el cual se puede conocer información sobre las medidas que los gobiernos están llevando a cabo para garantizar este derecho.

La emergencia ambiental que se vive en la actualidad requiere de estrategias conjuntas con la sociedad, y para ello la información es primordial, pues es a través de ésta que se podrán generar políticas encaminadas a la sustentabilidad y a una nueva racionalidad con bases éticas en aras de la protección del medio ambiente.

32

IV. EL DERECHO A SABER INFORMACIÓN AMBIENTAL

El acceso a la información, o derecho a saber, es un instrumento clave en las sociedades democráticas que se orienta a transparentar la gestión pública, favorecer la rendición de cuentas, fortalecer el escrutinio público y propiciar la participación ciudadana en la toma de las decisiones, con el propósito de contribuir a la consolidación democrática (LFTAIP, artículo 2o.). Este derecho vinculado al medio ambiente da lugar a conocer la información necesaria para su cuidado, y facilita la transparencia y la rendición de cuentas.

En ese sentido, la transparencia muestra el quehacer público; el derecho de acceso garantiza la obtención de información para tomar decisiones o para ejercer óptimamente otros derechos; la rendición de cuentas, como la define Andreas Schedler (2015: 13), da a conocer las razones del actuar público, pues incluye la posibilidad de recibir una explicación y el deber de justificar el ejercicio de poder, y en caso de presentarse incumplimientos a la norma, detonar las sanciones correspondientes.

Ahora bien, como describen Abramovich y Courtis, “la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y del funcionamiento institucional de contralor de los poderes públicos” (2000: 1), pues este valor fortalece las garantías de otras prerrogativas. El acceso a la información, si bien brinda a quien lo ejerce un beneficio directo de obtener información que le será útil, ostenta su mayor potencial en su carácter instrumental que hace que su uso impacte en otros ámbitos de acción, ya que atraviesa de manera transversal a otros derechos y coadyuva en hacerlos efectivos.

En México, la reforma de 1996 a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), ocurrida seis años antes de la Ley Federal de Transparencia de 2002, fue pionera en temas del derecho a saber, al incluir un capítulo de derecho a la información ambiental y prever un Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales.

Asimismo, en el artículo 159 bis 3 de este ordenamiento se estableció el derecho de las personas a solicitar información a las autoridades ambientales de los tres niveles de gobierno con los gastos a cargo del peticionario. Cabe señalar que, al comparar el procedimiento de acceso a la información ambiental de la LGEEPA con el previsto en las leyes general y federal de transparencia vigentes, es más favorable y de mayor alcance el establecido en estas últimas, en tanto no es necesaria la identificación del requirente ni se prevé su responsabilidad por la adecuada utilización de la documentación, sin que deba responder por los daños y perjuicios que pudieran desprenderse de su manejo, supuesto que es contrario al artículo 6o. constitucional, que deja en claro que las personas que ejerzan este derecho no requieren acreditar interés o justificar su uso (CPEUM, artículo 6o.).

33

Se considera información ambiental “cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos, de que dispongan las autoridades ambientales en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre de las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos” (LGEEPA, 1996, artículo 159 bis 3). Toda esta clase de información, al referirse a un asunto que compete a toda la sociedad, por regla general, debe ser pública.

En materia ambiental, el acceso a la información se ha traducido en una herramienta poderosa y de enorme utilidad para que la ciudadanía conozca información de impacto social, ya que se trata de un derecho colectivo que se refiere a temas que tocan el entorno en donde las personas habitan, conviven y desarrollan sus actividades cotidianas; que cruza con aspectos que afectan la vida, la salud o la seguridad, como la contaminación o los desastres naturales.

El acceso a información de tipo ambiental permite tomar mejores decisiones sobre dónde vivir y cómo cuidarse; contribuye a construir una cultura de respeto y protección al medio ambiente, y coadyuva en la prevención y atención de fenómenos naturales.

Para demostrar el carácter instrumental que tiene el acceso a la información y su efecto potenciador en el derecho a la protección ambiental, se presenta el estudio de algunos casos resueltos por el antes Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), en los que se advierte la prevalencia del criterio de apertura sobre la clasificación cuando se trata de información ambiental al ser de interés público.

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

Los casos de análisis se han dividido en dos apartados: *a)* aquellos sobre información para la toma de decisiones en situaciones de desastres naturales, y *b)* los relativos a información necesaria para garantizar un ambiente sano.

1. *El acceso a la información para la toma de decisiones en desastres naturales*

34

●
○
● Para describir esta categoría, se citan como ejemplo dos solicitudes en las que se pidió información relacionada con desastres naturales por inundaciones, descontrol de ríos y desbordamiento de presas, las cuales dieron lugar a dos recursos de revisión vinculados entre sí y resueltos a principios de 2011. El conocimiento de la documentación resultaba relevante al impactar en otros derechos, como la seguridad y la vida de las personas. Al tener acceso a esta información, las personas podrían decidir mejor las acciones a adoptar, para anticiparse o reaccionar ante los fenómenos, informarse de las condiciones climáticas, de los peligros posibles y del actuar gubernamental al respecto.

Se trata de dos expedientes, uno en contra de la Comisión Nacional del Agua (Recurso de Revisión 7455/10), y otro en contra de la Comisión Federal de Electricidad (Recurso de Revisión 7295/10), en los cuales a ambas autoridades se les solicitaron actas, minutas y versiones estenográficas de las reuniones que había sostenido el Comité Técnico Regional de Obras Hidráulicas en las que se hubiera tomado la decisión de ampliar el desfogue de presas del río Alto Grijalva, en los estados de Tabasco y Chiapas, realizadas del 1o. de agosto al 11 de octubre de 2010.

En la solicitud dirigida a la Conagua la autoridad reservó la información con fundamento en diversas causales de clasificación, entre ellas poner en riesgo la seguridad nacional, la vida y la salud de las personas, así como la posible afectación a un proceso deliberativo asociado a la construcción de unos túneles.

Durante el trámite del recurso, el comisionado ponente Ángel Trinidad Zaldívar celebró una audiencia para revisar la documentación, de la cual derivó que dicha autoridad decidiera brindar acceso a versiones públicas. Sin embargo, se mantuvieron clasificadas algunas partes bajo el argumento de que su publicidad podría causar daño a las estrategias procesales, así como afectaciones a un procedimiento que no había causado estado, relativo a una queja interpuesta ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Por su parte, la respuesta de la CFE se orientó a pedir la información a la Conagua, por ser la responsable de esta documentación. Ante la queja del particular, la CFE reconoció tener información al respecto, argumentando su reserva por las mismas causales que la Conagua, relacionadas con un posible daño a la seguridad nacional, la vida y la salud de las personas, así como al desarrollo de un proceso deliberativo porque los acuerdos estaban en seguimiento y ejecución.

Para entender la importancia de la información requerida es necesario hacer referencia al contexto climático que se presenta anualmente en Tabasco, en donde se tiene un grave y constante problema de inundaciones por fuertes tormentas que generan desastres y situaciones de emergencia en la zona.

Al respecto, en un estudio realizado en 2014 por el Instituto de Ingeniería de la UNAM y la Conagua sobre un proyecto hidrológico para proteger a la población de inundaciones y aprovechar mejor el agua potable, se destaca que:

Por su situación geográfica la República Mexicana se ve afectada por lluvias derivadas de diversos fenómenos hidrometeorológicos... Prácticamente cada año, se producen inundaciones derivadas del desbordamiento de los grandes ríos... El 35% del agua disponible en México se concentra en el Estado de Tabasco y es la entidad que recibe mayor cantidad de lluvia... Las regiones del país más vulnerables son donde el periodo de lluvias es más prolongado y abundante, como sucede en la llanura tabasqueña donde los ríos son permanentemente caudalosos... De acuerdo con la [Conagua] la precipitación anual que ocurre en la región se encuentra entre las más altas del mundo (2750 milímetros en la zona costera y hasta 4000 en las estribaciones de las sierras), siendo en consecuencia la más alta en la República Mexicana (Conagua, 2014: 2, 3 y 6).

El manejo de las presas en relación con los niveles de los ríos en esta entidad federativa implica la toma de decisiones complejas de las autoridades, debiendo sustentar su actuación en información técnica, hidrológica, climatológica y meteorológica, ya que, como apunta el estudio citado, “las inundaciones son fenómenos naturales que se convierten en riesgo cuando las poblaciones se encuentran dentro de las llanuras de inundación” (Conagua, 2014: 1).

En ese sentido, la publicidad de los documentos pedidos era relevante porque daba cuenta de los debates que resultaron en una decisión pública



MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

respecto del control de presas, para asegurar que no ocurriese una falla hidrológica que pusiera en riesgo la seguridad de las instalaciones, lo cual podía suceder si el almacenamiento de agua sobrepasaba el nivel de las cortinas, provocando efectos no controlables y pudiendo causar daño a la población.

36 Para ambos casos, los comisionados del entonces IFAI determinaron revocar la clasificación de la información que sí poseían, ordenando su entrega en versión íntegra, sin testar ningún dato.⁴

● En dichas resoluciones se hizo referencia a lo dispuesto en la Ley de
○ Aguas Nacionales (LAN, 2016, artículo 7o. bis, fracción II, y capítulo V),
● que establece que la descentralización y mejoramiento de la gestión de los recursos hídricos es de interés público, debiendo participar no sólo las autoridades de la materia de los tres órdenes de gobierno, sino también los usuarios del agua y las organizaciones de la sociedad civil en la toma de decisiones y asunción de compromisos, lo que dejaba en claro que el tema del agua requiere la colaboración de la sociedad y que es necesario que ésta cuente con información para participar.

En estas decisiones se destacó uno de los principios que sustentan la política hídrica nacional, el cual refiere al derecho de la sociedad a contar con información oportuna, plena y fidedigna acerca de la ocurrencia, disponibilidad y necesidades de agua en cantidad y calidad, en el espacio geográfico, y en el tiempo, así como a la relacionada con fenómenos del ciclo hidrológico, los inventarios de usos y usuarios, cuerpos de agua, infraestructura hidráulica y equipamiento diverso necesario para realizar dicha gestión (LAN, artículo 14 bis 5, fracción XIX).

El agua constituye un recurso natural que a todas las personas compete cuidar, además de estar preparadas para afrontar los fenómenos naturales relacionados con ella. Por estas razones, es fundamental que la ciudadanía tenga información para tomar decisiones, vigilar las acciones públicas y colaborar responsablemente.

⁴ En el expediente 7455/10 en contra de la Conagua, el Pleno del IFAI resolvió revocar la reserva respecto de 11 minutas y 25 versiones estenográficas instruyendo a su entrega en versión íntegra. En el caso 7295/10 en contra de la CFE, el mismo organismo determinó revocar la reserva de 10 minutas y entregarlas en versión íntegra. Al tener como antecedente el caso de la Conagua en el que se reportaron 11 minutas, y debido a que ambas autoridades formaban parte del mismo Comité Técnico, se le instruyó a la CFE a aclarar la razón de la discrepancia en cuanto al número de minutas en su poder. Ambos asuntos fueron aprobados por los integrantes del Pleno, con voto particular de una comisionada.

2. Información para un ambiente sano y para proteger la vida y la salud

De acuerdo con la legislación general y federal en materia de transparencia vigente, en su aplicación e interpretación imperará el principio de máxima publicidad, y en congruencia con la reforma de derechos humanos de 2011, también deberá tomarse en cuenta el principio pro persona que favorece una protección más amplia para los titulares de derechos, acorde con la Constitución, los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y las resoluciones vinculantes que emitan los órganos nacionales e internacionales especializados (LGTAIP, artículo 7o., y LFTAIP, artículo 6o.).

37

En el caso de información ambiental, por regla general se debe garantizar su consulta, porque encuadra en la definición legal de *información de interés público*, que se refiere a toda aquella que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad, en contraste con la información de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados (LGTAIP, artículo 3o., fracción XII).

La información ambiental es un claro supuesto de la prevalencia de la máxima publicidad y de la interpretación en favor de las personas, ya que sobre cualquier límite al acceso debe imperar su difusión. El cuidado del medio ambiente involucra a toda la sociedad y su vulneración causa impacto en otras prerrogativas, como la vida, la salud, la seguridad o el equilibrio del entorno en donde se vive.

Otro ejemplo representativo del peso que tiene el interés público en materia de información ambiental es el caso en contra del Instituto Politécnico Nacional (Recurso de Revisión 3786/10), promovido por el Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A. C. (CEMDA).⁵ En él se pedían los resultados del diagnóstico integral de la calidad del agua y para el saneamiento de los ríos Atoyac, Zaguapan y Alseseca en los estados de Tlaxcala y Puebla, realizado por la Escuela Superior de Ingeniería Química e Industrias Extractivas (ESIQIE) del IPN con la ayuda del gobierno de Tlaxcala.

La contaminación en el río Atoyac es un problema ambiental grave, lo que se ha traducido en altos riesgos para la salud y la vida de las personas,

⁵ El CEMDA es una organización no gubernamental fundada en 1993 que tiene como misión promover el derecho a un ambiente sano, así como su defensa mediante el desarrollo y cumplimiento efectivo de la legislación y las políticas públicas. Véase <http://www.cemda.org.mx/>.

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

así como para las especies que habitan en ese lugar. Sobre este caso, el Tribunal Latinoamericano del Agua señaló:

38

Existe una intensa actividad industrial a lo largo de la cuenca del río Atoyac, la cual está produciendo una elevada contaminación con presencia de sustancias químicas nocivas para la vida del río y de las personas que hacen uso de las aguas con diversos fines. Existen evidencias de la pérdida de biodiversidad en el río, la muerte masiva de los peces y riesgos para los seres humanos que consumen esta agua o los productos cultivados en el área (Tribunal Latinoamericano del Agua, 2006: 2).

-
- La problemática se mantiene vigente, ya que en 2017 la CNDH emitió una recomendación para que las autoridades tomaran medidas para su saneamiento y frenar su daño. En esta determinación se reconoce la omisión de las autoridades al mencionar que:
-

258. Del contenido de los informes rendidos por las autoridades, se observa la omisión de éstas para generar, procesar y conservar todos aquellos datos relacionados con los más de 40 contaminantes que son vertidos sistemáticamente en el Río Atoyac, ni de generar información preventiva sobre los riesgos que representan para la salud humana y el medio ambiente, así como cuantas descargas existen de facto, entre otros, a fin de que la sociedad cuente con elementos que le permitan el acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente y estar en posibilidades de conocer aquellas actividades que le afectan o puedan afectar (Recomendación núm. 10/2017, numeral 258).

En el caso en cuestión, el IPN clasificó el diagnóstico por cinco años, atendiendo a una cláusula de confidencialidad prevista en el convenio de colaboración entre dicho Instituto y el gobierno de Tlaxcala que impedía proporcionar información a terceros sin autorización del Poder Ejecutivo estatal, ya que su divulgación podría poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de las personas, o ser utilizada en perjuicio de la toma de decisiones de su saneamiento.

La negativa de respuesta detonó que el CEMDA interpusiera un recurso de revisión, en cuyo trámite el IPN reiteró los argumentos de clasificación, añadiendo que su difusión podría poner en tela de juicio la confianza de los proyectos encargados, y orientó a que la petición se formulara al gobierno de Tlaxcala.

Se trata de un caso que, tras un arduo camino de litigio, marcó criterio en favor de la apertura de información para defender el derecho a un me-

dio ambiente sano. Desde que fue interpuesto el medio de defensa contra la negativa del IPN, si bien el IFAI no estimó procedente la causal de reserva por un posible riesgo a la vida, la seguridad o la salud de las personas, sí consideró la actualización de un supuesto de clasificación distinto por secreto comercial bajo la motivación de que revelar esta información relacionada con los servicios que dicha institución presta, le podía representar una desventaja competitiva o económica frente a terceros. El IFAI resolvió clasificar el diagnóstico por secreto comercial por doce años, un plazo mayor al propuesto originalmente por el IPN de cinco años.

La decisión de mantener clasificada la información requerida fue adoptada por la mayoría de los integrantes del Pleno, con posición en contra de dos comisionados que se inclinaron por la apertura para que prevaleciera el derecho a saber por tratarse de información de interés público, aunado a que dicha información estaba ligada a un grave problema de contaminación del agua que ponía en riesgo la salud y la vida de las personas.

El comisionado Ángel Trinidad Zaldívar, quien discrepó con el sentido del caso, argumentó que era justamente la no revelación de la información solicitada la que ponía en peligro la salud de los pobladores de la cuenca de los ríos, y que esta negativa, a su vez, privaba a los habitantes de la posibilidad de prevenir afectaciones a su salud y a su vida causadas por la falta de información respecto al estado de los ríos (Recurso de Revisión 3786/10). El comisionado Trinidad pronosticó que dicha decisión sentaría un precedente desfavorable para el acceso a la información ambiental, al considerar por encima del interés público de conocer, los resultados del supuesto daño que se generaría al IPN como proveedor de un servicio, especialmente tomando en cuenta que no se actualizaba causal de clasificación alguna (Recurso de Revisión 3786/10).

El debate que generó este caso fue tal que dio lugar a un camino de impugnaciones ante el Poder Judicial de la Federación, agotadas hasta la última instancia, para alcanzar la publicidad del diagnóstico en cuestión. El CEMDA promovió un juicio de amparo ante un juez de distrito en materia administrativa, quien resolvió en favor de la organización de la sociedad civil para que el entonces IFAI emitiera una nueva resolución sin considerar la causal de clasificación de secreto comercial, argumentando que:

...el resultado de la investigación no podía ser utilizada para fines comerciales, sino solo como una herramienta para conocer el grado de contaminación de una afluente hidrológica, con la finalidad de instrumentar las medidas correctivas necesarias para mejorar el medio ambiente [Por lo que] no es susceptible de representar una ventaja competitiva frente a otros competi-

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

dores, dada por una parte su naturaleza [del IPN como entidad pública] y que solo puede servir para la planeación de acciones de gobierno en pro del medio ambiente (Amparo Indirecto 1810/2010).

40 Ante la impugnación de esta sentencia, el Poder Judicial de la Federación conoció nuevamente el caso en segunda instancia. El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito confirmó la sentencia de primera instancia, concediendo la razón al CEMDA e instruyendo al Instituto a emitir una nueva resolución sin tomar en cuenta el argumento de secreto comercial para impedir el acceso a la información (Amparo en Revisión R. A. 146/2011).

● En cumplimiento a la ejecutoria del amparo en revisión antes referido fue que el IFAI dejó sin efectos su primera determinación, en la que negaba el acceso, para resolver por unanimidad la entrega del diagnóstico, concluyendo que:

La información referida al medio ambiente reviste una naturaleza eminentemente pública, por tratarse de información que está directamente relacionada con el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado —artículo 4o. constitucional—, y que implica una obligación a cargo de los entes públicos que cuenten con ella en sus archivos, de ponerla a disposición de todas las personas, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6o. constitucional (Recurso de Revisión 3786/10 bis).

El asunto sobre los resultados del diagnóstico integral de la calidad del agua y para el saneamiento de los ríos Atoyac, Zaguapan y Alseseca, en Tlaxcala y Puebla, fue precedente pionero en favor de la apertura de información ambiental por razones de interés público, dando pauta para que, en casos similares subsecuentes, el Pleno del Instituto priorizara el acceso sobre su clasificación.

La reiteración de resoluciones en ese mismo sentido dio lugar a que este órgano colegiado dictara un criterio de interpretación sobre la publicidad de la información medioambiental que, aunque no es obligatorio, sí es referente para el análisis de este tema, en el cual se establece que:

Por regla general no es susceptible de clasificación por revestir un interés público y colectivo. En términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de lo suscrito y ratificado por México en diversos instrumentos internacionales, toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. Dichas disposiciones otorgan a este derecho humano un carácter colectivo, en razón de que todos

los integrantes de la sociedad son titulares de este derecho, además de que el medio ambiente es un fenómeno en el que todos tienen participación e interés, y la acción de cualquier persona, física o jurídico colectiva, afecta directamente a la sociedad en su conjunto. Así, las dependencias y entidades deben otorgar acceso a la información de carácter medioambiental que obre en sus archivos, en atención al interés público y colectivo que existe en conocer información sobre temas que pudieran afectar a la comunidad o al ambiente en general, protegiendo únicamente la información que pudiere estar clasificada en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (Criterio 4/13).

41

El problema de contaminación en el río Atoyac persiste y el acceso a la información sigue encontrando trabas para la sociedad que busca exigir y actuar en su rescate. Es el caso de la asociación civil poblana Dale la Cara al Atoyac que, en septiembre de 2018, después de año y medio de impulsar un litigio estratégico, logró obtener por medio del amparo el título de concesión por el cual el Sistema Operador de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Puebla (SOAPAP) entregó el servicio a la empresa Agua de Puebla, información que permite dar seguimiento a las responsabilidades de saneamiento del afluente⁶ (Juárez Martínez, 2018). Respecto de este caso, es importante destacar que en las leyes de transparencia se prevé la publicidad, sin necesidad de solicitud, en los portales de Internet de las concesiones, especificando su objeto, el titular, su vigencia, términos, condiciones, entre otros datos (LGTAIP, artículo 70, fracción XXVII).

Por regla general la información es pública, y más aún tratándose de temas ambientales, imperando el interés público sobre su clasificación, de tal suerte que las excepciones al acceso a la información deben invocarse de manera restrictiva.

De acuerdo con la legislación general y federal de transparencia vigente, los sujetos obligados que pretendan emitir una respuesta negativa tienen la carga de la prueba de acreditar la procedencia de alguna de las causales de clasificación (LGTAIP, artículo 105, y LFTAIP, artículo 103). Por ello, se estableció en los “Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas”, de 2016, que la protección de la información se debe realizar analizando caso por caso, mediante la aplicación de una prueba de daño y de interés público (artículo 6o.).

⁶ Juicio 303/2017, Juzgado Tercero Administrativo en Materia Administrativa en la Ciudad de México.

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

42 Para configurar la prueba de daño, los sujetos obligados deben demostrar tres elementos: *a*) que la información a divulgar represente un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional; *b*) que el riesgo de perjuicio que supondría su difusión es mayor al interés público general de que la información se conozca, y *c*) que la limitación de dar acceso sea acorde con el principio de proporcionalidad y represente el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio (“Lineamientos generales en materia de clasificación...”, artículo 33).

● Por su parte, los organismos garantes de transparencia, al resolver los
○ casos que se les presentan, deben aplicar una prueba de interés público
● cuando exista una colisión de derechos con base en el análisis de los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁷ (LGTAIP, artículo 149, y Tesis I.4o.A.70 K, T. C.). La prueba de interés público se refiere a:

La argumentación y fundamentación realizada por los organismos garantes, mediante un ejercicio de ponderación, tendiente a acreditar que el beneficio que reporta dar a conocer la información confidencial pedida o solicitada es mayor a la invasión que su divulgación genera en los derechos de las personas (“Lineamientos generales de clasificación”, numeral 2, fracción XIV).

La apertura de la información tendrá mayor peso sobre su reserva o confidencialidad cuando su difusión genera más ventajas que su secrecía.

En el caso de la información ambiental, sin duda son mayores los beneficios que brinda el derecho a saber las decisiones públicas, atendiendo a que el medio ambiente es de interés colectivo y cualquier impacto en él afecta en conjunto a la sociedad.

Como se estableció por la Primera Sala de la SCJN, en sentencia dictada en amparo en revisión,

El medio ambiente, y en general el entorno ecológico, son fenómenos colectivos que afectan y conciernen a todos, pues son condiciones naturales que se requieren para el adecuado desarrollo de las personas, su salud, y en general tienen un impacto en múltiples aspectos de la vida nacional... Así, en nuestro sistema jurídico, el medio ambiente es un tema de interés públi-

⁷ Por *idoneidad* se entiende la legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido; la *necesidad* se refiere a la falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información para satisfacer el interés público; la *proporcionalidad* tiene que ver con el equilibrio entre daño y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.

EL DERECHO A SABER INFORMACIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO

co y colectivo respecto del cual se ha reconocido un derecho transindividual del que son titulares todos los integrantes de la sociedad, de ahí que la información que acerca del mismo posea el Estado sea información que, por ello, es información pública (Amparo en Revisión 628/2008).

De acuerdo con lo anterior, cualquier acción o situación relativa al medio ambiente que involucre a los entes públicos, e incluso privados que se vinculen en las actividades gubernamentales sobre este derecho humano, debe ser del conocimiento de todos y estar sujeto al escrutinio público.

43

V. CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la información incide en el desarrollo democrático del país al ser un medio fundamental para la toma de decisiones: facilita la participación ciudadana en el ámbito público, incentiva los mecanismos de evaluación y favorece la transparencia y la rendición de cuentas.

El acceso a la información tiene la virtud de potenciar el ejercicio de otros derechos. Si bien genera beneficios directos a quien lo usa porque le facilita información para su toma de decisiones ordinaria, sin duda su mayor valor radica en contribuir a garantizar otras prerrogativas, como es el caso del derecho ambiental, así como en proporcionar insumos a la ciudadanía para fomentar su participación y vigilancia del actuar público.

En el caso del derecho a saber sobre información ambiental, el acceso a la información busca fomentar una participación efectiva de la ciudadanía en este ámbito para generar políticas públicas en beneficio de la colectividad.

Con el análisis de los casos presentados se muestra la utilidad que brinda el acceso a la información en favor del derecho ambiental, ya que mediante la apertura de documentos de interés público de este tipo es posible observar el alcance que puede tener el derecho a saber en la sociedad para mejorar su calidad de vida.

La información es un presupuesto básico para formar conciencia del actuar de los ciudadanos frente a su entorno y hacerlos responsables de sus actos, pues permite conocer las condiciones de los sitios donde se vive; da la alternativa de prevenir desastres; abre la posibilidad de medir riesgos; brinda elementos para reaccionar ante contingencias, y, sin duda, ayuda a tomar mejores decisiones y a participar activamente, así como a supervisar el desempeño de los servidores públicos y de la gestión gubernamental.

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

El conocimiento basado en información permite comprender la realidad y dimensionar el impacto que las acciones tienen en el medio ambiente. Sólo podremos revertir los daños ocasionados y prevenir otros, si se cambia el curso de lo que se hace y de cómo se hace con una visión informada, consciente, responsable, colaborativa, integral y colectiva.

44

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

•
○
•
ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, 2004, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., España, Trotta.

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, 2000, *El acceso a la información como derecho*, Argentina, Centro de Estudios Sociales y Legales.

FOX, Jonathan *et al.* (coords.), 2007, *Derecho a saber. Balances y perspectivas cívicas*, México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación.

LEZAMA AGUILAR, Rodolfo E., 2007, “El derecho de acceso a la información en materia política: su ejercicio, defensa y protección en el ordenamiento electoral federal”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 9, enero-junio.

MARTÍ CAPITANACHI, Luz del Carmen, 2007, *Democracia y derecho a la información*, México, Porrúa.

SCHEDLER, Andreas, 2015, “¿Qué es la rendición de cuentas?”, *Cuadernos de Transparencia*, México, IFAI-INAI, núm. 3.

VILLANUEVA, Ernesto, 2004, *Temas selectos de derecho de la información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2. Hemerografía e informes

COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (Conagua), 2014, *Informe final. Estudio para el proyecto hidrológico para proteger a la población de inundaciones y aprovechar mejor el agua potable (PROHTAB)*, México, disponible en: <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Contenido/Documentos/Capitulo10prohtab.pdf>.

JUÁREZ MARTÍNEZ, Diana, 2018, “Por orden de juez, SOAPAP entrega título de concesión del agua en Puebla”, *Angulo 7*, 26 de septiembre, dispo-

nible en: <https://www.angulo7.com.mx/2018/09/26/juez-ordena-al-soapap-entregarle-titulo-de-concesion-del-agua/>.

3. Instrumentos internacionales

COMISIÓN ECONÓMICA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EUROPA (CEPE), 1998, “Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, Aarhus, Dinamarca, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aahrus.pdf.

45

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), 1969, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2015, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2000, Declaración del Milenio, disponible en: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 1992, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 1972, Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, Suecia, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL AMBIENTE (PNUMA), 2010, “Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, Bali, Indonesia, disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/pages/files/bali_guidelines_spanish.pdf.

4. Tesis y criterios

Criterio 4/13, 2013, *Información medioambiental. Por regla general no es susceptible de clasificación por revestir un interés público y colectivo*, Mé-

MARINA ALICIA SAN MARTÍN REBOLLOSO

xico, IFAI, disponible en: <http://criteriosdeinterpretacion.inai.org.mx/Criterios/04-13.docx>.

Tesis I.4o.A.70 K, T. C., *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006.

Tesis I.8o.A.131, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007.

46 Tesis P.XLV/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, diciembre de 2000.

● ○ ● 5. Resoluciones de organismos internacionales

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA, 2006, *Caso: contaminación industrial en los ríos Atoyac y Xochiac. Estados de Tlaxcala y Puebla. República mexicana*, México, disponible en: <http://tragua.com/wp-content/uploads/2012/04/R%C3%ADo-Atoyac-final.pdf>.

6. Resoluciones de órganos nacionales

Amparo en Revisión 628/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=101354>.

Amparo en Revisión R. A. 146/2011, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México, disponible en: <http://cemda.org.mx/pdfs/Sentencia-Amparo-en-Revision-146-11-ATOYAC-IFAI.pdf>.

Juicio de Amparo Indirecto 1810/2010, Juez Decimosegunda de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, México, disponible en: <http://cemda.org.mx/pdfs/Sentencia-Juicio-de-Amparo-Indirecto-1810-10-ATOYAC-IFAI.pdf>.

Recomendación 10/2017, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_010.pdf.

EL DERECHO A SABER INFORMACIÓN AMBIENTAL EN MÉXICO

Recurso de Revisión 3786/10, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, disponible en: <http://cemda.org.mx/pdfs/Resolucion-Recurso-de-Revision-3786-10-IFAI.pdf>.

Recurso de Revisión 3786/10 bis, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, disponible en: <http://consultas.inai.org.mx/descargar.php?r=.%2Fpdf/resoluciones/2010/&a=3786.pdf>.

Recurso de Revisión 7295/10, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, disponible en: http://consultas.ifai.org.mx/pdf/resoluciones/2010/votos/7295_1.pdf. 47

Recurso de Revisión 7455/10, Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, México, disponible en: http://consultas.ifai.org.mx/pdf/resoluciones/2010/votos/7455_1.pdf. ●
○
●

EL INTERNET EN LA ERA TRUMP: APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A UNA NUEVA REALIDAD *INTERNET IN THE TRUMP ERA: A CONSTITUTIONAL APPROACH TO A NEW REALITY*



*Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO**

RESUMEN. En este trabajo se analiza, desde el derecho constitucional, el principio de neutralidad de Internet. Dicho principio es garantía de imparcialidad e igual trato en relación con los contenidos, el origen y acceso del tráfico en Internet y la interconectividad entre los distintos sistemas y tecnologías de la red. Se analizará también el impacto que las políticas y la forma de hacer política del presidente Donald Trump podría representar para la red por la revocación de la neutralidad de Internet por parte de la *Federal Communications Commission* (FCC, por sus siglas en inglés), así como por la expansión de la posverdad. El artículo comienza con una aproximación sobre cómo el derecho constitucional afronta hoy el reto tecnológico de Internet, para luego analizar la neutralidad en su doble dimensión sustantiva y formal (o tecnológica), y concluir con algunas consideraciones acerca de las transformaciones y riesgos que puede generar el nuevo giro de la administración de Trump en la democracia.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional, Trump, neutralidad de la red, posverdad, democracia.

ABSTRACT. *This work analyses the principle of Internet neutrality from the scope of Constitutional Law. This principle is a guaran-*

* Profesor titular en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada; juanfco@ugr.es.

Fecha de recepción: 07 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 18 de julio de 2019.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

tee for impartiality and equal treatment in relation to the contents, origin and access to Internet traffic, as well as the interconnectivity between different network systems and technologies. It also analyzes how Donald Trump's policies and politics may have an impact on the network, given the revocation of Internet neutrality by the Federal Communications Commission (FCC), as well as the expansion of post-truth. The article starts with a brief approximation about how Constitutional Law faces today the Internet technological challenge, to later analyze neutrality in its double substantive and formal (or technological) dimension and concludes with several considerations about the transformations and risks that Trump's administration might represent for democracy.

50

●
○
●

KEY WORDS. *Constitutional Law, Trump, net neutrality, post-truth, democracy.*

I. INTRODUCCIÓN

Aunque hablar de una *era Trump* puede resultar pretencioso y excesivo (pues falta perspectiva histórica), sí que sirve para alertar sobre un tiempo de cambios más allá de la lógica de nuevos programas políticos tras procesos electorales, y en antesala de un periodo con características propias y distintas frente al anterior;¹ y en tal sentido (para estas páginas) al respecto de Internet, a tenor de la revocación de la neutralidad de Internet por parte de la Federal Communications Commission de Norteamérica (en adelante, FCC), como por la expansión de la posverdad y la manipulación política en las redes a la sombra de la acción del referido presidente.

Se propone el estudio sobre cómo las políticas de Donald Trump, e incluso su propia forma de hacer política, pueden transformar al Internet, y en concreto a la neutralidad sustantiva y formal que se habría alcanzado jurídicamente durante estos años. A su vez, se estudia cómo ello puede repercutir más allá de las fronteras norteamericanas, especialmente en Europa

¹ A dos años de la investidura de Donald Trump (20/01/2017), sus propuestas restrictivas en inmigración y asilo, su negación frente al cambio climático, su vuelta al proteccionismo económico y su exaltación nacionalista a nivel internacional, así como el desmantelamiento de políticas sociales previas y el impulso de rebajas fiscales a favor de quienes más tienen (entre otras políticas), suponen ya transformaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas internas y externas de innegable trascendencia constitucional; de ahí, entonces, el planteamiento sobre una “era Trump”.

(donde se ha mantenido durante años cierto continuismo de las políticas norteamericanas al respecto).

Se comenzará con una breve aproximación a la forma en cómo el derecho constitucional afronta hoy retos tecnológicos como es Internet, para luego continuar con el principio de neutralidad en su dimensión sustantiva y formal, y con el impacto que para tal principio puede suponer tanto la expansión de la posverdad en las redes como su desmantelamiento por la FCC. Finalmente, se verterán algunas consideraciones acerca de las transformaciones y riesgos que el modelo de red desarrollado en las políticas de Trump pueda tener sobre la democracia.

51

II. DERECHO CONSTITUCIONAL E INTERNET

Si el derecho tiene por función esencial regular relaciones intersubjetivas, el derecho constitucional entronca ahora con relaciones de poder (Cabo, 1988), las cuales, hasta no hace demasiado, se concentraban en Constituciones normativas del ámbito estatal (entre otros, Fioravanti, 2011). Sin embargo, desde el impulso de la globalización, dichas relaciones se han abierto a un derecho complejo y compuesto,² de manera que el derecho constitucional deja de girar exclusivamente en torno a perspectivas constitucionales estatales para reconfigurarse desde un enfoque más dinámico y dialéctico en relación con procesos de cooperación internacional e integración, y desde una dimensión comparada y cultural (Sánchez Barrilao, 2014a: 55).

Tomando en cuenta el contexto anterior, y a modo de un hipotético derecho constitucional globalizado,³ es que, por un lado, cambios drásticos políticos y jurídicos (que parecen no tener reflejo directo en reformas constitucionales) inciden positiva o negativamente en el derecho constitucional. Y, por otro lado, que tales cambios si se dan en determinados espacios políticos y jurídicos de especial posicionamiento y proyección en el marco globalizado (como es el de EE.UU.), también pueden incidir en ordenamientos constitucionales propios de otros espacios, en atención a su constante comunicación y compartición jurídico-cultural.⁴ Así, una nueva forma de entender el derecho constitucional toma singular proyección cuando se trata de objetos de carácter global, como el mercado, el medio ambiente, los procesos migratorios o el mismo Internet (Sánchez Barrilao, 2004: 241).

² A partir de las tesis de Häberle, véase Balaguer (2010: 189).

³ Desde el llamado derecho globalizado, según Cassese (2009).

⁴ Desde esta perspectiva, véase a Pizzorusso (2005: 313, y 2009: 231). Caso distinto es atender al análisis propiamente comparado de regímenes jurídicos diversos.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Desde esta perspectiva, se propone una aproximación a las transformaciones que se plantean sobre el régimen jurídico-constitucional de Internet en relación con su neutralidad sustantiva, ya sea formal o técnica. Lo anterior debe abordarse desde el paradigma tecnológico y tomando en cuenta su carácter extremadamente cambiante y abierto, de modo que se observe la fluidez del progreso tecnológico e informático en sus interacciones con el derecho constitucional.⁵

52

En este sentido, Internet y el desarrollo de las redes ocupan, desde hace tiempo, un lugar cada vez más distinguido a nivel constitucional en razón de los rápidos cambios transversales que en la realidad se están originando (Sánchez Barrilao, 2016a: 225), como acontece en relación con la neutralidad de Internet (véase Rodríguez García, 2011: 100-102), en cuanto que, particularmente, garantiza imparcialidad e igual trato del tráfico de la red en relación con los contenidos, su origen y su acceso, como de la interconectividad de sistemas y tecnologías en la red (Sánchez Barrilao, 2016b: 197),⁶ y generalmente, a tenor de la preocupación del ejercicio del poder y de los derechos y las libertades de las personas, pues con ocasión del Internet (entendido en el contexto del progreso informático y la globalización) aparecen nuevos sujetos a su alrededor, así como nuevas formas de entenderlo y ejercerlo.⁷

A lo anterior se suma el carácter meramente *regulador* con el que se caracteriza a la acción pública actualmente, de acuerdo con el cual los poderes públicos renuncian a proveer directamente servicios públicos a la ciudadanía y éstos quedan en manos de particulares, pero manteniendo cierto control en aras de garantizar un interés público y general (Parejo, 2016: cap. III).

Asumiendo el retroceso de los poderes públicos ante una participación cada vez mayor de particulares en la gestión de espacios y servicios públicos, y coincidiendo en el déficit de herramientas y capacidades públicas de la red que ello conlleva, ya no debe mantenerse cierto control sobre Internet (pues en estricto sentido nunca lo han tenido), sino conquistar, verdadera y progresivamente, posiciones políticas y jurídicas en un espacio protagonizado primero por los propios internautas, y pos-

⁵ Y es que el derecho tiende a avanzar a rebufo del progreso tecnológico (Sánchez Barrilao, 2005: 257).

⁶ Se busca que tal consideración de la neutralidad lleve principalmente a contemplar las amenazas que la sobrevuelan, más que a reconsiderar su carácter constitucional.

⁷ Acerca del conflicto entre ciudadanos y corporaciones privadas respecto de Internet como uno de los grandes temas a resolver desde el derecho constitucional hoy, Aguilar (2017: 430).

teriormente por los proveedores (como se abordará más adelante), pero principalmente como área de acción humana en derechos, libertades y responsabilidades privadas y públicas (Pérez Luño, 2011: 322; Luciani, 2018). Es decir, un espacio de relaciones en conflicto que reflejan los diversos intereses y formas de entenderlo y conformarlo según internautas y proveedores (Esteve Pardo, 2013: 123).

Dicho espacio, independientemente de su virtualidad, es hoy ya una auténtica realidad sobre la que, indiferentemente de sus concepciones positivas o negativas,⁸ los poderes públicos están legítimamente llamados a actuar conforme a un fin público general y abstracto, con el que recomponer (superponiéndose a intereses y actores particulares) la acción pública (Esteve Pardo, 2013: 183).⁹

Con ello se está haciendo referencia a un principio jurídico que gana cada día mayor incidencia en el derecho público y constitucional respecto de las relaciones de los poderes públicos con los sujetos privados en el contexto de la globalización: la subsidiariedad en su dimensión horizontal (Sánchez Barrilao, 2014b: 627). Este principio insta a que las decisiones sobre determinadas materias sean adoptadas por la sociedad civil o determinados sujetos privados en vez de los poderes públicos y, siguiendo a Ridola, a modo de cláusula de limitación de intervención de éstos (2001: 221; y 2010: 361). De esta forma es que se pueda hablar de expansión de la subsidiariedad como criterio relacional entre lo público y lo no público, buscando promover y garantizar ciertos ámbitos a favor del segundo, y fomentando así heterogéneos procesos de autorregulación.¹⁰

⁸ Sobre la dualidad cultural de la tecnología, véase Winner (2001: 55).

⁹ Dada la fáctica realidad informática y digital que supone Internet, así como su pluralidad ordinamental (Casanovas, 2003: 12), se entiende la necesidad de *redirigir*, más que de inhibir, el desarrollo de Internet, sin perjuicio de advertir potenciales límites jurídicos ante la generación de daños y riesgos, especialmente con relación con derechos y libertades. Véase, por ejemplo, Pérez Luño (2005: 230).

¹⁰ Por ejemplo: Esteve Pardo (2002) y Simonetti (2009). Y ello por tratarse sobre ciertos colectivos cuyos miembros se consideran sujetos preferentes respecto a cómo determinar sus propias relaciones y conducta, como sucede hace tiempo con la autorregulación en Internet (Teubner, 2004: 3); ya por referirse a materias muy técnicas (incluso tecnológicas), en las que expertos y técnicos se presentan como mejor llamados a decidir y regularlas, como también acontece respecto de Internet sobre las llamadas “normas técnicas” y el principio de subsidiariedad (Salmoni, 2001: 89-95, y especialmente 337-342; Penasa 2012: 159-165); o ya por tratar sobre materias y actividades que actúan a nivel global, de manera que sus actores o protagonistas se presentan como sujetos privilegiados a fin de determinar su ordenación y normación, como acontece con el comercio internacional e Internet (Miguel Asensio, 2003: 47-84, y en especial párrafos 13-30).



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

54 ●
○
● Debe tenerse en mente tal dimensión de la subsidiariedad, previniendo de su carácter más corporativo que democrático y plural (el cual se refleja en no pocos casos) (Ridola, 2001: 221-226), a la hora de conjugar adecuadamente la subsidiariedad horizontal en relación con la definición de intereses generales y desde criterios y procedimientos democrático-pluralistas; de ahí que se presuponga una mayor capacidad a los poderes públicos para redefinir (en última instancia de manera unilateral) las relaciones entre éstos y los sujetos privados en atención al paradigma de la promoción y la garantía de intereses generales y abstractos política y democráticamente establecidos (como precisamente acontece con la neutralidad en su dimensión más técnica o formal al respecto del mercado) (véase a Muñoz Machado, 2000: 55-61).

III. DE LA NEUTRALIDAD SUSTANTIVA DE INTERNET TRAS LA POSVERDAD EN LAS REDES

Como es conocido, el origen de Internet se remonta a la investigación en redes de conmutación de paquetes de información (ARPANET) dentro del ámbito de la administración militar norteamericana (a la que se sumarían luego otras instituciones gubernamentales y universitarias). A fin de evitar el riesgo de aislamiento de una parte del sistema de defensa ante un ataque externo, se buscó garantizar que la información llegara a su destino aunque parte de la red estuviera destruida (Hafner y Lyon, 1998).

Es así que el origen de Internet conformará su carácter no controlable, caótico incluso (Muñoz Machado, 2000: 31, 34 y 37).¹¹ A partir de ese momento, específicamente en una primera fase de su desarrollo y evolución por parte de particulares (en oposición a instituciones públicas), surge el reclamo por éstos de un espacio virtual de autogobierno; una auténtica república digital de internautas sin injerencias de los poderes públicos y bajo un marco autorregulado por aquéllos.¹²

A lo anterior se le habría de sumar cierta apatía por parte de los propios poderes públicos en los primeros momentos de crecimiento de Internet (a diferencia de lo acontecido en el pasado en materia de telecomunicaciones), dejando que fueran los proveedores privados de redes y telecomuni-

¹¹ Como *sociedad anárquica*, véase Frosini, V. (2000: 275).

¹² Muestra popularizada de este momento es la *Declaración de independencia del ciberespacio* (1996), concebida precisamente como respuesta a los primeros intentos de regulación de Internet por los poderes públicos (Barlow, 2009: 241 y 242). Sobre dicha declaración, véase también Pérez Luño (2011: 318-320) o García Mexía (2016: 21).

caciones los que fueran conformando aquél (Olmos, 2016: 344 y 345). No obstante, los Estados finalmente penetraron en dicho espacio virtual a tenor del interés público y general que supone para toda la comunidad, en razón a específicas actividades desarrolladas en Internet que afectan a intereses y bienes jurídicos dignos de la máxima protección pública. En contrapartida a ello, se ha conformado un principio jurídico-constitucional sobre la imparcialidad sustantiva de la regulación pública de Internet, al que se denomina neutralidad sustantiva; es decir, que tal intervención pública en la red ha de llevarse a cabo garantizando que ésta se mantenga como un nuevo espacio digital y plural de expresión, comunicación e información de las personas, en aras de una neutralidad sustantiva o material sobre la red y sus contenidos, así como de las personas que los vierten y visitan.

55

Se enfatiza el carácter de neutralidad sustantiva y material dado que expresa y proyecta (jurídicamente), por un lado, el desarrollo y la expansión de los derechos humanos y derechos fundamentales en la llamada *globalización jurídica* (Frosini, V., 2001-2002: 289),¹³ y por otro, la concepción compuesta, compleja, cooperativa y expansiva del derecho constitucional con ocasión de los derechos y las libertades (Häberle, 2001). Consecuentemente, se da una traslación de la libertad de expresión y la prohibición de censura previa en garantía de un espacio de libertad y pluralismo ideológico, tal como sentaría tempranamente la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del 26 de junio de 1997 en el caso *Communications Decency Act*, en relación con la transformación de las libertades de expresión e información sobre Internet, en tanto se consideró como un nuevo y singular medio de comunicación mundial (Frosini, T. E., 2004: 138-142).¹⁴ O más recientemente, en relación con la limitación de acceso a Internet y a las redes sociales, el pronunciamiento del mismo tribunal del 19 de junio de 2017 en el caso *Packingham v. North Carolina*, el cual supone impedir el acceso al que actualmente es el principal lugar de comunicación social y de obtención e intercambio de información, Internet (Presno Linera, 2017; Butler, 2017: 555).

¹³ Una globalización jurídica que a su vez es consecuencia del desarrollo de Internet, al ser una vía de transmisión mundial de los valores que comprenden éstos en torno a la persona y los respectivos sistemas jurídico-políticos en los que se integra (Pérez Luño, 2007: 488).

¹⁴ Véase Fayos Gardó (1997: 231), Fernández Esteban (1998: 283) y Pérez Luño (2011: 306-308). Sobre la oportunidad de prohibición de acceso a determinados contenidos en Internet, véase el interesante debate que plantea Mathiesen (2008: 573).

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

56 En Europa también se ha reconocido la extensión de la libertad de expresión y comunicación en Internet, como acontece en el caso *Satakunnan Markkinapörssy y Satamedia*, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia del 16 de diciembre de 2008 (Sigüenza Flórez, 2016: 59). A nivel del Consejo de Europa, está la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Ahmet Yildirim contra Turquía*, del 18 de marzo de 2013 (Demanda núm. 3111/10), en la que el Tribunal insiste en la importancia de los sitios webs respecto de la libertad de expresión (y recordando asuntos como *Times Newspapers Ltd contra Reino Unido*, demandas núms. 3002/03 y 23676/03, de 2009), y de aplicaciones informáticas a su servicio, como Google Sites (Bouazza Ariño, 2013: 304 y 305), afirmando que “Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público”.¹⁵

Es así como Internet (y el foro de ideas que fluyen en él, junto con las nuevas posibilidades de acción conjunta y concertada que suponen las redes sociales) ha resultado ser un espacio virtual plural en el que los ciudadanos han ganado mayor capacidad de interacción ante los que ejercen el poder, cualquiera que sea éste (Fusco, 2013: 269). Lo anterior sucede mientras los canales clásicos de televisión y radio están siendo sustituidos por plataformas *streaming* (Muñoz Machado, 2010: 78 y 79), a la par que la prensa, la histórica guardiana y mediadora política de la democracia, pierde cada día mayor presencia e influencia ante los nuevos diarios digitales.

Como ha señalado Castells (2003: 400), se advierten profundos cambios en la política y en los medios de comunicación, especialmente en las formas en como los grupos económicos y mediáticos han entrado en contacto con el mercado de las comunicaciones, con los proveedores de servicios y con los grupos políticos (privados y públicos). Estos cambios son visibles a través de la proliferación de variedad de medios en la era digital, a la par de los procesos de concentración en los medios más tradicionales

¹⁵ Naturalmente lo anterior no significa que dichas libertades se extiendan sin más, salvo concretas adecuaciones a las especificidades que éste supone (altísima capacidad de difusión, bajos costes, anonimato, potencialidad de daño, etcétera), pues dichas especificidades pueden llegar a exigir nuevas formas de entender constitucionalmente estas libertades. Véase Tushnet (§ 54, *in fine*, 2015).

y el desarrollo de nuevas formas de entender las relaciones entre el poder, los medios y los ciudadanos (Castells, 2016: 140-142).¹⁶

En este contexto de cambios es que a su vez se enmarca el enfrentamiento desatado al tiempo entre los tradicionales medios de comunicación y las redes sociales, en particular tras el *Brexit* y las elecciones presidenciales en los Estados Unidos con la victoria de Trump, a la vista de las campañas que se desarrollaron en ambos soportes y votaciones, y con publicación incluso de contenidos e informaciones falsas distorsionando el debate público (entre otros, Allcott y Gentzkow, 2017: 211 y ss.). Y también, desde la relación directa (e intensa) que mantiene el ya presidente de los Estados Unidos con los ciudadanos a través de las redes sociales (y en tanto que auténtico “foro público habilitado”),¹⁷ el desafío público y directo de éste a los medios de comunicación críticos al mismo; y ello, especialmente, mediante una comunicación impulsiva, provocadora y mendaz (a tenor de la publicación de aseveraciones, como poco, no contrastadas).¹⁸

Arribamos de esta forma a la posverdad, como cultura hoy de la falsedad pública y la desinformación en distorsión del debate público, y que, actuando como instrumento del populismo, acaba por alterar una de las bases esenciales de las democracias pluralistas (en tanto que representativas y deliberativas)(por ejemplo, Valadier, 2017: 297 y ss.); todo esto, precisamente, desarrollando Internet y las redes sociales un papel esencial en tal cultura y manera de hacer política (Trejo, 2017: 8-10). De ahí, luego, la extensión de la sospecha sobre Internet y las redes sociales¹⁹ a modo de nueva amenaza sobre la misma democracia pluralista (D’Atena, 2018), y a la sombra de ello, entonces, un riesgo de intervención en los contenidos que por ellas circulan y, por tanto, respecto de su neutralidad sustantiva (según se viene a mostrar).

Ciertamente la posverdad resulta un gran peligro para la democracia pluralista, en especial cuando su potencialidad distorsionadora es impulsada deliberadamente para alterar el normal desarrollo de instituciones

¹⁶ No debe perderse de vista la responsabilidad de los referidos medios clásicos, como desde hace años ya advierte Dworkin (2008: 165 y 166).

¹⁷ Al venir a establecerse un nuevo cauce de comunicación entre el poder público y los ciudadanos. Así, la sentencia del juez federal del Distrito de Nueva York del 23 de mayo de 2008 (en el caso 1:17-cv-05205-NRB), y por la que se considera no conforme a la primera enmienda el bloqueo en Twitter por Trump; sobre ello, Presno (2018).

¹⁸ Con carácter general, acerca del uso de Twitter en la reciente política norteamericana: Ott (2017: 59 y ss.) y Álvarez (2017: 173 y ss.).

¹⁹ Desde esta inquietante perspectiva de sospecha sobre Internet (e incluso sobre su misma neutralidad, distorsionada), Gómez, C. (2017: en especial 26 y 27).



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

democráticas a fin de desestabilizarlas.²⁰ Así, hay propuestas destinadas a combatir tales actuaciones y contenidos en las redes sociales; propuestas que, y aun desde la más estricta proporcionalidad necesaria, pueden suponer restricciones (aun legítimas) a las libertades de expresión, comunicación e información en Internet.²¹ Es el caso, por ejemplo, de Alemania, con ocasión de la *Network Enforcement Act* (o *NetzDG*), del 30 de junio de 2017, contra las *fake news* y la inacción de las redes al respecto, al obligarles a eliminar noticias falsas bajo sanción de elevadísimas multas (Gregorio, 2017: 97 y ss.; y Claussen, 2018: 1 y ss.), y de Francia, con una Ley sobre la lucha contra la manipulación de la información (*Loi 2018-1202*), del 22 de diciembre de 2018, permitiéndose la vigilancia sobre redes sociales y medios extranjeros, la eliminación de noticias falsas en periodo electoral e incluso la suspensión de un canal si se considera que éste puede interferir en los resultados electorales; o a nivel doctrinal, la propuesta de una especie de autoridad independiente de la verdad en las redes que, sobre la base de principios predefinidos, intervenga de manera rápida al respecto (en tal sentido, Pitruzzella, 2018: 26 ss.; mientras, expresamente en contra, Zanon, 2018: 87 ss.).

En este contexto es que la neutralidad sustantiva de Internet entra en riesgo ante un mayor grado de (potencial) control por los poderes públicos frente a la mentira y en garantía de la verdad (Cuniberti, 2017: 26 ss.), cuando esta última nunca ha sido del todo objetiva (por todos, Häberle, 2000) y detrás de tal control cabe vislumbrar riesgos propios respecto de un debate auténticamente público y plural:²² la *amenaza de la posverdad*, entonces, como riesgo en sí mismo (Rubio, 2017: 58 ss.), y como históricamente se manifestara con ocasión de la invención de la imprenta y la ruptura del monopolio de la verdad existente hasta ese momento (y en tanto que base y eje, precisamente, de la misma modernidad).²³ La posverdad,

²⁰ Así, especialmente crítico con dicho fenómeno, Balaguer (2018: 189). Y más, todavía, en caso de que dicha distorsión venga dirigida o fomentada por terceros Estados, de modo que la misma seguridad nacional queda afectada al hilo de las llamadas “amenazas híbridas” (en la que se combinan acciones de desinformación con otras de diverso tipo con las que desestabilizar y subvertir la normalidad democrática); *cfr.*, expresamente, Gobierno de España (2017: 16, 32, 65 y 82); y sobre éste, y en especial acerca de las llamadas “amenazas híbridas”, Ballesteros (2017: especialmente 5 y 8).

²¹ Decimos que “pueden suponer restricciones a las libertades de información y expresión”, por cuanto que también caben otras medidas de tipo tecnológico, en el sentido de limitar herramientas digitales potenciadoras o amplificantes de la posverdad (por ejemplo, limitando con carácter abstracto el reenvío de contenidos).

²² Sobre los riesgos de una verdad en la que no cabe la duda, Zagrebelsky (2017).

²³ De interés, siguiendo a McLuhan, Moya (1979: 7 y ss.).

además, no es sólo un problema de contenidos (pues muchos de los cuales, por sí, no son antijurídicos), sino de la forma y medios a través de los cuales se presentan y proyectan éstos,²⁴ como de la facultad intelectual y de la aptitud cívica de los internautas para interactuar en el nuevo espacio que supone Internet tanto a la hora de evaluar adecuada y críticamente dichos contenidos como al contribuir en los mismos; esto, no se olvide, es una cuestión principalmente cultural y de educación, de modo que la posverdad no puede resolverse final y simplemente mediante limitaciones al ejercicio de derechos y libertades, sino impulsando también políticas públicas en fomento de una cultura y educación digital que permita fundamentar una ciudadanía crítica y activa políticamente ante la nueva realidad democrática digital (Pizzetti, 2017: 58 y 59).²⁵ No en vano la garantía tradicional a nivel constitucional del derecho a recibir información veraz no pasa tanto por una específica garantía de tal veracidad (sin perjuicio de la exigencia jurídica de contrastar la noticia para su emisor, claro), sino por la garantía de una pluralidad informativa que permita al receptor su efectivo y crítico contraste, de modo que sea éste quien, finalmente, acabe por conformar su visión sobre la información o noticia.²⁶ Desde tal perspectiva, entonces, surge el impulso por los poderes públicos de códigos de buenas prácticas en las redes ulteriormente verificables por terceros, como acontece con la propuesta por la Comisión Europea, de abril de 2018, de un código en tal sentido (*Code of Practice on Disinformation*) y de una red europea independiente de verificadores de información, o el mero beneplácito sobre cierta autotutela por los propios internautas mediante la implantación de instrumentos discursivos (como la *First Draft Coalition*).

Pero la garantía de la neutralidad sustantiva de Internet también entronca respecto de los propios prestadores de aplicaciones a la vista de la autorregulación impuesta por éstos (ya como condiciones generales de contratación,²⁷ o meros códigos de conductas y mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos),²⁸ según se aprecia en aplicaciones tan extendidas como Facebook (*Declaración de derechos y responsabilidades y Normas comunitarias*), YouTube (*Términos y condiciones del servicio*, y muy especialmente, *Directrices de contenido adecuado para anunciantes*), o es-

²⁴ Desde esta perspectiva, Magallón (2018).

²⁵ También, Frau-Meigs (2017: 12 y ss.) y Gómez, Á. (2018).

²⁶ Si bien respecto del pluralismo televisivo, ya, Sánchez, J. F. (2009: 153 y 154, y en especial nota 9).

²⁷ De particular interés, al respecto, Cámara (2014).

²⁸ Sobre tales códigos y mecanismos, y sus riesgos para la libertad de expresión, Teruel (2011: en especial 68).



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

pecialmente en Twitter (*Términos de uso*, y en especial *Cumplimiento de nuestra reglas*), y ello, y en particular, desde la influencia social, cultural, económica y política que a través de tales aplicaciones pueden alcanzar determinados sujetos (como es Trump).²⁹ En tal sentido, los proveedores de estas aplicaciones están previendo cada vez más limitaciones al respecto de sus usuarios (a la hora de subir o colgar contenidos, como sobre su retirada de la red), lo que puede llegar a afectar a las libertades de expresión, información y comunicación de éstos, además de su negativa interacción en la conformación de una auténtica opinión pública libre; incluso, específicas herramientas contra noticias falsas comienzan a implantarse en Facebook o Google, a la par que aumentan mecanismos (tanto digitales como humanos) de revisión de contenidos. Claro que el temor de los proveedores de aplicaciones sociales a potenciales responsabilidades públicas derivadas de contenidos elevados por los internautas en ellas permite explicar dichas limitaciones,³⁰ pero esto sin que quepa autorizarse restricciones a modo de censura auto-corporativa por cuanto que, al margen del grado de autodisponibilidad posible en los derechos fundamentales, éstos constituyen precisamente el marco básico desde el que viene configurándose Internet como nuevo espacio de libertad en comunicación, información y expresión (según se ha visto, y del que participan asimismo tales proveedores de aplicaciones), y ello por más que quepa reconocer el riesgo que para el debate público supone la posverdad y la legítima crítica a las redes por su confinada capacidad para desarrollar una comunicación reflexiva (Pinelli, 2017: 41 ss.).

IV. DESMANTELÁNDOSE LA NEUTRALIDAD FORMAL DE INTERNET

A la par que se manifestaba el carácter no del todo controlable de Internet por los poderes públicos en su origen en Estados Unidos (según se ha señalado en el anterior epígrafe), vendría también a evidenciarse la posibilidad de que Internet tuviera *dueño* (segunda mitad de la última década del siglo pasado), conforme a cómo éste venía desarrollándose (creciendo), fundamentalmente a través de líneas telefónicas y cables televisivos privados, planteándose entonces un progresivo control público sobre las mismas

²⁹ Sobre 60 millones, en diversas redes, se calculaban a mediados de 2017 como seguidores de Donald Trump; y ya en 2019, y sólo en Twitter, 59,5 millones.

³⁰ De interés, sobre el régimen de responsabilidad de los intermediarios de Internet en relación con los contenidos (en particular, los prestadores de servicios de alojamiento): Sigüenza (2016: 66-68) y, especialmente, García y Martínez (2016: 225 y ss.).

redes e infraestructuras.³¹ Comenzaba así a exteriorizarse el riesgo de que la red quedase bajo el control y la dependencia fáctica de potenciales monopolios privados en su provisión, según empezaba a materializarse en relación con la posición privilegiada que ocupaban los proveedores de televisión por cable en la provisión de Internet (siguiendo a Lessig, Marsden, 2012: 26). Un problema, por tanto, para la comunidad de internautas, así como de prestadores de servicios y contenidos respecto de una auténtica red libre, pero también para la entera comunidad al hilo del desarrollo de la libertad de expresión en Internet.

De este modo es que, junto a la garantía sustantiva de la red en torno a los contenidos que por ella circulaban, se fuera proyectando al tiempo (en la década pasada de este siglo) una nueva manifestación de su imparcialidad, pero en una dimensión más formal o técnica, y conforme a la cual tanto proveedores de servicios de Internet como poderes públicos habrían de garantizar un trato igual a todo el tráfico, de manera que los internautas no sufran discriminación o carga alguna en razón a contenidos, páginas web consultadas, y plataformas o equipamientos utilizados en el acceso o modo de comunicación;³² ello, a su vez, a la vista de prácticas en las que proveedores de servicios de Internet priorizaban ya determinados contenidos o servicios a cambio de una contraprestación económica por parte de proveedores de contenidos, como de usuarios finales.³³ Es decir (y conforme vamos a ver), una garantía de un mismo servicio a todos los usuarios, sin perjuicio, eso sí, de cierta priorización razonable del tráfico en relación con la gestión de la propia red por los proveedores, o el uso de servicios críticos y de interés público y general, pero de acuerdo, siempre, con una estricta regulación debidamente garante de la referida imparcialidad o neutralidad formal de la red,³⁴ y una adecuada información al usuario final.³⁵ Y es que al quedar tal servicio fuera de la capacidad prestacional directa de los poderes públicos, y resultar éste esencial para el efectivo ejercicio cons-

³¹ Al respecto, Rodríguez (2011: 102-104). Para el caso de Europa, donde las líneas telefónicas eran inicialmente públicas (y el cable no estaba tan desarrollado), procediéndose en cambio a un proceso de liberalización de éstas, si bien bajo su condición de servicio universal (y manteniéndose, de este modo, cierto control por los poderes públicos en relación con su ordenación y régimen de prestación); sobre tal proceso de liberalización, Quadra-Salcedo (1995).

³² Para el origen del concepto de "neutralidad", Wu (2003: 141).

³³ Por ejemplo, Marsden (2012: 27 y 28); también, Zink (2013: 158).

³⁴ Sobre la necesidad de regulación como garantía de la neutralidad de la red, por todos, Berners-Lee (2006).

³⁵ Sobre tal dimensión de la información a favor del usuario, y en cuanto que transparencia por parte del proveedor de servicios de Internet, Faulhaber (2010: 738 y ss.).

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

titucional de libertades públicas, como las de expresión, comunicación e información, se va a requerir de cierta formalización de la neutralidad a fin de garantizar realmente la referida neutralidad material o sustantiva. O lo que es igual, la consideración de la neutralidad formal como proyección objetiva de la neutralidad material; en ambos casos, como nuevos principios constitucionales que se proyectan desde la base misma del Estado constitucional y democrático de derecho respecto del actual (pero cambiante) contexto tecnológico-digital que determina la comunicación (social, económica, política, jurídica y cultural) en el marco constitucional.³⁶

62

-
-
-

Respecto de la progresiva conformación e implementación normativa del principio de neutralidad en su dicción formal, es en 1998 cuando la FCC determinaría, inicialmente, que la transmisión de datos por líneas telefónicas de banda ancha debía integrarse como servicio de telecomunicaciones, y por tanto como servicio universal garantizando el *open access* de terceros proveedores, mientras que para el caso del cable televisivo no (*In the Matters of Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability*, 13 F.C.C. Rcd. 24012, 24016–17). En 2005, y a la vista de la extensión de la fibra óptica por las operadoras telefónicas (y de la situación dispar que entre ellas y los operadores de cable se daba, no obstante), es que la FCC viniera, por el contrario, a liberar a aquéllas de tal obligación, aumentando entonces la competencia entre unos y otros (*Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities*, 20 F.C.C. Rcd. 14853), dando lugar, a su vez, a un importante impulso inversor por parte de las operadoras telefónicas en infraestructuras técnicas; con todo, la FCC pasaría en 2005 a plantear ya las conocidas como “cuatro libertades” de Internet, si bien de manera no vinculante: libertad de acceso a contenidos, libertad de uso de aplicaciones, libertad de conectar dispositivos personales y libertad de obtener información sobre el plan de servicio.³⁷

Aunque se había fomentado, por un tiempo, una efectiva proliferación de proveedores de Internet en Estados Unidos, no se consiguió sin embargo tal proliferación efectiva en relación con las infraestructuras técnicas, las cuales siguieron concentradas en unos pocos propietarios que, además, debían sufragar las altas inversiones recién realizadas al respecto (Rodríguez)

³⁶ Naturalmente, con ello, es que vengamos a entender la neutralidad de Internet si no como consecuencia, sí que como proyección del vigente marco constitucional respecto del sistema de derechos y de la democracia pluralista, y, por tanto, que no nos planteemos la asunción o no de la primacía en sí, pues de hacerlo estaríamos replanteándonos el propio (y referido) sistema constitucional (a lo que, como constitucionalistas, nos negamos).

³⁷ Sobre dichas libertades, si bien con carácter crítico, Lessing (2006).

guez, 2011: 105-107); con esto último, entonces, surgió un nuevo problema, pues (y al margen de las referidas libertades) dichos propietarios de las redes comenzaron a plantear el llamado “acceso escalonado”, en virtud del cual cabía condicionar al pago de una contraprestación el acceso para proporcionar contenidos o servicios en éstas. Por otra parte, también se detectó la práctica de ciertos proveedores de Internet que, ante situaciones de congestión en la red, decidían unilateralmente retrasar, e incluso eliminar, aquellos paquetes de datos que mayormente contribuían a tal congestión (nuevamente Rodríguez, 2011: 108 y 109).

63

Ante la anterior situación, la FCC daría, en 2009, y ya al amparo de la *Administración Obama*, un mayor impulso a favor de la neutralidad de la red, como *Open Internet*,³⁸ abogando no sólo por la efectiva codificación normativa de las mencionadas “cuatro libertades”, sino añadiendo además otros dos principios: no discriminación en relación con el acceso de otros proveedores de contenidos y aplicaciones (a fin de priorizar, o no, tales servicios), y transparencia al respecto de los usuarios y de las prácticas de los proveedores (*In Re Preserving the Open Internet: Broadband Industry Practices, Notice of Proposed Rulemaking*, 24 FCC Rcd. 13064). Es en 2010 cuando la FCC termina aprobando la *Open Internet Order*, e implantando finalmente la neutralidad de la red, incluyendo, de un lado, a todos los proveedores de servicios de Internet dentro de la categoría de *open access*, salvo la telefonía móvil (planteándose así, nuevamente, un problema de discriminación entre proveedores), y de otro, ordenando el servicio de Internet a través de tres principios: la obligación de los proveedores de Internet de transparencia en relación con el tratamiento que den en supuestos de congestión de la red; la prohibición de que éstos bloqueen el tráfico, y la declaración ilegal de tratos discriminatorios no razonables, en el sentido de que el tráfico de ciertos usuarios (o de sus competidores) pueda ser ralentizado de manera artificial por los proveedores.³⁹

Aunque tal regulación de la FCC sería anulada judicialmente a comienzos de 2014 (a instancia de las operadoras del cable), aquélla procedió a aprobar una nueva regulación al respecto a comienzos de 2015

³⁸ Precisamente, sobre cómo la FCC adopta inicialmente la denominación de *Open Internet*, en vez de *net neutrality*, Reynolds (2011: 517 y 518).

³⁹ Al respecto, por ejemplo, nuevamente Reynolds (2011: 517 y ss.). De manera crítica, acerca de la limitación que para la *Open Internet* suponía la excepción de la provisión de Internet a través de la telefonía móvil, Leghart (2011: 199 y ss.); además, sobre la imposición de obligaciones a los proveedores de Internet a las que, sin embargo, no se sujetan otras compañías y actividades consideradas como “common carriage” (en particular, la industria estrictamente telefónica), Lyons (2012: 1029 y ss.).

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

(*Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*),⁴⁰ constituyendo “una segunda generación de reglas sobre neutralidad de red” (Morachimo, 2015), al prohibir expresa y terminantemente a los proveedores que bloquearan o desaceleraran o degradaran el tráfico en las redes por cables e inalámbricas, o que favorecieran u ofrecieran prioridad a servicios de prioridad por pago o a servicios gestionados: el llamado “Internet de dos velocidades”, en especial en caso de congestión,⁴¹ y ello, a su vez, en clara correspondencia con la desigualdad económica de los usuarios (Wu, 2015).⁴² Además, la FCC aprobó un estándar de conducta respecto de los prestadores, conforme al cual éstos no podían irrazonablemente interferir o desfavorecer la capacidad de los usuarios para seleccionar, acceder o usar contenidos, aplicaciones, servicios o dispositivos,⁴³ ni limitar la capacidad de los proveedores de servicios o de contenidos en Internet de poner a disposición del público contenidos, aplicaciones, servicios o dispositivos a los usuarios.⁴⁴ Por último, en cuanto a las obligaciones de transparencia e información, la FCC reforzó las obligaciones de los proveedores (tarifas promocionales, cargos adicionales y topes de descarga, medidas de gestión de red, etcétera).

Naturalmente esta normativa fue, nuevamente, objeto de controversia en Norteamérica,⁴⁵ pues los proveedores de servicios de Internet presionaron en dirección contraria bajo el clásico argumento de que tal normativa perjudicaría la capacidad innovadora de éstos al reducir su capacidad económica de inversión en infraestructuras.⁴⁶ Mas ello, y de otra parte, desde el esfuerzo desarrollado antes por las propias administraciones públicas

⁴⁰ Al respecto, Ramírez (2015: 10-12).

⁴¹ También conocido como “Internet de dos carriles”; en tal sentido, Castellet *et al.* (2014: 442 y 443). Con todo, la FCC habría establecido una excepción en relación con supuestos que acrediten un interés público significativo y previa autorización de la propia FCC.

⁴² A su vez, sobre la relación entre desigualdad económica y brecha digital, Canellopoulou-Bottis e Himma (2008: 621 y ss.).

⁴³ Así, la FCC permite, no obstante, prácticas de gestión de la red que sean razonables, en tanto que soluciones técnicas estrictamente dirigidas a la salvaguarda de la red.

⁴⁴ Por otra parte, dicho estándar permitiría a la FCC enjuiciar conductas que, no incluyéndose en las tres prohibiciones anteriormente referidas, hubieran podido “poner en peligro la Internet abierta”, a cuyos efectos la FCC señalaría un listado de factores como criterios: libertad del usuario final, impacto en la competencia, protección del consumidor, efectos en la innovación o en el desarrollo de la banda ancha, efectos en la libertad de expresión, y neutralidad ante las aplicaciones; nuevamente Morachino (2015).

⁴⁵ Al respecto, y por ejemplo, Wiley (2015).

⁴⁶ Con carácter general, sobre la tensión entre garantía de la neutralidad y pérdida de capacidad de desarrollo tecnológico por los proveedores, y entre otros, Ruiz (2014a: 73 y ss.).

federales y locales en Estados Unidos (y al impulso de la propia FCC) en pro de la universalización de la red en banda ancha al menos en relación con todos los centros educativos y las bibliotecas públicas.⁴⁷

Además, mientras se venía implantando la neutralidad de la red en estos años, se desarrolla también un fuerte impulso de proveedores de contenidos (especialmente de tipo televisivo en *streaming*, como es el caso de Netflix)⁴⁸ entrando en competencia con los tradicionales prestadores de televisión por cable en su dimensión no ya de proveedores de Internet, sino de servicios televisivos, de modo que, al tiempo, la vertiente formal de la neutralidad entronque directamente con la sustantiva al incidir respecto del suministro de contenidos en red.

No es de extrañar, por tanto, que la referida presión política y económica de los proveedores de Internet viniera nuevamente a tomar impulso con el cambio de administración tras la elección presidencial de Trump, y que adquiriera cuerpo al poco tiempo en el seno de las nuevas políticas liberalizadoras de servicios planteadas por éste y por la propia FCC (tras el nombramiento de su nuevo presidente, Ajit Pai, también por aquél): en especial, el acuerdo de la FCC, del 14 de diciembre de 2017, por el que se vuelve a la regulación previa a 1998 (en cuanto que meros servicios de información, y no de comunicación), y restaurándose la ahora llamada *Internet Freedom (Restoring Freedom Internet Order)*, si bien postulando la defensa de los consumidores mediante el impulso de la transparencia (Schuleman, 2018: 149 ss.). La neutralidad formal de Internet queda así desmantelada tras casi veinte años de progresiva implantación en Norteamérica, y a pesar del movimiento que desde la propia red surgiera en su defensa antes del acuerdo de diciembre de la FCC a fin de evitarlo,⁴⁹ movimiento que, no obstante, sí prendió en el Senado (a instancia de los demócratas), de modo que en una ajustada votación del 16 de mayo de 2018 vendría a instarse la revocación de la orden de restablecimiento de la libertad de Internet por la FCC,⁵⁰ para finalmente inhibirse tal posibilidad, sin embargo, en otra votación del Congreso, el 2 de enero de 2019.⁵¹

⁴⁷ Con todo, en junio de 2016 los tribunales (la Corte de Apelación del Distrito de Columbia) venían, en esta ocasión, a dar la razón a la FCC.

⁴⁸ De interés, Heredia (2017: 275 y ss.).

⁴⁹ De este modo, por ejemplo, la carta abierta de los llamados “pioneros de Internet” a la propia FCC antes de tal acuerdo.

⁵⁰ Activándose un mecanismo de reversión de decisiones de las agencias federales, conforme la *Congressional Review Act (CRA)* de 1996; al respecto de ésta, *Note* (2009: 2162 y ss.).

⁵¹ No obstante, adviértase de diversas demandas planteadas ante tribunales federales.



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

66

●
○
●

En cuanto a Europa (y a cómo en ella se ha diseñado asimismo una neutralidad formal de Internet a la luz del anterior modelo norteamericano y cómo, entonces, pueda influir al tiempo el desmantelamiento de tal modelo en ésta), a comienzos de la década pasada podía ya advertirse en la Unión un bloque normativo aplicable respecto de cierta neutralidad de Internet (si bien no expresamente destinado a ella, y de escaso desarrollo) (Ruiz, 2014b: 57): así, las directivas 2002/19/CE (del 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes y servicios de comunicación electrónicas), 2002/20/CE (del 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), 2002/21/CE (del 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), y 2002/22/CE (del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), y entre éstas destacando los artículos 8.4.d de la Directiva 2002/21/CE, y 1.1, 4.2 y 20.2.b de la 2002/22/CE, conforme a los cuales se reconocía, en el marco de una *conexión de extremo a extremo*, la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad y a una velocidad apta para acceder de forma funcional a Internet, además de una libertad de elección real al usuario al respecto, como la garantía de suficiente información a éste sobre los servicios prestados, sus niveles de calidad, tarifas y condiciones de uso.

Al tiempo, y en vía de un marco expreso sobre neutralidad (mas sin determinarse todavía contenidos específicos, y dejando fundamentalmente en manos de los Estados la concreción de dichos contenidos y las medidas de garantía), se aprobaron las directivas 2009/136/CE, del 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaban la directivas 2002/22/CE y 2002/58/CE, y el Reglamento (CE) 2006/2004, y la definitiva 2009/140/CE, del 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaban también las anteriores 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE (el llamado tercer *Paquete Telecom*). En cuanto a la 2009/136/CE, esencialmente, sustituía los artículos 20 a 22 de la Directiva 2002/22/CE (artículo 1.14) en relación con una mayor información en torno a las condiciones de uso y las medidas de gestión a adoptar por los proveedores, así como la exigencia a éstos de unos requisitos mínimos de calidad con los que evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico.⁵² Respecto a la relevante Directiva 2009/140/CE, destacaba: de un lado, la adición de un nuevo apartado “g” al referido artículo 8.4 de la Directiva 2002/21/CE (ar-

⁵² Así, de interés para estas páginas, véase los artículos 20.1, 21.1, 21.3, 22.2, y muy especialmente 22.3.

título 1.8.g), en virtud del cual se instaba a la promoción de “la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección”, y de otro, la inclusión de la conocida como *Declaración de la Comisión sobre la neutralidad de Internet*, y en la que se hablaba por fin, y expresamente, del “mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet”, si bien como mero “objetivo político” (todavía) y como “principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación”, además de las “libertades de Internet”.⁵³

67

En esta línea, la Comisión Europea, en 2010, en su *Agenda Digital para Europa (2020)* y en referencia a la neutralidad y al carácter abierto de la red, reiteraría su compromiso de vigilar “estrechamente la aplicación de las [referidas] disposiciones legislativas sobre el carácter abierto y neutral de Internet, que protegen los derechos de los usuarios al acceso y la distribución de información en línea y garantizan la transparencia sobre la gestión del tráfico”, junto con potenciar, eso sí, la banda ancha y el acceso “generalizado” a las mismas y “a un precio competitivo”.⁵⁴ Sin embargo, cuando en 2011 la Comisión decidió evaluar finalmente la conveniencia de una normativa específica sobre la neutralidad de Internet en Europa, ésta siguió sin considerar necesario que se realizara todavía dicha normativa (sin perjuicio, eso sí, de la potencial actuación de los Estados miembros), limitándose a plantear una serie de recomendaciones⁵⁵ que, de no ser atendidas,

⁵³ Sobre el alcance de ambas directivas, véase, por ejemplo, Martí (2014: 1146-1148, y 1153-1156).

⁵⁴ Comisión Europea, *Una agenda digital para Europa*, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, Bruselas, 26.8.2010, COM (2010) 245 final/2, pp. 21, 23 y 24. Y respecto de tal acceso a Internet, adviértase que, elaborada dicha agenda en torno al fortalecimiento del mercado digital en la Unión Europea, no se hablaba expresamente (y sin embargo) de acceso universal (más allá, claro, de la referencia al fomento de un acceso generalizado de los consumidores europeos a Internet, en cuanto que puerta necesaria para tal mercado digital), mientras que ello sí había sido objeto de cierto impulso por la Comisión años antes (1999) en el documento *eEurope*, en el que uno de sus objetivos era, precisamente, “Llevar la era digital y a la comunicación en línea a cada ciudadano, hogar y escuela y a cada empresa y administración”. Comisión Europea, Comunicación, del 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa del 23 y 24 de marzo de 2000: *eEurope – Una sociedad de la información para todos*, COM (1999) 687.

⁵⁵ Fundamentalmente, informar a los consumidores sobre: la velocidad real de banda ancha, subida y bajada de datos, y velocidad utilizada; los límites o techos de consumo, y las limitaciones que pueda tener Internet.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

sí darían lugar entonces a tal intervención normativa.⁵⁶ Mas el Comité Económico y Social Europeo, y en respuesta precisamente a la Comisión, sí vendría en un dictamen, de octubre de 2011,⁵⁷ a plantear la necesidad de una normativa más concreta y clara en torno a la neutralidad de la red, invocando (incluso) los principios de prevención y precaución, conectando dicha neutralidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y haciendo propuestas de específicos contenidos que habrían de integrar el régimen de la neutralidad de Internet (Martí, 2014: 1156 y 1157). En cuanto al Parlamento Europeo, aunque recogiendo parte del anterior Dictamen (noviembre de 2011), se limitó en este momento a instar a la Comisión a que continuara vigilando las prácticas de gestión del tráfico, sin considerar tampoco necesario proceder a su regulación.⁵⁸

Es en 2015 cuando la Unión Europea, al influjo de la normativa norteamericana (vigente en aquel momento), dio un verdadero salto en la neutralidad de la red con ocasión de la aprobación del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de noviembre de 2015, al establecerse, finalmente, concretas y directas medidas en relación con el acceso a una *Internet abierta* (a la par que se modifica la referida Directiva 2002/22/CE y el Reglamento [UE] 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión), pero ello desestimándose por el propio Parlamento Europeo buena parte de las enmiendas presentadas en orden a garantizar, concretamente, un alto estándar de neutralidad ante la priorización del tráfico en la red pretendida por los proveedores de Internet. Así es que el Reglamento (UE) 2015/2120, después de un preliminar reconocimiento del “tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet y los derechos relacionados de los usuarios finales” (artículo 1.1), de libre acceso y uso de aplicaciones y servicios (artículo 3.1), y de una genérica y preliminar prohibición de la limitación

⁵⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa*, del 18 de abril de 2011, COM (2011) 222 final. Al respecto, Ruiz (2014b: 57 y 58); también de interés, véase Castellet *et al.* (2014: 450).

⁵⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa* COM (2011) 222 final.

⁵⁸ Resolución del Parlamento Europeo, del 17 de noviembre de 2011, sobre la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa. También, sobre esta resolución, Castellet *et al.* (2014: 450).

de dicho tráfico y del reconocimiento de la neutralidad en su artículo 3.3, *ab initio*, terminara sin embargo por reconocer un régimen de excepcionalidad a dicha neutralidad con un tenor o carácter amplio y abstracto (según se expresa en la norma), apreciándose así cierta permisibilidad con ocasión de supuestos de congestión de la red (y por tanto una puerta a la discriminación del tráfico de la red al consentir acelerar o ralentizar el tráfico en función de la situación), además de la creación de vías (más) rápidas para servicios especializados (artículo 3.5).

69

Dicha permisibilidad sobre la neutralidad a la red en Europa parece mantenerse incluso a pesar de las ulteriores directrices aprobadas en agosto de 2016 por la *Body of European Regulators for Electronic Communications* (en adelante, BEREC) respecto del referido Reglamento (UE) 2015/2120, y que han de actuar de guía común en relación con la actuación de los reguladores nacionales en materia de comunicaciones e Internet (*BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, 30 de agosto de 2016, BoR [16] 127). En tal sentido, lo cierto es que la BEREC ha delimitado en gran medida el alcance interpretativo del artículo 3.3 y 3.5 del Reglamento (UE) 2015/2120 a los efectos de su implementación por los Estados miembros (dando mayor seguridad jurídica en relación con el principio de neutralidad), pero dejando cuestiones todavía abiertas sobre todo respecto de momentos de congestión de la red o de las conocidas como prácticas *zero-rating*.⁵⁹ Es así que el tono aún abierto y abstracto con el que se siguen moviendo, en algunos casos, las referidas directrices permitan un margen de actuación discrecional por los reguladores nacionales a la hora de comprobar la actividad de los proveedores en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea; ello, en especial, ante el temor a la presión que los *lobbies* nacionales (fundamentalmente los proveedores) puedan llevar a cabo ante las respectivas agencias reguladoras de los Estados miembros de la Unión. O incluso, que la primacía del derecho europeo respecto de las regulaciones nacionales sobre la neutralidad pueda generar menor protección, como ha sucedido ya en Holanda al anularse judicialmente (20 de abril de 2017) la prohibición general de discriminación de precios, incluida la *zero-rating*, por ser contraria al Reglamento (UE) 2015/2120.

Con este marco normativo europeo de la neutralidad formal de Internet, de clara inspiración en el modelo hoy derogado de Norteamérica,

⁵⁹ Cuando los proveedores excluyen a una o varias aplicaciones del consumo mensual de datos, previos acuerdos comerciales privados entre éstas y los prestadores de dichos contenidos y servicios en red.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

es que resulte lógico preguntarnos entonces (y finalmente) por su potencial contracción. No en vano, y más allá de declaraciones institucionales en contra de tal posibilidad,⁶⁰ como de la ulterior asunción normativa que de la neutralidad de Internet suponen la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, y especialmente el Reglamento (UE) 2018/1971 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2018, por el que se establecen el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Agencia de apoyo al ORECE (Oficina del ORECE),⁶¹ lo cierto es que se mantienen espitas abiertas a prácticas contrarias a tal neutralidad, como parece constatarse dos años después de la aprobación del Reglamento (UE) 2015/2120.⁶² Así, y aunque el nuevo modelo normativo de la FCC no venga seguramente a influir lo suficiente como para un desmantelamiento en la Unión Europea de las líneas básicas de la neutralidad de Internet hoy vigentes en ésta (conforme al referido Reglamento [UE] 2015/2120), sí que quepa influir lo suficiente, en cambio, para reformas parciales del modelo europeo, reduciendo el grado de neutralidad alcanzado, de modo que se autoricen mayores actuaciones de los proveedores en contra de la misma. No en vano, por una parte, la necesidad de una mayor competitividad de los proveedores europeos frente a los norteamericanos muy posiblemente quepa potenciar, al tiempo, nuevas condiciones normativas (como ya ocurriera en el pasado),⁶³ y por otra, está la transformación también de dichos proveedores de Internet en Europa en prestadores de contenidos, potenciando asimismo prácticas en defensa de dichos contenidos (propios) frente a terceros prestadores.⁶⁴

⁶⁰ Así, declaración de la Comisión europea, del 15 de diciembre de 2017, a favor de la neutralidad de la red en Europa.

⁶¹ En cuanto que autor de directrices sobre neutralidad de la red respecto de su ulterior desarrollo por las autoridades nacionales de los Estados miembros de la Unión.

⁶² Informe *The Net Neutrality Situation in the EU: Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, de la organización Epicenter.works, del 29 de enero de 2019.

⁶³ Y es que el propio Reglamento (UE) 2015/2120 (artículo 9o.) prevé potenciales cambios normativos sobre la neutralidad (artículos 3o. al 6o.), a cuyos efectos la Comisión ha de informar al Parlamento Europeo y al Consejo con las propuestas oportunas (a finales de abril de 2019).

⁶⁴ Así, por ejemplo, y para el caso de España, Imagenio, en tanto que canal de televisión de Movistar y con producción propia (Movistar+), y a la par, incluso, suministrando Netflix como contenido asociado (en vez de por cuenta particular).

V. EPÍLOGO: DE LA RED COMO NUEVA ÁGORA, AL RIESGO DE UNA DEMOCRACIA DIGITAL CENSITARIA

Hoy el ágora ateniense, símbolo clásico de la democracia, es ya, en gran medida, virtual (Sánchez, R., 2011: 36 ss., en especial 42 y 43). Una virtualidad que, a buen seguro, no hará sino crecer al impulso del progreso informático (y de las nuevas generaciones, plenamente digitales); una virtualidad cuya neutralidad sustantiva y formal necesitamos, por tanto, garantizar constitucionalmente, a la par que enriquecer con un efectivo acceso a la red en cuanto que prerrequisito para un material ejercicio de libertades públicas como son las concernientes a la expresión, la información y la comunicación,⁶⁵ pero también a otras, como reunión, asociación y participación política, desde este nuevo emplazamiento digital, como se pusiera de manifiesto en los movimientos sociales desarrollados durante la primavera de 2011 (Castells, 2016: 143 ss.).⁶⁶ Con todo, por supuesto que Internet conlleva nuevos riesgos para nuestras sociedades democráticas y plurales, y por tanto la red debe ser objeto social, cultural, político y jurídico de intervención y control por los poderes públicos y los propios ciudadanos; pero ello no puede ser óbice para reconocer una nueva realidad tecnológica, social, económica, política y cultural a la que tenemos que enfrentarnos constitucionalmente no sólo desde los postulados y categorías más clásicas del derecho constitucional, sino desde nuevos principios capaces de afrontar adecuadamente dicha nueva realidad digital, como es el caso, precisamente, de la neutralidad de Internet o la red en cuanto que conecta con la garantía efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas ante el ejercicio de poderes tanto públicos como privados, respecto de Internet y las redes.⁶⁷

Desde tal premisa, entonces, los riesgos y amenazas que sobre la neutralidad de Internet planean (según lo señalado a lo largo de estas páginas) no sólo suponen un retroceso respecto de la proyección de derechos y libertades en relación con Internet, sino que pueden llegar a afectar al mismo principio democrático en tanto que contextualizado en una sociedad digital; en tal sentido, el desmantelamiento de la neutralidad formal

⁶⁵ Con carácter general, sobre la neutralidad de Internet como nuevo derecho de relevancia constitucional, Gutiérrez (2015: 435 y ss.); sobre la importancia de la neutralidad en relación con nuevas formas de presentar la censura, Marsden (2012: 33-35).

⁶⁶ Asimismo, de interés, sobre el 15-M en España y los cambios que anticipaba, Guillén (2014: 1 y ss., y especialmente 16 y ss.).

⁶⁷ Expresamente, sobre la potencial constitucionalización de tal entendimiento de la neutralidad de la red y del acceso a Internet (para el caso de Italia), Allegri y D'Ippolito (2017).



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

en Estados Unidos supone un ataque directo a la línea de flotación de la entera neutralidad de Internet y a la participación democrática a través de la red. Y es que, a primera vista, con las nuevas medidas de la FCC viene a evidenciarse la degradación del ciudadano a mero consumidor en el seno de un mercado digital de contenidos y servicios, mas sin trascendencia política alguna, a la par que los proveedores de Internet pasan a asumir una posición privilegiada respecto de contenidos e información en los que los ciudadanos, dependiendo de sus ingresos (y capacidad de consumo), pueden verse atrapados;⁶⁸ sin duda, esto va en contra de la tendencia hasta ahora desarrollada respecto de Internet, de modo que, finalmente, y respecto de éste, quepa hablarse de una “era Trump”.

72

Ciertamente la garantía de igualdad de trato en el tráfico de Internet es una mera garantía formal⁶⁹ que, en puridad, actúa una vez que se accede a la red (así, artículos 1.1 y 3.1 del Reglamento [UE] 2015/2120), por lo que, por sí misma, la neutralidad es insuficiente para garantizar una efectiva participación en la red tanto a la hora de contribuir con contenidos como al momento de poder acceder a los mismos, o incluso de llegar a interactuar mediante ella con otros sujetos públicos y privados. Sin embargo, y paralelamente al desarrollo de la neutralidad de Internet, es que se haya ido configurando jurídicamente el acceso a Internet a modo de nuevo derecho social (como se advierte en el derecho constitucional comparado, incluso),⁷⁰ puesto que puntal clave de esta nueva sociedad digital y de la posición que en la misma viene a ocupar (o ha de ocupar) la persona; y ello, además, respecto del sentido con el que la referida imparcialidad o neutralidad sustantiva se configura jurídicamente en torno a Internet, en cuanto que más coaligada a las ideas de libertad y dignidad de la persona, como presupuesto del constitucionalismo contemporáneo, que a la mera igualdad formal, y en tanto que más propia del pasado constitucionalismo liberal-censitario. Este constitucionalismo, por cierto, reconecta, sin embargo, hoy con la capacidad económica de los ciudadanos en cuanto que

⁶⁸ En el contexto de la globalización la crisis que vive la ciudadanía lleva a considerar la necesidad de complementar ésta con otras categorías, como es, precisamente, la de consumidor o usuario, pero ello sin que pueda llegar nunca a sustituirla; al respecto, Sánchez, J. F. (2016c: 145 y ss., y especialmente 156).

⁶⁹ Desde esta perspectiva estrictamente formal de la neutralidad en tanto que mera traslación del principio de igualdad, asimismo formal, a los usuarios y consumidores, Fuentes (2016: 145 y ss.).

⁷⁰ En tal sentido, por ejemplo, los artículos 16.2 y 17.2 de la Constitución de 2008 de la República de Ecuador; el artículo 63 de la Constitución de la República Dominicana de 2010, o el artículo 6o. de la Constitución mexicana, tras su reforma de 2013.

consumidores en un mercado globalizado, frente a la referida concepción de la persona y su dignidad como fuente de derechos y libertades. El derecho de acceso a Internet permitiría, en cambio, y más allá de una actuación difusa de la libertad de expresión, la materialización de un auténtico derecho a constituir relaciones, transmitir y solicitar informaciones, y de poder (incluso) disponer autónomamente del entero conocimiento humano (científico, cultural, etcétera) sito en Internet (Froini, V., 2000: 276).⁷¹ Sin duda, insistimos, la neutralidad formal de Internet no garantiza el acceso a él, pero su involución sí que, desde luego, viene a dificultar más tal acceso y el efectivo e igual ejercicio de derechos y libertades ligadas a tal espacio virtual ante el riesgo de involución de una participación democrática supeditada al grado de acceso (en cantidad y calidad) a Internet.

73

Por otra parte, en este nuevo panorama digital es dable pensar en vínculos entre proveedores de la red (con intereses propios y particulares) con otros sujetos (no sólo privados, sino también públicos) con los que comparten intereses (tanto económicos como ideológicos), pudiendo definir estrategias comunes frente al actual espacio libre de ideas que todavía supone Internet, y así, entonces, el surgimiento de un nuevo riesgo al pluralismo ínsito de Internet y de las redes. De este modo es que se advierte la necesaria garantía de la neutralidad formal para una efectiva garantía de su perspectiva más material, en razón al riesgo de control de contenidos ideológicos por parte de los proveedores de Internet (sobre este riesgo, Barata, 2012a: 44 ss.), de manera que la neutralidad se extienda efectivamente a todos los contenidos que circulen por Internet: una concepción de neutralidad de la red en cuanto que “principio que establece que todos los contenidos que circulan por internet deben recibir el mismo trato y no ser discriminados por su origen, uso o aplicación” (Califano, 2013: 21). Así, precisamente, vino a expresarse la *Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet*, llevada a cabo en 2011 por el relator especial de las Naciones Unidas para la libertad de opinión y de expresión, por la representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la relatora especial de la Organización de Estados Americanos para la libertad de expresión, y la relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y en la que se ponía en contacto la libertad de expresión, la neutrali-

⁷¹ También de interés: Frosini, T. E. (2015: 47 y ss., y 97 y ss.) y Barrio (2017: 1631 y ss.).

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

dad de la red y el acceso a Internet como nuevos elementos de la participación política en democracia.⁷²

74 En esta línea, si el gobierno de Internet aún resulta complejo en razón a su A.D.N. *libertario*, su control fáctico por los propietarios y proveedores de las redes ya es otra cosa si no se garantiza al máximo la neutralidad formal o técnica de la red; no se está ante un mero problema de garantía de la igualdad (o discriminación) de los usuarios o consumidores en relación con el tráfico de Internet, sino ante una cuestión vertebral de la ordenación constitucional que todavía hoy se predica en torno al pluralismo, y que se ha de mantener en el futuro si de auténtica democracia se quiere seguir hablando en este nuevo y cambiante contexto digitalizado. La democracia en la red no es un desiderátum (al impulso de un ciber-optimismo desmedido) ni un riesgo o problema en sí (a la sombra, ahora, de un mero ciber-pesimismo revisado),⁷³ es simplemente la expresión de cómo hoy cualquier relación humana (económica, social, cultural, jurídica y política) pasa por su integración, en mayor o menor medida, por la red (por ejemplo, Teruel, 2013: 39 ss.).⁷⁴ Y de ahí, nuevamente, la necesidad de que el concepto de “neutralidad de Internet” acoja el problema del control material y formal de contenidos y su incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de expresión y de información (Barata, 2012b: 44 ss.), como ya había puesto en evidencia inicialmente la misma FCC al fundamentar la propia neutralidad técnica en dicha libertad, aun cuando luego, sin embargo, no terminara de desarrollar tal relación (Travis, 2011: 417 ss.).

Bastantes riesgos son los que se abren en esta “era Trump” para una efectiva garantía de unas libertades de expresión, información y comunicación que cada vez más se desarrollan en la red, pero ante un Internet insuficientemente garantizado en su neutralidad, y con ello demasiados riesgos también para una auténtica democracia digital, plural e integradora, a tales efectos. Una democracia, por tanto, en peligro de involución a mera democracia censitaria y elitista, y en la que los proveedores de Internet pueden ocupar una posición estratégica de la misma en cuanto que árbitros del grado de participación política de unos y otros, como de contenidos, en este espacio público que es hoy Internet.

⁷² De interés, sobre esta Declaración y sobre la dimensión sustantiva de la neutralidad (técnica) en relación con la libertad de expresión, Docquir (2011: 31-37).

⁷³ Al respecto de unos y otros, véase Torres (2013: 127 y ss.); también, de interés, Martínez-Bascuñán (2016: 115 y ss.).

⁷⁴ Además, sobre la relación hoy entre Internet y democracia, Subirats (2012: 155 y ss.).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CALAHORRO, Augusto, 2017, “El derecho fundamental a la comunicación 40 años después de su constitucionalización: expresión, televisión e Internet”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100.
- ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew, 2017, “Social Media and Fake News in the 2016 Election”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, núm. 2. 75
- ALLEGRI, Maria Romana y D’IPPOLITO, Guido (coords.), 2017, *Acceso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Roma, Aracne Editrice. ●
○
●
- ÁLVAREZ CURBELO, Silvia, 2017, “Las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos: balance comunicativo y lecciones para los comunicadores”, *Transatlantic Studies Network: Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, núm. 3.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, 2018, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm (fecha de consulta: 30 de marzo de 2019).
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, 2010, “La contribución de Peter Häberle a la construcción del derecho constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13.
- BALLESTEROS MARTÍN, Miguel Ángel, 2017, “Las novedades de la Estrategia de Seguridad Nacional 2017”, IEEE, Documento de Análisis 74/2017, disponible en: <http://www.ieee.es/contenido/noticias/2017/12/DIEEEA74-2017.html> (30/01/2018).
- BARATA MIR, Joan, 2012, “El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 13.
- BARATA MIR, Joan, 2012b, “El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13.
- BARLOW, John Perry de, 2009, “Declaración de independencia del ciberespacio”, *Periférica Internacional. Revista para el Análisis de la Cultura y el Territorio*, núm. 10.
- BARRIO ANDRÉS, Moisés, 2017, “Capítulo quincuagésimo quinto. El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones”, en varios autores, *Los retos del Estado y la administración en el*

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Valencia, Tirant lo Blanc, vol. II.

BERNERS-LEE, Tim, 2006, “Net Neutrality: This is serious”, disponible en: <http://dig.csail.mit.edu/breadcrumbs/node/144> (29/12/2016).

BOUAZZA ARIÑO, Omar, 2013, “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 190.

76 BUTLER, Alan, 2017, “US Supreme Court Finds Broad Restrictions on Access to Social Media Sites Unconstitutional”, *European Data Protection Law Review*, vol. 3, núm. 4.

● CABO MARTÍN, Carlos de, 1988, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.

○ CALIFANO, Bernadette, 2013, “Políticas de Internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación”, *Revista Eptic Online*, vol. 15, núm. 3, disponible en: http://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/3813/CONICET_Digital_Nro.5028_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y (12/01/2018).

● CÁMARA LAPUENTE, Sergio, 2014, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo [working paper]”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11/2014, disponible en: http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitaless.pdf (20/11/2016).

CANELLOPOULOU-BOTTIS, Maria e HIMMA, Kenneth Einar, 2008, “The Digital Divide: A Perspective for the Future”, en varios autores, *The Handbook of Information and Computer Ethics*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, Inc.

CASANOVAS, Pompeu, 2003, “Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, Estado de derechos”, en CASANOVAS, Pompeu (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Granada, Comares.

CASSESE, Sabino, 2009, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato*, Torino, Einaudi.

CASTELLET HOMET, Andreu *et al.*, 2014, “De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red”, *Icono 14*, vol. 12.

CASTELLS, Manuel, 2003, *La era de la información: economía, sociedad y cultura: II. El poder de la identidad*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial.

CASTELLS, Manuel, 2016, “El poder de las redes sociales”, *De la crisis económica a la crisis política (una mirada crítica)*, Barcelona, La Vanguardia.

EL INTERNET EN LA ERA TRUMP: APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL...

- CLAUSSEN, Victor, 2018, "Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation", *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 3/2018.
- CUNIBERTI, Marco, 2017, "Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo", *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2017.
- D'ATENA, Antonio, 2018, "La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet", trad. de Antonio Pérez Miras, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/01_DATENA.htm (30/03/2019).
- DOCQUIR, Pierre-François, 2011, "Els reptes de la neutralitat d'internet", *Quaderns del CAC*, núm. 37, vol. XIV (2).
- DWORKIN, Ronald, 2008, *La democracia posible (principios para un nuevo debate político)*, Barcelona, Paidós.
- ESTEVE PARDO, José, 2002, *Autorregulación: génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi.
- ESTEVE PARDO, José, 2013, *La nueva relación entre Estado y sociedad (aproximación al trasfondo de la crisis)*, Madrid, Marcial Pons.
- FAULHABER, Gerald R., 2010, "Transparency and Broadband Internet Service Providers", *International Journal of Communication*, núm. 4.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, 1997, "El nuevo mercado de las ideas (sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)", *Revista de Administración Pública*, núm. 144.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa, 1998, "Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (comentario de la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53.
- FIORAVANTI, Maurizio, 2011, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta.
- FRAU-MEIGS, Divina, 2017, "Contra la información falsa, espíritu crítico", *El Correo de la UNESCO*, núm. 2.
- FROSINI, Tommaso Edoardo, 2004, "Nuevas tecnologías y constitucionalismo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124.
- FROSINI, Tommaso Edoardo, 2015, *Liberté, Egalité, Internet*, Napoli, Editoriale Scientifica.

77



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

FROSINI, Vittorio, 2000, “L’orizzonte giuridico dell’Internet”, *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, núm. 2/2000.

FROSINI, Vittorio, 2001-2002, “Diritti umani, diritti dei popoli e globalizzazione giuridica”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núms. 19-20.

78 FUERTES, Mercedes, 2016, “Neutralidad de la red y calidad del servicio”, en varios autores, *El derecho de Internet*, Barcelona, Atelier.

FUSCO, Alessia, 2013, “Cyberspazio e libertà di informazione: alcune brevi considerazioni alla luce di un recente fatto di cronaca”, en TERUEL

● LOZANO, Germán *et al.*, *Desafíos para los derechos de las personas ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

○ GARCÍA DEL POYO, Rafael y MARTÍNEZ ROJAS, Samuel, 2016, “La responsabilidad de los intermediarios”, en varios autores, *El derecho de Internet*, Barcelona, Atelier.

● GARCÍA MEXÍA, Pablo, 2016, “El derecho de Internet”, en PÉREZ BES, Francisco (coord.), *El derecho de Internet*, Barcelona, Atelier.

GOBIERNO DE ESPAÑA, 2017, *Estrategia de Seguridad Nacional 2017: un proyecto compartido de todos y para todos*, disponible en: http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia_de_Seguridad_Nacional_ESN%20Final.pdf (30/01/2018).

GÓMEZ CABALEIRO, Ricardo, 2017, “Anónimo, neutral, gratuito”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 255.

GÓMEZ DE AGREDA, Ángel, 2018, “Posverdad y «fake news»: falsas noticias, no noticias falsas”, *Telos (Fundación Telefónica)*, disponible en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos-109-asuntos-de-comunicacion-falsas-noticias-no-noticias-falsas/> (30/03/2019).

GREGORIO, Giovanni de, 2017, “*The market place of ideas* nell’era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati *online*?”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2017.

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, 2014, “Las enseñanzas del 15-M (el léxico constitucional frente a la crisis de legitimidad)”, en varios autores, *La democracia indignada (tensiones entre voluntad popular y representación política)*, Granada, Comares.

GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella, 2015, “El derecho a un Internet «abierto, robusto y de alta velocidad»”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25.

HÄBERLE, Peter, 2000, *Diritto e verità*, Fiore, Torino, Einaudi.

- HÄBERLE, Peter, 2001, *El Estado constitucional*, México, UNAM.
- HAFNER, Katie y LYON, Matthew, 1998, *Where Wizards Stay Up Late (The Origins of the Internet)*, Nueva York, Touchstone.
- HEREDIA RUIZ, Verónica, 2017, “Revolución Netflix (desafíos para la industria audiovisual)”, *Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 135.
- LEGHART, Kendra E., 2011, “The FCC’s New Network Semi-Neutrality Order Maintains Inconsistency in the Broadband World”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, núm. 12.
- LESSING, Lawrence, 2006, “La neutralidad de Internet”, trad. de Guillermo G. Ruiz Zapatero (en su intervención en la Comisión del Senado de Comercio, Ciencia y Transporte de los Estados Unidos en 2006), disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-neutralidad-en-internet> (05/01/2018).
- LUCIANI, Massimo, 2018, “La rete, i diritti, i doveri”, relación presentada al Congreso *Uso responsabile della rete e tutela dei diritti*, Roma, disponible en: <http://eurovisioni.com/download/2018/INTERVENTI/relazione%20Prof.%20Luciani.pdf> (fecha de consulta: 30 de marzo de 2019).
- LYONS, Daniel A., 2012, “Net Neutrality and Nondiscrimination Norms in Telecommunications: A Historical Perspective”, *Arizona Law Review*, núm. 54.
- MAGALLÓN ROSA, Raúl, 2018, “Leyes fake news: el problema para la libertad de información de no legislar”, *Telos (Fundación Telefónica)*, disponible en: <https://telos.fundaciontelefonica.com/las-leyes-las-fake-news-problema-la-libertad-informacion-no-legislar/> (30/03/2019).
- MARSDEN, Christopher T., 2012, “Neutralidad de la red: historia, regulación y futuro”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, disponible en: http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-marsden_esp/n13-marsden_esp (02/01/2018).
- MARTÍ DEL MORAL, Antonio José, 2014, “Hacia una configuración adecuada de la neutralidad tecnológica como principio jurídico en las comunicaciones electrónicas y en Internet”, en varios autores, *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela* (I), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.
- MARTÍNEZ-BASCUÑÁN RAMÍREZ, Máriam, 2016, “¿Cómo afecta la democracia digital a la crisis de la representación política?”, en varios autores, *La crisis contemporánea de la representación política*, Zaragoza, Comuniter.
- MATHIESEN, Kay, 2008, “Censorship and Access to Expression”, en HIMMA, Kenneth E. y TAVANI, Herman T., *The Handbook of Information and Computer Ethics*, Hoboken (New Jersey), John Wiley & Sons, Inc.



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de, 2003, “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, en DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*, Madrid, BOE-AEPDIRI.

MORACHIMO, Miguel, 2015, “El advenimiento de la anticipada neutralidad de red para Estados Unidos”, disponible en: <http://www.blawyer.org/2015/04/06/el-advenimiento-de-la-anticipada-neutralidad-de-red-para-estados-unidos/> (02/01/2017).

80

MOYA VALGAÑÓN, Carlos Vicente, 1979, “«Leviatán» como pretexto: T. Hobbes y la invención moderna de la Razón”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 5.

●
○
●

MUÑOZ MACHADO, Santiago, 2000, *La regulación de la red (poder y derecho en Internet)*, Madrid, Taurus.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, 2010, “La República del ciberespacio”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10.

Note, 2009, “The Mysteries of the Congressional Review Act”, *Harvard Law Review*, vol. 122.

OLMOS, Ana, 2016, “La gobernanza de Internet”, en PÉREZ BES, Francisco (coord.), *El derecho de Internet*, Barcelona, Atelier.

OTT, Brian L., 2017, “The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement”, *Critical Studies in Media Communication*, núm. 34/1, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/15295036.2016.1266686> (03/01/2019).

PAREJO ALFONSO, Luciano, 2016, *Estado y derecho en procesos de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PENASA, Simone, 2012, “La función normativa del conocimiento científico: la ciencia como objeto y como recurso normativos”, en CHUECA, Ricardo (ed.), *La investigación científica como derecho fundamental*, Granada, Comares.

PÉREZ LUÑO, Antonio, 2005, “El derecho y las nuevas tecnologías: impacto de la red en las libertades”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8.

PÉREZ LUÑO, Antonio, 2007, “Nuevas tecnologías, informática y derechos”, en varios autores, *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Madrid, Dykinson.

PÉREZ LUÑO, Antonio, 2011, “Internet y los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 12.

- PINELLI, Cesare, 2017, “Postverità, verità e libertà di manifestazione del pensiero”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2017.
- PITRUZZELLA, Giovanni, 2018, “La libertà di informazione nell’era di Internet”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2018.
- PIZZETTI, Francesco, 2017, “Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2017.
- PIZZORUSSO, Alessandro, 2009, “La producción normativa en tiempos de globalización”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11. 81
- PIZZORUSSO, Alessandro, 2005, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore. ●
- PRESNO LINERA, Miguel, 2017, “¿Se puede restringir el acceso a Internet por haber incumplido una Ley?”, blog *El derecho y el revés*, disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2017/12/28/se-puede-restringir-el-acceso-a-internet-por-haber-incumplido-una-ley/> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2017). ○
- PRESNO LINERA, Miguel, 2018, “La cuenta del presidente Trump en Twitter como foro público habilitado”, blog *El derecho y el revés*, disponible en: <https://presnolinera.wordpress.com/2018/05/24/la-cuenta-del-presidente-trump-en-twitter-como-foro-publico-habilitado/> (30/03/2019). ●
- QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, 1995, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- RAMÍREZ MORÁN, David, 2015, “Luces y sombras de la neutralidad en la red”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 15, disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA15-2015_NeutralidadRed_DRM.pdf (06/01/2018)
- REYNOLDS, Alexander, 2011, “Enforcing Transparency: A Data-Driven Alternative for Open Internet Regulation”, *CommLaw Conspectus*, vol. 19, núm. 2/2011.
- RIDOLA, Paolo, 2001, “Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica”, en CERVATI, Angelo A. y PANUNZIO, Sergio, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- RIDOLA, Paolo, 2010, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Luis Fernando, 2011, “Políticas de la «Federal Communications Commission» en materia de neutralidad de la red”, en CO-TINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Libertades de expresión e información en*

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València.

RUBIO, Diego, 2017, “La política de la posverdad”, *Política Exterior*, vol. 31, núm. 176.

RUIZ GÓMEZ, Luis M., 2014a, “Neutralidad de red y desarrollo de las TIC”, *Revista Universitaria Europea*, núm. 20.

82 RUIZ GÓMEZ, Luis M., 2014b, “Análisis de la competencia y neutralidad de red”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3049.

SALMONI, Fiammetta, 2001, *Le norme tecniche*, Milano, A. Giuffrè Editore.

●
○
● SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2004, “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2005, “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2009, “La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2014a, “Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 2.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2014b, “Ordenamientos privados y derecho constitucional”, en varios autores, *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela* (I), Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2016a, “El derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2016b, “El futuro jurídico de Internet: una aproximación constitucional a la neutralidad de la red”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, 2016c, “Unión Europea y globalización: reivindicando la Europa de los ciudadanos”, en varios autores, *Estudios en homenaje al profesor y magistrado Luis Ortega Álvarez*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, Remedio, 2011, “Conceptos clásicos de libertades informativas: redefinición e incidencia de las TICs”, en varios autores, *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio*,

amenazas y garantías, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València.

SCHULEMAN, Daniel A., 2018, “The FCC restoring Internet freedom order and zero rating or: how we learned to stop worrying and love the market”, *Journal of Law, Technology & Policy*, núm. 1/2018.

SIGÜENZA FLÓREZ, Alicia, 2016, “La libertad de expresión en Internet”, PÉREZ BES, Francisco (coord.), *El derecho de Internet*, Barcelona, Atelier.

SIMONETTI, Hadrian, 2009, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, Jovene Editore.

SUBIRATS, Joan, 2012, “¿Qué democracia tenemos?: ¿qué democracia queremos?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 46.

TERUEL LOZANO, Germán M., 2011, “El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, en varios autores, *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Valencia, Servei de Publicacions de la Universitat de València.

TERUEL LOZANO, Germán M., 2013, “Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI”, en varios autores, *Desafíos para los derechos de las personas ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

TEUBNER, Gunther, 2004, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?”, en JOERGES, Christian *et al.*, *Constitutionalism and Transnational Governance*, Oxford, Oxford Press.

TORRES SORIANO, Manuel R., 2013, “Internet como motor del cambio político: ciberoptimistas y ciberpesimistas”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 1.

TRAVIS, Hannibal, 2011, “The FCC’s New Theory of the First Amendment”, *Santa Clara Law Review*, vol. 51, núm. 2.

TREJO DELARBRE, Raúl, 2017, “En la era de la posverdad (la manipulación de las redes sociodigitales)”, *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, núm. 107.

TUSHNET, Mark, 2015, “Internet Exceptionalism: An Overview from General Constitutional Law”, *William & Mary Law Review*, núm. 56/4, dis-

83



JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

ponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol56/iss4/15> (fecha de consulta: 20 de noviembre de 2016).

VALADIER, Paul, 2017, “La posverdad, peligro para la democracia”, *Revista de Fomento Social*, núm. 286.

84 WILEY, Richard E. y SHUMATE, Brett, 2015, “Net Neutrality and the Rule of Law”, *Telecommunications & Electronic Media*, disponible en: <https://fedsoc.org/commentary/publications/net-neutrality-and-the-rule-of-law-1> (06/01/2018).

● WINNER, Langdon, 2001, “Dos visiones de la civilización tecnológica”, en ● ● ● LÓPEZ CERREZO, José A. y SÁNCHEZ RON, José M. (eds.), *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo*, Madrid, Biblioteca Nueva.

WU, Tim, 2003, “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2.

WU, Tim, 2015, “Net Neutrality: How the Government Finally got it Right”, *The New Yorker*, disponible en: <http://www.newyorker.com/news/news-desk/net-neutrality-shows-democracy-can-work> (05/01/2018).

ZAGREBELSKY, Gustavo, 2017, *Contra la ética de la verdad*, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Madrid, Trotta.

ZANON, Nicolò, 2018, “Fake news e diffusione dei social media: abbiamo bisogno di un’Autorità Pubblica della Verit’?”, *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, núm. 1/2018.

ZINK, Manfred, 2013, “Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile: aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas”, *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 3.

EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES
ESTATALES DEL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO, 2011-2017
*BUDGET OF SUBNATIONAL ENSURING BODIES OF ACCESS
TO INFORMATION RIGHT IN MEXICO, 2011-2017*



*José Said SÁNCHEZ MARTÍNEZ**

RESUMEN. El objetivo de esta investigación es explorar si el partido en el gobierno y la composición partidista en el congreso inciden en los presupuestos de los órganos garantes del derecho de acceso a la información (OG). Para lograrlo, se ofrece información de los presupuestos durante el periodo 2011-2017, y mediante un análisis cuantitativo, se determina si las variables de interés tienen el efecto esperado. Los datos muestran que hay diferencias importantes en los presupuestos de los OG, y que bajo gobiernos divididos su presupuesto es mayor.

PALABRAS CLAVE. Órganos garantes subnacionales, presupuesto, gobierno unificado, gobierno dividido.

ABSTRACT. *This paper aims to explore if the political party in government and the partisan composition in congress have an effect on the budget of subnational bodies that ensure access to information right. The paper shows evidence about budgets in the period 2011-2017, and using a quantitative analysis, determines if the predictor variables have the expected effect. It concludes that there are differences between budgets, and that in a divided government scenario they are bigger.*

* Profesor investigador de El Colegio de Jalisco; said.sanchez@coljal.edu.mx.
Fecha de recepción: 25 de marzo de 2019.
Fecha de dictamen: 17 de junio de 2019.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

KEY WORDS. *Ensuring bodies, access to information, budget, divided government, unified government*

I. INTRODUCCIÓN

86 El gasto público es la política más importante porque en él se determina cómo se distribuyen los recursos entre los diferentes temas y funciones del gobierno. Aunque parezca un asunto exclusivamente técnico, en su elaboración también se reflejan las preferencias de los participantes. En términos formales, son el poder Ejecutivo y el Legislativo quienes se encargan de darle forma y contenido al presupuesto de egresos. Por ello, la pregunta de esta investigación es: ¿las variables partidistas inciden en los presupuestos de los órganos garantes?

●
○
●

Para responderla, este trabajo busca ofrecer evidencia sobre el presupuesto destinado a los órganos garantes (OG) durante el periodo 2011-2017. Los OG a los que refiere el trabajo están encargados de, entre otras funciones, hacer efectivo el derecho de acceso a la información gubernamental que tienen los ciudadanos (CIDE-COMAIP, 2014), por lo tanto, juegan un papel esencial en la política de transparencia y acceso a la información, así como en los esfuerzos por combatir a la corrupción.

Si bien algunos estudios han ofrecido datos sobre el presupuesto de los OG (CIDE-COMAIP, 2010, 2014; INOGDAI, 2014, 2016), no se ha hecho un análisis más detallado que muestre las tendencias y las diferencias entre los estados. Sin duda, un mayor gasto destinado a este rubro no implica en automático que habrá una mejora en la política de transparencia, pero se trata de un recurso indispensable para su funcionamiento.

Al respecto, dado “que los OG no pueden autorizar por sí mismos los recursos financieros que empleará, se considera que el presupuesto asignado a estos órganos es un indicador del interés y del compromiso de los gobiernos estatales y federal con la transparencia y el acceso a la información pública” (CIDE-COMAIP, 2014: 133). En términos sintéticos, el presupuesto es “un indicador del compromiso real del Estado con las diversas funciones y obligaciones de las autoridades públicas” (INOGDAI, 2016: 8).

A pesar de la reforma constitucional de 2014 en materia de transparencia, aún existen dudas sobre la suficiencia presupuestaria de los OG. Por ejemplo, el comisionado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Óscar

Guerra, expresó a finales de 2016 que los gobiernos estatales no se preocupan por la transparencia, ya que existen diferencias importantes en el gasto que destinan a este rubro. Para el comisionado, tal limitación impide cumplir al 100% con las funciones de los OG (Morales, 2016). Incluso, los propios OG también han reconocido las limitaciones presupuestales para llevar a cabo sus funciones (Urrutia, 2016).

Sin duda, el escenario ideal sería que los recursos presupuestarios de los OG no estén al capricho de los cambios de gobierno y de las disputas partidistas entre el Ejecutivo y el Legislativo. No obstante, no debe olvidarse que a nivel subnacional se observa la convivencia de regímenes con diferentes características institucionales: algunos más próximos a la democracia y otros más similares al autoritarismo (Giraudy, 2015). Por ejemplo, se ha destacado que el margen de maniobra de los gobernadores “es mayor que el del presidente, porque... están menos vigilados y es mayor su capacidad de capturar congresos, tribunales, auditorías, órganos electorales y de acceso a la información locales” (Casar, 2017: 29). Paradójicamente, la “democracia dio a los gobernadores una autonomía notable, ya que en sus estados suelen controlar casi todo: desde el Congreso local hasta el Poder Judicial, pasando por los órganos supuestamente autónomos como los institutos electorales y las comisiones de derechos humanos” (Elizondo, 2012: 152). En suma, parece que los OG no se ubican en el mejor de los contextos políticos e institucionales para gozar de una mayor independencia presupuestaria.

Ya que los poderes Ejecutivo y Legislativo intervienen en la elaboración del presupuesto de los estados, las variables partidistas consideradas son la etiqueta o ideología del partido en el gobierno y la relación Ejecutivo-Legislativo (gobierno unificado o dividido). La hipótesis general es que estas variables inciden en los presupuestos de los OG. La información se obtuvo de las páginas web oficiales de los congresos, de los órganos públicos locales y de los presupuestos de egresos. El periodo de análisis (2011-2017) se determinó por cuestiones de disponibilidad de la información presupuestaria.

El artículo se estructura de la siguiente manera: en la primera sección se ofrece el argumento básico sobre los efectos que pueden tener la ideología del partido gobernante y la relación partidista Ejecutivo-Legislativo. Posteriormente, en la segunda sección se hace una descripción del gasto presupuestado de los OG. De forma comparativa, se muestran los datos respectivos de los órganos estatales de control interno (OECI) y de las entidades de fiscalización superior local (EFSL). Se hizo lo anterior porque



JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

junto con los OG, forman parte de los sistemas estatales anticorrupción de cada entidad y permiten tener una mejor idea de la magnitud del presupuesto de los OG. En esta sección también se realiza el análisis cuantitativo para determinar si las variables de interés están relacionadas con el presupuesto de los OG. Por último, se cierra con una sección de reflexiones.

88

II. IDEOLOGÍA PARTIDISTA Y RELACIÓN EJECUTIVO-LEGISLATIVO: ARGUMENTOS Y EVIDENCIA

- De manera general, el proceso presupuestario se compone de cuatro fases: elaboración, aprobación, ejecución y control (Nacif, 2005). A nivel estatal, en términos esenciales, las Constituciones facultan a los gobernadores para diseñar y presentar el proyecto de presupuesto de egresos al congreso, el cual lo analiza, modifica y aprueba. Una vez aprobado, se devuelve al Ejecutivo para (si no hay observaciones) su publicación. Durante el año fiscal, el Ejecutivo se encarga de ejercer el gasto. Finalmente, las entidades de fiscalización superior locales verifican que los recursos se hayan erogado con apego a las leyes respectivas.

Debido al papel que juega el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la aprobación del gasto público, esta investigación busca no sólo ofrecer información sobre el presupuesto de los OG, sino también explorar si las variables partidistas inciden en su magnitud. Para ello, se consideran los argumentos del enfoque partidista en el aspecto de la ideología y en la relación Ejecutivo-Legislativo. En ambos argumentos los partidos políticos son esenciales para el tipo de decisiones que toman los gobiernos. Por un lado, los partidos políticos importan como fuente de ideología, la cual les permite no sólo distinguir frente a los demás partidos, sino también reflejarla en el contenido de la política pública. Por el otro, los partidos importan como un instrumento de coordinación o conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, dependiendo del tipo de relación partidista que exista entre ellos. A continuación se exponen ambos argumentos.

La teoría partidista argumenta que la ideología de los partidos políticos influye en el contenido y las características de las políticas públicas que serán implementadas una vez que estén en el gobierno (Hartmann, 2015; Schmitt, 2016). Aquí se entiende por ideología al sistema de ideas que permiten interpretar el mundo en diversos aspectos, desde el tipo de relaciones sociales hasta el papel que debe tener el Estado en la sociedad y la

economía. La ideología de los partidos políticos se expresa en sus plataformas, manifiestos y programas (Vassallo y Wilcox, 2006), y permite no sólo identificar qué problemas merecen atención, sino también cómo se van a solucionar (Budge, 2006).

Los primeros argumentos que establecieron una correspondencia entre la ideología partidista y ciertas variables económicas fueron propuestos por Hibbs (1977). El autor parte de la idea de que el gobierno puede influir en los niveles de desempleo e inflación por medio de la manipulación de la política monetaria y fiscal. La causa de esta manipulación es que el gobierno responde a las preferencias de sus electores. Hibbs indica que los grupos sociales de ingresos bajos tienen más aversión por el desempleo que por la inflación, mientras que los de ingresos altos prefieren una inflación baja y un alto desempleo. Por lo tanto, las decisiones de política macroeconómica de los partidos en el gobierno reflejarán las preferencias de su electorado: los gobiernos de izquierda se enfocarán en reducir el desempleo y los gobiernos de derecha buscarán reducir la inflación.

La distinción entre un partido de derecha y uno de izquierda se basa en la postura que toman en cuestiones políticas relevantes, como son los aspectos económicos y sociales. Por ejemplo, se ha señalado que los partidos de izquierda tienen las siguientes preferencias (Hartmann, 2015): que los medios de producción estén en el sector público; un papel fuerte del gobierno en la planeación económica; apoyo a la distribución del ingreso desde los estratos altos hacia los bajos; expansión del estado de bienestar; bajo desempleo; alto gasto gubernamental; preferencia de la calidad sobre la cantidad del crecimiento económico, y bienestar para los menos privilegiados.

En contraste, las preferencias de los partidos de derecha son: que los medios de producción se ubiquen en el sector privado; un papel débil del estado en la planeación económica; oposición a la redistribución del ingreso; resistencia a la expansión del estado de bienestar; baja inflación; economía estable con un presupuesto balanceado y reducción del déficit; bajo gasto gubernamental; preferencia por el crecimiento económico *per se*, independientemente de sus efectos distributivos, y la no atención especial a los menos privilegiados.

Por otro lado, a partir de la revisión de diversos documentos de los partidos políticos y de la opinión de expertos, se ha demostrado que los gobiernos de derecha enfatizan la libertad, especialmente en la economía, buscan reducir el estado de bienestar, mantener la sociedad ordenada,



JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

y contar con una defensa militar fuerte, mientras que los partidos de izquierda prefieren expandir la esfera del gobierno, así como el estado de bienestar, la protección laboral y la paz internacional (Budge, 2006; Schmidt, 2010).

90 Igualmente, se ha demostrado que la distinción izquierda-derecha es una representación aceptable de las preferencias que tiene cada partido político, y es entendida por las élites partidistas y por los electores (Budge, 2006; Vassallo y Wilcox, 2006). También se ha comprobado que las preferencias sobre determinadas políticas públicas están asociadas con la ubicación de los partidos en la dimensión izquierda-derecha (McDonald *et al.*, 2007).

● ¿Qué muestra la evidencia sobre los efectos de la ideología partidista? Cabe destacar que la mayor parte de la investigación se ha basado en comparaciones internacionales¹ y sus resultados son contrastantes: unos señalan que sí hay efectos, otros indican que son débiles o que dependen de otras condiciones (Herwartz y Theilen, 2014; Kittel y Obinger, 2003; Loftis y Mortensen, 2017; Potrafke, 2011; Russo y Verzichelli, 2016; Schmitt, 2016).

En México, sólo algunos estudios han considerado a la ideología partidista como variable explicativa en diversos temas del gasto público. Por ejemplo, Velázquez (2006) estudió el gasto total de los estados durante el periodo 1993-2002. Uno de sus hallazgos fue que los gobiernos panistas gastaron menos que los priistas, mientras que los perredistas gastaron más que los priistas.

Otro análisis es el de Ibarra (2013), quien se enfocó en la dependencia financiera de los estados durante el periodo 1998-2006. Sus hallazgos indican que hubo un efecto parcial de la ideología del partido que está en el gobierno.

Por su parte, Ingram (2012) estudió el gasto en el Poder Judicial en los estados durante el periodo 1993-2009. Entre sus resultados destaca que los gobiernos del Partido de la Revolución Democrática (PRD) y los del Partido Acción Nacional (PAN) gastaron más en sus poderes judiciales que los gobiernos del Partido Revolucionario Institucional (PRI).

En contraste con los resultados anteriores, la investigación de Montemayor (2003), la cual se enfocó en la deuda pública subnacional durante el periodo 1993-1999, no encontró un efecto del partido en el gobierno.

¹ La mayoría de estos estudios analiza a los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en diferentes periodos.

Respecto a la relación Ejecutivo-Legislativo, se ha argumentado que ella depende de dos elementos: los poderes constitucionales y los poderes partidistas del Ejecutivo (Mainwaring y Shugart, 2002). Los primeros consisten en los poderes formales inherentes al cargo del presidente. Mediante ellos puede cambiar o mantener el *statu quo*. Pero la efectividad de estos poderes depende de la dimensión partidista, es decir, del apoyo que tenga el Ejecutivo en el congreso. Como se ha señalado, uno “de los temas más importantes para las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo de los sistemas presidenciales es el tamaño relativo del partido del presidente” (Mainwaring y Shugart, 2002: 257). Si el gobierno tiene la mayoría en el congreso, hay una unificación de propósitos; de lo contrario, emerge la separación. Lo anterior equivale a los términos más familiares de “gobierno unificado” y “gobierno dividido”, respectivamente.

91

El modelo del gobierno de partido (*party government*) considera al partido político como un instrumento de unión que permite generar una acción coordinada y homogénea entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, lo que podría generar un gobierno efectivo (Sundquist, 1988). Para que lo anterior ocurra, es necesario que el partido en el gobierno tenga la mayoría de escaños, que el presidente sea reconocido como el líder del partido y que existan altos grados de disciplina (Sundquist, 1988). Bajo tales condiciones, el presidente es quien determina las acciones del congreso y logra obtener apoyo para sus políticas. En otras palabras, los “frenos y contrapesos son neutralizados de forma considerable si el presidente y una mayoría *disciplinada* del mismo partido tienen un control unificado sobre el gobierno” (cursivas en original, Mainwaring y Shugart, 2002: 257).

Sin embargo, cuando ambas ramas se encuentran en manos de partidos diferentes, los efectos establecidos por el modelo del gobierno de partido son distintos. Bajo un gobierno dividido, el partido político del presidente tiene más obstáculos para coordinar la acción entre los poderes, ya que las preferencias partidistas son las que dominan su relación (Kernell, 1991). Por lo tanto, al sistema de pesos y contrapesos que existe en términos formales se añade la separación de propósitos (división partidista). Además, debido a la legitimidad democrática dual (Linz, 1998), derivada del hecho de que ambos poderes son electos mediante el voto popular, es más probable que bajo gobiernos divididos cada uno se proclame como el verdadero representante de la voluntad popular, lo que en ciertos casos podría generar parálisis política (Sundquist, 1988). No obstante, ante esta idea negativa también se ha señalado que el sistema de pesos y contrape-

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

92 sos puede activar específicamente las funciones de control del congreso frente al Ejecutivo (Beer, 2001, 2000).

¿Qué indica la evidencia empírica? En las investigaciones realizadas para el congreso estadounidense aún no existe un consenso sobre el efecto del gobierno dividido en temas como la legislación (Binder, 2003, 1999; Coleman, 1999; Edwards, Barret y Peake, 1997; Howell *et al.*, 2000; Kelly, 1993; Mayhew, 1991). En el tema del gasto público se encuentran diferencias más claras entre los gobiernos divididos y los unificados (McCubbins, 1991; Kiewiet y McCubbins, 1985a, 1985b).

● En el caso mexicano, si bien en el nivel federal existe cierto consenso
○ sobre el efecto del gobierno dividido, a nivel subnacional los resultados son
● contrastantes. En el caso del tema del gasto subnacional, se pueden destacar los siguientes estudios. Una de las primeras investigaciones fue la de Montemayor (2003), la cual buscó explicar los niveles de deuda de los gobiernos estatales entre 1993 y 1999. Halló que con gobierno unificado hubo mayor deuda que con gobierno dividido.

Carpizo (2012) también se enfocó en explicar los niveles de deuda pública a nivel subnacional, pero durante el periodo 2003-2010. Sus resultados señalan que los estados con gobiernos no unificados, específicamente con mayoría relativa, tuvieron más deuda que aquellos con gobiernos unificados.

La investigación de Armesto (2015) se enfocó en el gasto particularista en los gobiernos subnacionales de México y Argentina. Sus resultados indicaron que los gobiernos divididos no tienen un efecto sobre el gasto particularista.

Armesto y Olmeda (2018), por su parte, también analizaron el gasto particularista en los estados. Sus resultados mostraron que el gobierno dividido sí tuvo un impacto. Cabe señalar que este resultado es opuesto al de una publicación previa de los mismos autores (Armesto y Olmeda, 2016).

A partir de los argumentos expuestos, en esta investigación se establecen las siguientes hipótesis. En el caso del tema de la transparencia, ¿cómo afecta la ideología la postura del gobierno? Difícilmente algún gobernador va a expresarse en contra de ella en su plataforma de gobierno o en sus discursos, sobre todo ante la legitimidad que el tema ha ganado entre los ciudadanos y la academia. Por ejemplo, en el Plan Estatal de Desarrollo 2010-2016 del gobierno de César Duarte, quien ha sido acusado de diversos actos de corrupción, existe todo un programa a favor de la transparencia y la rendición de cuentas (Gobierno del Estado de Chihua-

hua, 2010). Lo mismo ocurrió con el ex gobernador Javier Duarte, también señalado por actos de corrupción, en cuyo Plan Veracruzano de Desarrollo 2011-2017 se expresa: “Todos los actos y acciones de esta Administración habrán de caracterizarse por su transparencia y el comportamiento probo de los servidores públicos que participen” (Gobierno del Estado de Veracruz, 2011: 34).

Si bien todos los partidos pueden expresarse a favor de la transparencia, lo que importa es el apoyo establecido en el presupuesto de los OG. De acuerdo con el argumento expuesto anteriormente, los partidos de derecha son más propensos a reducir el gasto público que los de izquierda. Por lo tanto, la hipótesis que se establece es:

H1: los estados gobernados por el PAN destinarán menos presupuesto a los OG en comparación con los otros gobiernos.²

En el caso de la relación Ejecutivo-Legislativo, ya que ambos poderes participan en la elaboración del presupuesto estatal, se argumenta que bajo gobiernos divididos, el congreso ejercerá su función de control frente al Ejecutivo. Uno de los instrumentos para ello es mediante el adecuado funcionamiento de los OG; por lo tanto, es posible que el congreso aumente su presupuesto. En el escenario opuesto, con gobierno unificado, el congreso respetará el contenido del presupuesto de egresos. En síntesis, la hipótesis es:

H2: bajo gobiernos divididos habrá un mayor presupuesto a los OG en comparación con los gobiernos unificados.

En la siguiente sección se describen los datos y los resultados del análisis estadístico.

² Ya que durante el gobierno federal panista se creó la ley y el OG en materia de transparencia y acceso a la información pública, se podría plantear la hipótesis en la dirección opuesta, es decir, que los gobiernos estatales panistas estarán más comprometidos y destinarán más presupuesto a los OG. Sin embargo, la creación de estos organismos no implica *per se* un respaldo presupuestal en los siguientes años. Además, ya que el texto se concentra en cuestiones de gasto, se tomó en consideración cómo se comportarían los gobiernos en este aspecto de acuerdo con su ideología.



JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

III. EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES, 2011-2017

Como se indicó en la introducción, los OG son los encargados de hacer efectivo el derecho de acceso a la información gubernamental que tienen los ciudadanos. Pero también tienen otras facultades, como capacitar a los sujetos obligados, promover la cultura de la transparencia, expedir lineamientos y criterios de interpretación, vigilar que la información pública de oficio esté actualizada en los portales de los sujetos obligados, entre otras (CIDE-COMAIP, 2014). En consecuencia, tienen a su cargo diversas tareas sustantivas y forman una parte fundamental en la política de transparencia y rendición de cuentas. En la tabla 1 se muestran las denominaciones actuales de los OG que se analizan en esta sección.

94

-
-
-

TABLA 1. ÓRGANOS GARANTES EN LOS ESTADOS

<i>Estado</i>	<i>Órgano garante</i>
Aguascalientes	Instituto de Transparencia del Estado de Aguascalientes
Baja California	Instituto de Transparencia de Baja California
Baja California Sur	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del Estado de Baja California Sur
Campeche	Comisión de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Campeche
Coahuila	Instituto Coahuilense de Acceso a la Información Pública
Colima	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos del Estado de Colima
Chiapas	Instituto de Acceso a la Información Pública del Estado de Chiapas
Chihuahua	Instituto Chihuahuense para la Transparencia y Acceso a la Información Pública
Ciudad de México	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México
Durango	Instituto Duranguense de Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales
Guanajuato	Instituto de Acceso a la Información Pública para el Estado de Guanajuato
Guerrero	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del Estado de Guerrero

EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES ESTATALES DEL DERECHO...

<i>Estado</i>	<i>Órgano garante</i>
Hidalgo	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos Personales del Estado de Hidalgo
Jalisco	Instituto de Transparencia, Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Jalisco
Estado de México	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipio
Michoacán	Instituto Michoacano de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
Morelos	Instituto Morelense de Información Pública y Estadística
Nayarit	Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Nayarit
Nuevo León	Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León
Oaxaca	Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Oaxaca
Puebla	Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Puebla
Querétaro	Comisión de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Querétaro
Quintana Roo	Instituto de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de Quintana Roo
San Luis Potosí	Comisión Estatal de Garantía de Acceso a la Información Pública del Estado de San Luis Potosí
Sinaloa	Comisión Estatal para el Acceso a la Información Pública
Sonora	Instituto Sonorense de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales
Tabasco	Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Tamaulipas	Instituto de Transparencia y Acceso a la Información de Tamaulipas
Tlaxcala	Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Tlaxcala
Veracruz	Instituto Veracruzano de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
Yucatán	Instituto Estatal de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales



JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

<i>Estado</i>	<i>Órgano garante</i>
Zacatecas	Instituto Zacatecano de Transparencia y Acceso a la Información y Protección de Datos Personales

FUENTE: elaboración propia con información de las páginas oficiales de los OG. Fecha de consulta: 26 de junio de 2019.

96 Se ha señalado que todos los OG del país cuentan con una autonomía reconocida, que existe una mejora en la creación de manuales de operación y procedimientos, que han aumentado sus atribuciones y universos de acción, y que los comisionados están en condiciones de ejercer su mandato de tiempo completo, entre otros avances. No obstante, también se ha destacado que los OG tienen retos importantes. Por ejemplo, no se ha desarrollado un servicio profesional de carrera efectivo, hay un estancamiento en la asignación presupuestal y cuentan con un poder débil de incidencia en los sujetos obligados (CIDE-COMAIP, 2014).

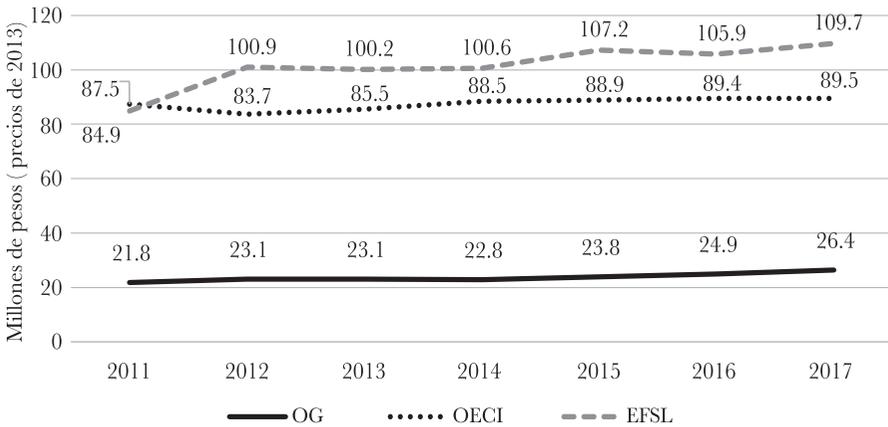
En relación con el presupuesto de los OG, el CIDE-COMAIP (2014) analizó información en el periodo 2010-2013. Uno de los resultados fue que el presupuesto asignado a los OG no fue tan significativo como en los primeros años de institucionalización de tales organismos (CIDE-COMAIP, 2014). Como se indicó en la introducción, si bien un presupuesto suficiente no garantiza un buen desempeño, sin duda es esencial para las tareas de los OG. Además, a pesar de la reciente reforma constitucional en materia de transparencia, aún se muestran preocupaciones por la suficiencia de recursos de los OG.

¿Cuál es la situación actual? En la gráfica 1 se muestra el presupuesto promedio anual de los OG para las 32 entidades durante el periodo 2011-2017. Para tener una mejor comprensión de las cifras, de manera comparada se considera el presupuesto de los OECEI y de las EFSL.³ Además, los tres organismos forman parte de los sistemas estatales anticorrupción de cada entidad, por lo que resulta pertinente la comparación. Destaca que el presupuesto de los OG es mucho menor que el de las otras dos instituciones. En 2011 los OG registraron un presupuesto promedio de 21.8 millones de pesos y cerraron 2017 con 26.4 millones (a precios de 2013). Por su parte, el presupuesto de los OECEI ha oscilado entre 83.7 y 89.5 millones de pesos, mientras que el de las EFSL ha oscilado entre 84.9 y 109.7 millones de pesos. A lo largo del periodo, los OG han registrado un aumento discreto pero constante, lo cual también ocurrió en los OECEI y las EFSL.

³ En el caso de los estados de Baja California Sur, Michoacán y Guanajuato no se pudo obtener la información correspondiente para sus EFSL.

EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES ESTATALES DEL DERECHO...

GRÁFICA 1. PRESUPUESTO PROMEDIO ANUAL DE LOS OG, 2011-2017



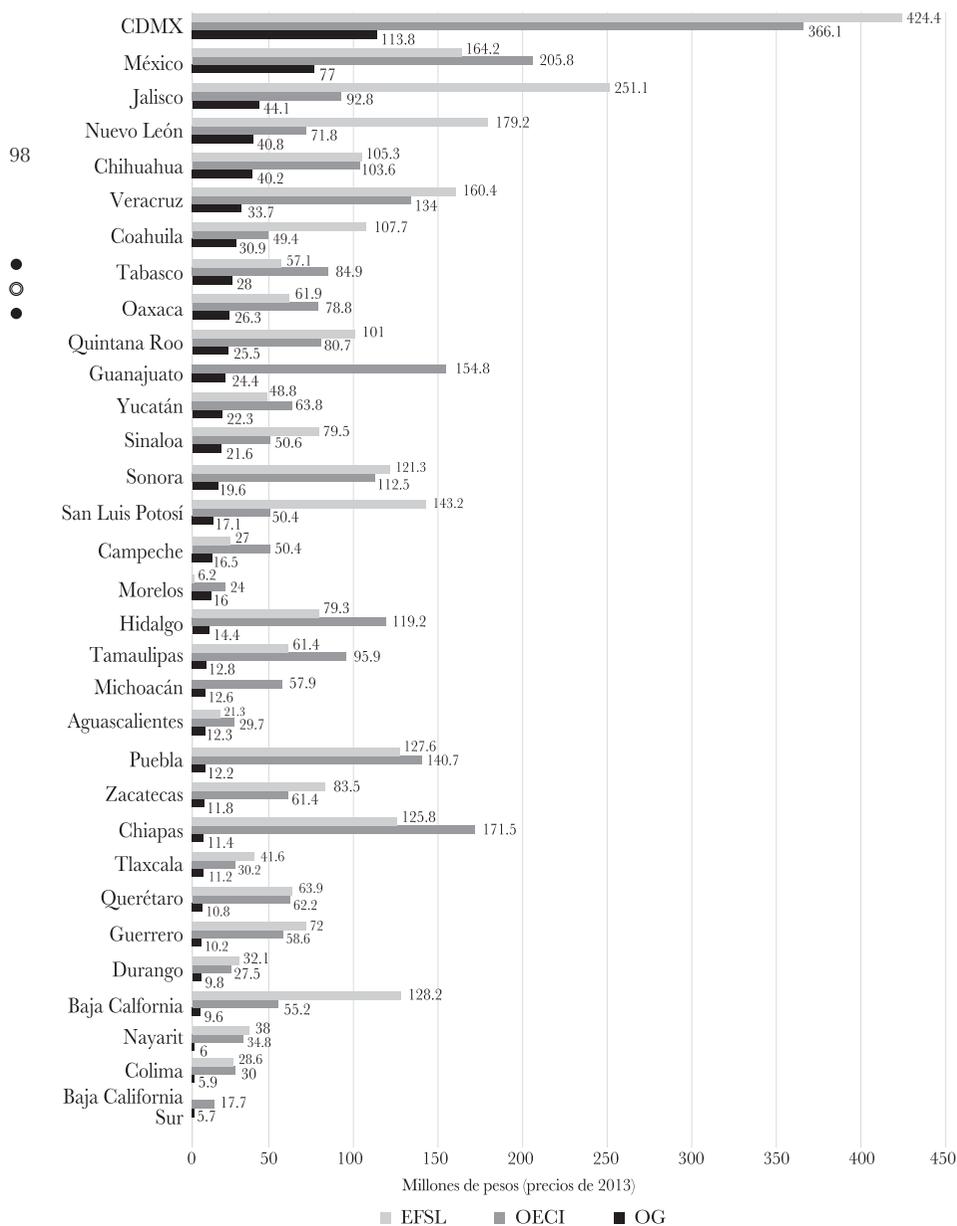
FUENTE: elaboración propia con datos de los presupuestos de egresos de cada estado.

Sin embargo, los datos anteriores ocultan las diferencias entre los estados. En la gráfica 2 se expone el presupuesto promedio por estado durante el periodo 2011-2017. El promedio general del gasto presupuestado de los OG es de 23.7 millones de pesos. Se aprecia de manera clara que el OG de la Ciudad de México se aleja considerablemente del promedio general, con un presupuesto promedio de 113.8 millones de pesos. Le sigue el OG del Estado de México, con 77 millones, y en tercer lugar, Jalisco, con 44.1 millones de pesos. En el extremo opuesto se ubica Baja California Sur, con un presupuesto promedio de 5.7 millones de pesos, seguido de Colima y Nayarit con 5.9 y 6 millones de pesos, respectivamente.

Los datos también muestran de manera clara que los presupuestos de los OG están muy por debajo de los correspondientes a los OECI y las EFSL. No obstante, en algunos casos las diferencias son más amplias. Por ejemplo, en Chiapas el presupuesto promedio del OG fue de 11.4 millones de pesos, mientras que el OECI y la EFSL tuvieron 171.5 y 125.8 millones respectivamente, es decir, más de diez veces el monto de aquél. Una situación similar se aprecia en Puebla, cuyo OG tuvo un presupuesto promedio de 12.2 millones, mientras que el OECI y la EFSL tuvieron 140.7 y 127.6 millones de pesos respectivamente. En otros estados la diferencia ha sido menor. En Aguascalientes el presupuesto promedio del OG, OECI y EFSL ha sido de 12.3, 29.7 y 21.3 millones de pesos respectivamente. Asimismo, en Morelos el OG tuvo un presupuesto de 16 millones, el OECI contó con 14 millones y la EFSL con 6.2 millones de pesos.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

GRÁFICA 2. PRESUPUESTO PROMEDIO DE LOS OG
 POR ESTADO, 2011-2017



FUENTE: elaboración propia con datos de los presupuestos de egresos de cada estado.

Lo anterior es sólo un primer acercamiento. No obstante, es preciso controlar el presupuesto por la población de cada estado. En tal sentido, en la gráfica 3 se expone el presupuesto per cápita de los OG, OECI y EFSL. Con este indicador, el promedio presupuestal de los OG es de 7.2 pesos por habitante. El OG de Campeche es el que tiene la mayor cantidad, con 18.3 pesos por habitante, seguido de Quintana Roo, con 17.2, y la Ciudad de México, con 12.6 pesos. En el lado opuesto se encuentra el OG de Puebla, con sólo 2 pesos por habitante. Le siguen Chiapas y Michoacán con 2.2 y 2.7 pesos.

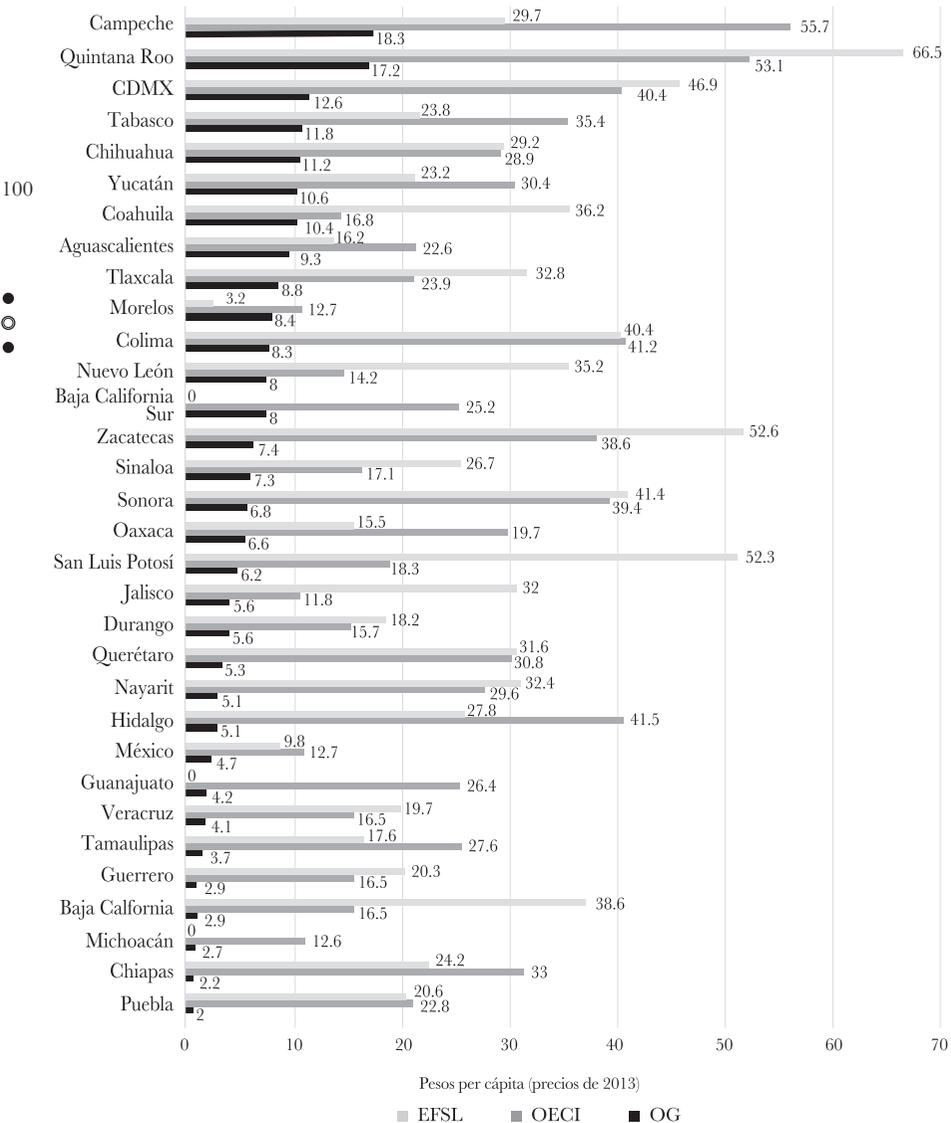
99

Las diferencias se mantienen incluso cuando se comparan a estados con una población similar. Por ejemplo, Chihuahua y Tamaulipas cuentan con 3.8 y 3.6 millones de habitantes respectivamente; sin embargo, en el primer estado el OG tiene un presupuesto promedio de 11.2 pesos por habitante, y el segundo, uno de 3.7 pesos. Otro par de casos son Coahuila y Guerrero, con una población de 3 y 3.6 millones respectivamente, pero el OG del primero tiene un presupuesto promedio de 10.4 pesos, y el del segundo, uno de 2.9 pesos por persona.

Con este indicador también se mantienen las diferencias entre los presupuestos de las tres instituciones. Las diferencias extremas se ubican en Puebla y Chiapas. En Puebla, el presupuesto del OECI y de la EFSL supera en poco más de diez veces al del OG, ya que contaron con 22.8 y 20.6 pesos por habitante, mientras que aquél tuvo un promedio de 2 pesos. En Chiapas, el OG registró un gasto promedio de 2.2 pesos, en tanto que el OECI y la EFSL tuvieron 33 y 20.6 pesos por habitante. Algunos de los estados con los menores contrastes son Campeche, Tabasco, Yucatán, Coahuila, Aguascalientes, Oaxaca y Durango, en donde los OECI y las EFSL tuvieron un presupuesto que duplicó o triplicó al de los OG.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

GRÁFICA 3. PRESUPUESTO PROMEDIO DE LOS OG, 2011-2017



FUENTE: elaboración propia con datos de los presupuestos de egresos de cada estado e INEGI.

Finalmente, hay que observar cómo se ha comportado el presupuesto de los OG a lo largo del tiempo en cada estado. Por cuestiones de claridad, en la gráfica 4 sólo se muestra el presupuesto de los OG. La variación en

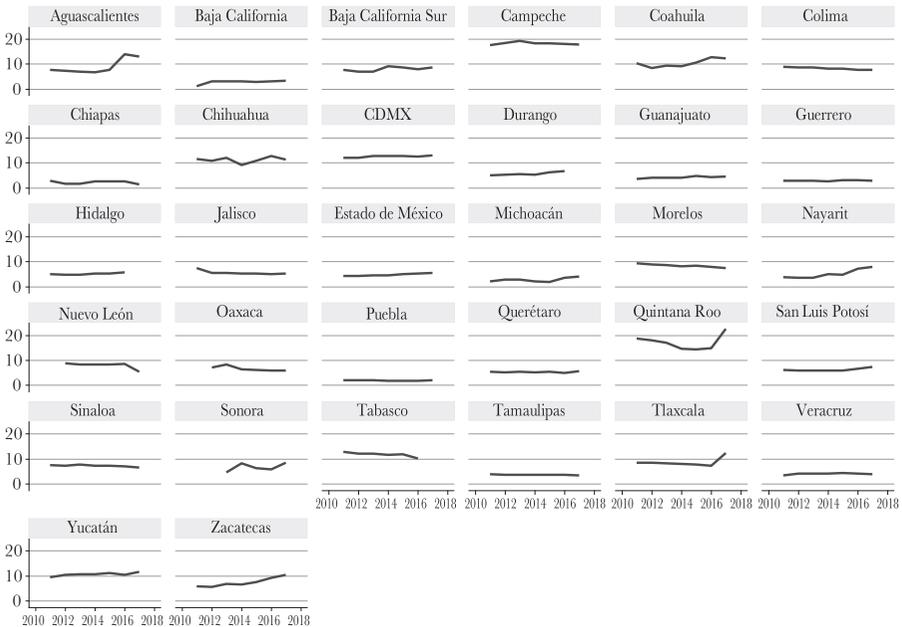
EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES ESTATALES DEL DERECHO...

el presupuesto al interior de cada estado ha sido poca. No obstante, se pueden destacar algunos estados con cambios que no hay que pasar por alto. Por ejemplo, en Aguascalientes, entre 2011 y 2015 el OG tuvo un presupuesto entre los 7 y 8 pesos por habitante, pero subió en 2016 y 2017 a 13.9 y 12.9 pesos, respectivamente. En Nayarit se observa que en 2011 el presupuesto del OG fue de 3.7 pesos por habitante, en 2014 llegó a 4.9 pesos y en 2017 cerró con 7.9. También se puede mencionar a Zacatecas, cuyo OG tuvo un presupuesto en 2011 de 5.8 pesos, en 2015 subió a 7.4, y cerró 2017 con 10.4 pesos por habitante. Por el otro lado, hay que señalar a los estados que han mantenido constante el nivel de presupuesto de sus OG. Por ejemplo, Colima ha mantenido un presupuesto entre 7.6 y 8.9 pesos por habitante; en Tamaulipas ha oscilado entre 3.5 y 3.9 pesos, y en Puebla, entre 1.8 y 2.1 pesos por habitante. Mención aparte merece Quintana Roo, en donde al inicio del periodo registró un presupuesto de 18.6 pesos por habitante, pero se fue reduciendo hasta los 14.4 pesos en 2015, y volvió a aumentar a 22.6 pesos en 2017.

101



GRÁFICA 4. PRESUPUESTO PER CÁPITA DE LOS OG POR ESTADO, 2011-2017



FUENTE: elaboración propia con datos de los presupuestos de egresos de cada estado e INEGI.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

102

●
○
●

Los datos anteriores muestran que hay importantes diferencias en los presupuestos de los OG de cada estado. Incluso éstas persisten entre estados con poblaciones similares. Si el presupuesto destinado a los OG se puede interpretar como un compromiso del gobierno con el tema de la transparencia y el acceso a la información, ¿por qué unos estados muestran más compromiso que otros?, ¿qué variables podrían explicar las diferencias presupuestales? Ya que el poder Ejecutivo y Legislativo se encargan de diseñar y aprobar el presupuesto del estado, es preciso determinar si el presupuesto de los OG es afectado por el partido político en el gobierno y por el tipo de relación partidista de éste con el congreso. Para comprobar lo anterior, se hará un análisis para datos de tipo panel. El panel cuenta con datos para las 32 entidades durante el periodo 2011-2017. En la tabla 2 se expone la estadística descriptiva de las variables de interés. Se observa que durante el periodo de estudio el 12% de los estados fueron gobernados por el PAN, 62% por el PRI, 27% por el PRD, y 11% por una alianza PAN-PRD. En el caso de la relación Ejecutivo-Legislativo, el 64% de los estados estuvo en un contexto de gobiernos divididos, mientras que el resto tuvo gobiernos unificados.

TABLA 2. ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA

<i>Variable</i>	<i>Media</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>	<i>Observaciones</i>
<i>Presupuesto per cápita de los OG¹</i>	7.2	4.1	1.3	22.6	213
<i>Presupuesto (precios de 2013)</i>	23.6	22.4	4.1	116.6	213
<i>Partido en el gobierno</i>	1.2	0.8	0	3	222
PAN					32 (14%)
PRI ²					138 (62%)
PRD					27 (12%)
PAN-PRD					25 (11%)
<i>Estatus del gobierno</i>	0.6	0.5	0	1	222
Gobierno dividido					143 (64%)

EL PRESUPUESTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES ESTATALES DEL DERECHO...

Gobierno unificado					79 (36%)
PIB estatal (miles de millones) ³	497,571.8	513,592.2	86,031.7	3,044,809	222

FUENTE: elaboración propia con datos del INEGI, los presupuestos de egresos de cada estado, los organismos públicos locales electorales y solicitudes de acceso a la información a los congresos estatales.

¹ Pesos a precios de 2013.

² Ya que el PVEM gobernó un solo estado y ganó en alianza con el PRI (Chiapas), se contabilizó en el grupo de este partido.

³ INEGI, precios de 2013.

103

Después de aplicar las pruebas correspondientes, se determinó utilizar efectos fijos. Ya que se detectaron problemas de heteroscedasticidad y autocorrelación, se utilizaron estimadores con errores estándar corregidos para panel (*panel corrected standard errors* o PCSE). El modelo es:

$$POG_{i,t} = \beta_1 pg_{i,t} + \beta_2 gd_{i,t} + \beta_4 lpib_{i,t} + E_i + \varepsilon_{i,t}$$

En donde *POG* es el presupuesto per cápita del OG; *pg* es la variable categórica para el partido político en el gobierno⁴ (PAN: *pg*₁=0, *pg*₂=0, *pg*₃=0; PRI: *pg*₁=1, *pg*₂=0, *pg*₃=0; PRD: *pg*₁=0, *pg*₂=1, *pg*₃=0; PAN-PRD: *pg*₁=0, *pg*₂=0, *pg*₃=1); *gd* es una variable dicotómica para la relación partidista Ejecutivo-Legislativo (gobierno dividido vertical=1; gobierno unificado vertical=0); *lpib* es el logaritmo natural del producto interno bruto estatal, y *E* se refiere a las características de los estados. Además, se añade otro modelo considerando el presupuesto bruto en millones de pesos (a precios de 2013), en el cual se controla por el PIB y la población.

Los resultados se muestran en la tabla 3. Se observa que, tomando como grupo de referencia a los gobiernos del PAN, contrario a la dirección de la hipótesis H1, los gobiernos del PRI y del PRD destinan menos presupuesto a sus respectivos OG. En promedio, destinan 0.6 y 0.7 pesos per cápita menos comparados con el PAN. En el caso de los gobiernos del PAN-PRD, se obtiene un signo positivo, pero el resultado no es estadísticamente significativo. No se puede confirmar la dirección de la H1. En el caso de los gobiernos divididos, se aprecia que en estas circunstancias los

⁴ Cabe señalar que no se incluyeron los años correspondientes del gobierno de Jaime Rodríguez Calderón, ya que al ser el único sin una afiliación partidista tiene pocas observaciones.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

OG tienen 0.5 pesos per cápita más comparados con los gobiernos unificados, lo cual permite confirmar la hipótesis H2.

104 Sin embargo, los resultados del segundo modelo muestran algunas diferencias. En primer lugar, con respecto a los efectos de la ideología de los partidos gobernantes, se observa que los signos son los mismos del modelo 1, pero en este caso dejan de ser estadísticamente significativos. En otros términos, no se puede afirmar que hay diferencias en los presupuestos de los OG en función del partido en el gobierno. En el caso de la relación partidista Ejecutivo-Legislativo, se aprecia que nuevamente se confirma el signo esperado, el cual es estadísticamente significativo. En este contexto, el presupuesto de los OG es, en promedio, 1.4 millones mayor comparado con escenarios de gobierno unificado.

TABLA 3. RESULTADOS

<i>Variable</i>	<i>Modelo 1. Presupuesto per cápita</i>	<i>Modelo 2. Presupuesto (millones de pesos a precios de 2013)</i>
PRI	-0.6459* (0.3809)	-1.4944 (1.1061)
PRD	-0.7098** (0.3813)	-0.8770 (1.1803)
PAN-PRD	0.6576 (0.4400)	1.0741 (1.1114)
Gobierno dividido	0.5072** (0.2275)	1.4421** (0.6005)
PIB estatal (logaritmo natural)	4.7944*** (1.2219)	13.0421*** (3.7062)
<i>Población (logaritmo natural)</i>		14.4103* (8.0046)
R ²	0.9329	0.9808
Observaciones	213	213
* p<= 0.1 ** p<= 0.05 *** p<= 0.01		

IV. REFLEXIONES FINALES

Los datos sobre el presupuesto destinado a los OG muestran que existen diferencias importantes entre los estados. Incluso, las diferencias persisten una vez que se controla por la población. Si se considera que los OG tienen funciones relativamente similares, entonces existe un serio problema, ya que las están ejerciendo con recursos presupuestarios desiguales. Sin duda, un presupuesto suficiente no implica que en automático estos órganos se desempeñarán de manera eficiente y eficaz. No obstante, se trata de un elemento necesario para su funcionamiento. De forma comparativa, se mostraron los presupuestos respectivos de los OECEI y las EFSL para dar cuenta de la magnitud de los recursos de los OG. En términos generales, se observó que los OG cuentan con un presupuesto mucho menor.

105

Si se considera el presupuesto de los OG como un indicador del compromiso de los gobiernos con el tema de la transparencia y el acceso a la información, entonces se puede decir que no todos tienen el mismo nivel de compromiso. ¿Qué podría explicar lo anterior? De forma exploratoria, aquí se buscó determinar si el partido en el gobierno y la relación partidista Ejecutivo-Legislativo están relacionados con el nivel de presupuesto dirigido a los OG. En el caso de la ideología del partido en el gobierno, los resultados mostraron un signo contrario al esperado, es decir, los gobiernos panistas destinaron más presupuesto a los OG. Además, la significancia estadística no se mantuvo en los dos modelos propuestos. Por ello, con la información disponible no se puede afirmar que la ideología partidista tenga un efecto sobre los presupuestos de los OG. En futuros trabajos será preciso ampliar el periodo de estudio para obtener más observaciones y resultados más robustos. Lamentablemente, lo anterior a menudo depende de la disponibilidad de la información presupuestal.

En el caso del gobierno dividido, los resultados mostraron que en este contexto los OG tuvieron un mayor presupuesto que bajo gobiernos unificados. Lo anterior se confirmó en los dos modelos. Esto podría significar que cuando el gobernador no tiene la mayoría en el congreso, la oposición trata de que los OG tengan los recursos necesarios para su funcionamiento. En otras palabras, con gobiernos divididos el congreso muestra un mayor compromiso con la política de transparencia y acceso a la información en comparación con el escenario opuesto. En futuras investigaciones será necesario mostrar el mecanismo causal que conecta ambas variables.

En síntesis, los datos muestran que hay variaciones considerables en los presupuestos de los OG. A pesar de la reciente reforma constitucional

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

en materia de transparencia y acceso a la información, las diferencias presupuestales persisten. Será preciso hacer un análisis temporal más amplio y considerar otras variables explicativas. Finalmente, el siguiente paso en la investigación es identificar los efectos concretos que tiene el presupuesto sobre el desempeño de los OG y sobre el combate a la corrupción.

106

V. BIBLIOGRAFÍA

●
○
● ARMESTO, María Alejandra, 2015, “Competencia política y gasto particularista de los gobiernos subnacionales en México y Argentina”, *Latin American Research Review*, vol. 50, núm. 1.

ARMESTO, María Alejandra y OLMEDA Juan C., 2018, “Oposición legislativa y patronazgo político. Gasto en empleo público de los estados en México, 2001-2012”, *Región y Sociedad*, vol. 30, núm. 71.

ARMESTO, María Alejandra y OLMEDA Juan C., 2016, “Estrategias de interacción Ejecutivo-Legislativo y patronazgo político subnacional en México”, en LOZA, Nicolás y MÉNDEZ, Irma, (coords.), *Poderes y democracias. La política subnacional en México*, Ciudad de México, Flacso-IEDF.

BEER, Caroline, 2001, “Assessing the Consequences of Electoral Democracy: Subnational Legislative Change in Mexico”, *Comparative Politics*, vol. 33, núm. 4.

BEER, Caroline, 2000, *Assessing the Consequences of Electoral Competition: Legislative Reform, Political Recruitment, and Fiscal Policy in the Mexican States*, tesis doctoral inédita, Albuquerque, The University of New Mexico.

BINDER, Sarah A., 2003, *Stalemate. Causes and Consequences of Legislative Gridlock*, Virginia, Brookings Institution Press.

BINDER, Sarah A., 1999, “The Dynamics of Congressional Gridlock, 1947-1996”, *American Political Science Review*, vol. 93, núm. 3.

BUDGE, Ian, 2006, “Identifying Dimensions and Locating Parties: Methodological and Conceptual Problems”, en KATZ, Richard y CROTTY, William J. (eds.), *Handbook of Party Politics*, Londres, Sage.

CARPIZO, Carlos I., 2012, *Los efectos cruzados de la competencia política sobre el endeudamiento: un análisis empírico de la deuda estatal en México, 2003-2010*, trabajo presentado en el marco del Premio Nacional de Finanzas Públicas 2012, Ciudad de México, Cámara de Diputados.

- CASAR, María Amparo, 2017, “La sombra de las instituciones”, en AGUILAR, Héctor *et al.* (coords.), *¿Y ahora qué? México ante el 2018*, México, Debate.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICA y CONFERENCIA MEXICANA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, 2014, *Métrica de la transparencia 2014*, Ciudad de México, CIDE-COMAIP.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICA y CONFERENCIA MEXICANA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, 2010, *Métrica de la transparencia 2010*, Ciudad de México, CIDE-COMAIP. 107
- COLEMAN, John J., 1999, “Unified Government, Divided Government, and Party Responsiveness”, *The American Political Science Review*, vol. 93, núm. 4. ● ○ ●
- EDWARDS, George C. *et al.*, 1997, “The Legislative Impact of Divided Government”, *American Journal of Political Science*, vol. 41, núm. 2.
- ELIZONDO, Carlos, 2012, *Con dinero y sin dinero... Nuestro ineficaz, precario e injusto equilibrio fiscal*, México, Debate.
- GIRAUDY, Agustina, 2015, *Democrats and Autocrats. Pathways of Subnational Undemocratic Regime Continuity within Democratic Countries*, Oxford, Oxford University Press.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, 2010, *Plan Estatal de Desarrollo*, disponible en: <http://www.chihuahua.gob.mx/atach2/contraloria/uploads/Plan%20Estatal%20de%20Desarrollo%202010-2016%20Final.pdf>.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE VERACRUZ, 2011, *Plan Veracruzano de Desarrollo*, disponible en: <http://www.veracruz.gob.mx/programadegobierno/plan-veracruzano-de-desarrollo-2011-2016/>.
- HARTMANN, Sebastian, 2015, *Partisan Policy-Making in Western Europe. How Ideology Influences the Content of Government Policies*, Springer, Mannheim.
- HERWARTZ, Helmut y THEILEN, Bernd, 2014, “Partisan influence on social spending under market integration, fiscal pressure and institutional change”, *European Journal of Political Economy*, vol. 34.
- HIBBS, Douglas A., 1977, “Political Parties and Macroeconomic Policy”, *The American Political Science Review*, vol. 71, núm. 4.
- HOWELL, William *et al.*, 2000, “Divided Government and the Productivity of Congress, 1945-1994”, *Legislative Studies Quarterly*, vol. 25, núm. 2.
- IBARRA, Jorge, 2013, “Entorno político y dependencia financiera de los estados mexicanos”, *Gestión y Política Pública*, vol. 22, núm. 3.

JOSÉ SAID SÁNCHEZ MARTÍNEZ

ÍNDICE NACIONAL DE LOS ÓRGANOS GARANTES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, 2016, *Resultados 2016*, disponible en: <https://inogdai.org/#!/mapa?indice=2016&estado=nacional>).

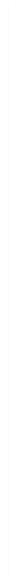
ÍNDICE NACIONAL DE LOS ÓRGANOS GARANTES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, 2014, *Resultados 2014*, disponible en: <https://inogdai.org/#!/mapa?indice=2014&estado=nacional>).

- 108 INGRAM, Matthew C., 2012 “Elections, Ideology, or Opposition? Assessing Competing Explanations of Judicial Spending in the Mexican States”, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 29, núm. 1.
- KELLY, Sean Q., 1993, “Divided We Govern? A Reassessment”, *Polity*, vol. 25, núm. 3.
 -
 - KERNELL, Samuel, 1991, “Facing an Opposition Congress: The President’s Strategic Circumstance”, en COX, Gary y KERNELL, Samuel (eds.), *The Politics of Divided Government*, Boulder, Westview Press.
- KIEWIET, Roderick y McCUBBINS, Mathew D., 1985a, “Congressional Appropriations and the Electoral Connection”, *The Journal of Politics*, vol. 47, núm. 1.
- KIEWIET, Roderick y McCUBBINS, Mathew D., 1985b, “Appropriations Decisions as a Bilateral Bargaining Game Between President and Congress”, *Legislative Studies Quarterly*, vol. 10, núm. 2.
- KITTEL, Bernhard y OBINGER, Herbert, 2003, “Political parties, institutions, and the dynamics of social expenditure in times of austerity”, *Journal of European Public Policy*, vol. 10, núm. 1.
- LINZ, Juan José, 1998, “Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Qué diferencias implican?”, en LINZ, Juan José y VALENZUELA, Arturo (eds.), *La crisis del presidencialismo. El caso de América Latina*, Madrid, Alianza.
- LOFTIS, Matt y MORTENSEN, Petter, 2017, “A new approach to the study of partisan effects on social policy”, *Journal of European Public Policy*, vol. 24, núm. 6.
- MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew, 2002, “Presidencialismo y sistema de partidos en América Latina”, en MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew (eds.), *Presidencialismo y democracia en América Latina*, Buenos Aires, Paidós.
- MAYHEW, David, 1991, *Divided We Govern. Party Control, Lawmaking and Investigations, 1946-1990*, New Haven, Yale University Press.
- McCUBBINS, Matthew, 1991, “Government on Lay-Away: Federal Spending and Deficits Under Divided Party Control”, en COX, Gary y KERNELL,

- Samuel (eds.), *The Politics of Divided Government*, Boulder, Westview Press.
- MCDONALD, Michael *et al.*, 2007, "Cross-temporal and cross-national comparisons of party left-right positions", *Electoral Studies*, vol. 26.
- MONTEMAYOR, Óscar, 2003, "Determinantes del endeudamiento subnacional. Un estudio para los estados y municipios de México, 1993-1999", *Ensayos*, vol. 22, núm. 1.
- MORALES, Alberto, 2016, "Estados ahorcan a la transparencia", *El Universal*, 5 de octubre, disponible en: <https://www.eluniversal.com/articulo/nacion/politica/2016/10/5/estados-ahorcan-la-transparencia>.
- NACIF, Jenny, 2005, *Para entender el Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Nostra.
- POTRAFKE, Niklas, 2011, "Does government ideology influence budget composition? Empirical evidence from OECD countries", *Economics of Governance*, vol. 12, núm. 2.
- RUSSO, Federico y VERZICHELLI, Luca, 2016, "Government ideology and party priorities: the determinants of public spending changes in Italy", *Italian Political Science Review*, vol. 26.
- SCHMIDT, Manfred, 2010, "Parties", en CASTLES, Francis *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press.
- SCHMITT, Carina, 2016, "Panel data analysis and partisan variables: how periodization influence partisan effects", *Journal of European Public Policy*, vol. 23, núm. 10.
- SUNDQUIST, James, 1988, "Needed: A Political Theory of the New Era of Coalition Government in the United States", *Political Science Quarterly*, vol. 103, núm. 4.
- URRUTIA, Alonso, 2016, "Organismos garantes de transparencia enfrentan insuficiencia de recursos", *La Jornada*, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2016/01/25/politica/016n1pol>.
- VASSALLO, Francesca y WILCOX, Clyde, 2006, "Party as a carrier of ideas", en KATZ, Richard y CROTTY, William J. (eds.), *Handbook of Party Politics*, Londres, Sage.
- VELÁZQUEZ, César, 2006, "Determinantes del gasto estatal en México", *Gestión y Política Pública*, vol. 15, núm. 1.



COMENTARIOS JURÍDICOS



LOS NUEVOS DERECHOS DE ACCESO EN MATERIA AMBIENTAL: EL CASO DEL ACUERDO DE ESCAZÚ*



*Sergio Ricardo HERNÁNDEZ ORDOÑEZ***

I. HACIA LA PRONTA ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como el Acuerdo de Escazú, tuvo como punto de partida histórica la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, suscrita en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 2012 (ONU, 2012a).

La Declaración, impulsada por Chile, Costa Rica, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, refiere que a veinte años de la Cumbre de la Tierra es necesario destacar que el principio 10 de la Declaración de Río (ONU, 1992) reconoce que el mejor modo de abordar las cuestiones ambientales es con la participación de todos. Señala que resulta imperativo que toda persona cuente con un acceso adecuado a la información pública ambiental que le permita contar con elementos suficientes para participar de modo apropiado en los procesos de toma de decisiones. Identifica que los Estados deben facilitar y fomentar la educación, la sensibilización y la participación de toda la población, poniendo a disposición la información pública ambiental y proporcionar su acceso efectivo, al tiempo de reconocer dicha labor como esencial para la promoción del desarrollo sostenible (ONU, 2012a: 2).

* Las opiniones expresadas por el autor son estrictamente personales.

** Subdirector de recursos genéticos en la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) y negociador de acuerdos multilaterales ambientales. Profesor en la Universidad Tecnológica de México; sergio_hernandez@my.unitec.edu.mx.

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2019.

Fecha de dictamen: 4 de abril de 2019.

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

Así, los gobiernos de la región expresaron su compromiso para elaborar e implementar un Plan de Acción 2012-2014, para lo cual solicitaron el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) con el objeto de avanzar en la adopción de un convenio regional u otro instrumento (ONU, 2012b: 3).

114 Como seguimiento a los trabajos regionales, en noviembre de 2012 se celebró en Santiago de Chile la primera reunión de los Puntos Focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, sesión organizada por la CEPAL y en cuya reunión México tuvo la vicepresidencia. En tal ocasión se logró consolidar un diálogo *Hacia un instrumento regional* y se estableció una hoja de ruta del proceso de creación del instrumento regional (CEPAL, 2012).

Para abril de 2013, la ciudad de Guadalajara, México, hospedó la segunda reunión de los referidos Puntos Focales, en la cual se aprobó el Plan de Acción hasta 2014 para la implementación de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 y se asumió, entre otros compromisos políticos, difundir a nivel regional e internacional dicha Declaración (CEPAL, 2013a).

Para la tercera reunión de los Puntos Focales, celebrada en Lima, Perú, en octubre de 2013, se destacó la presentación del documento de apoyo al proceso deliberativo, denominado *Tipología de instrumentos internacionales* (Orellana, 2013), el cual describe la experiencia en la aplicación de instrumentos globales y regionales de derechos humanos y relativos a los derechos de acceso, tales como la Convención de Aarhus y la Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Asimismo, en el marco de esta reunión se celebró el Panel Internacional *Derechos de acceso y procesos internacionales*, el cual contó con la participación del señor John H. Knox, experto independiente de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y medio ambiente, en cuya ocasión se refirió a la relación de los derechos humanos con los derechos de acceso establecidos en el principio 10 de la Declaración de Río. Finalmente, se adoptó la *Visión de Lima para un Instrumento Regional sobre los Derechos de Acceso en materia Ambiental* como un documento orientador que destaca valores y principios que inspirarían al instrumento regional. Entre dichos principios se identificaron: igualdad, inclusión, transparencia, proactividad, colaboración, progresividad y no regresividad (CEPAL, 2013b).

En la cuarta reunión de los Puntos Focales, que tuvo lugar en Santiago de Chile en noviembre de 2014, se adoptó la Decisión de Santiago, por la cual los países decidieron dar inicio a la negociación del instrumento regional sobre acceso a la información pública, la participación y la justicia en asuntos ambientales, y crear un comité de negociación de los países signatarios¹ de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 en América Latina y el Caribe (CEPAL, 2014).

Luego de transcurridas nueve sesiones de negociación a cargo del Comité de Negociación establecido en 2014, el Acuerdo de Escazú fue adoptado el 4 de marzo de 2018 y abierto a firma el 27 de septiembre de 2018 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La firma del tratado constituye un precedente jurídico relevante para los derechos de acceso en materia ambiental, situación que también permitirá fortalecer las actuales herramientas legales de participación y justicia ambiental al tiempo de eliminar las barreras legales que pudieran obstaculizar los objetivos de la región.

II. LA ARQUITECTURA CONVENCIONAL EN LOS DERECHOS DE ACCESO

El Acuerdo de Escazú establece para la región, desde el ámbito del derecho convencional, nuevos y robustos mecanismos legales de acceso a la información pública, de acceso a la participación y de acceso a la justicia en asuntos ambientales, mismos que en su conjunto ha denominado como “derechos de acceso”.

La arquitectura jurídica contenida en Escazú exigirá, como uno de los retos principales, armonizar y homologar las legislaciones nacionales de los países que conforman la región para dar lugar a un derecho uniforme en la materia, y cuyos estándares regionales resultarán imperativos para las cuestiones ambientales.

Muestra de la importancia de estos derechos es que para Castilla (2015: 60) el “derecho de acceso a la información es un derecho humano inalienable, inherente a todas las personas, que tiene como finalidad permitir a éstas buscar y recibir informaciones de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Basta decir que en un cuerpo como el Estado, el que sea transparente no implica

¹ Al momento de adoptar la Decisión de Santiago eran 19 países, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago, y Uruguay.



SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

de modo necesario que sea frágil. El poder observar a través del mismo implica captar su funcionamiento, estructuras, sus consecuencias más próximas y sus causas remotas (Tenorio, 2014: 73).

Estos derechos de acceso buscan contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho (García R., 2011: 21) y al mejoramiento de los procesos democráticos a favor de los derechos humanos y del desarrollo sostenible.

116 De este modo, el derecho al acceso a la información coadyuva a configurar una agenda abierta, cuyas medidas constituyen una alternativa para fortalecer a los gobiernos, pero también fortalece a los propios ciudadanos (Martínez, 2017: 93).

-
-
-

Los derechos de acceso consagrados en el Acuerdo de Escazú se formulan convencionalmente desde una perspectiva de derechos humanos, sostenidos en los principios jurídicos de interdependencia, aplicación integral y aplicación equilibrada. Dichos principios jurídicos parten de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del sistema universal de los derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, siendo estos últimos también justiciables, y en caso de que la justiciabilidad falle en el ámbito nacional, se puede acudir a la protección de los organismos internacionales de los derechos humanos (Tello, 2011: 86).

La vinculación jurídica que explicita Escazú entre los derechos humanos y los derechos ambientales constituirá uno de los desafíos más visibles para los países de la región. La posibilidad de trasladar de manera casi directa toda cuestión ambiental al sistema regional de los derechos humanos será un proceso interesante para las operaciones jurídicas orientadas a hacer una realidad los derechos de acceso.

Para el caso concreto de los asuntos ambientales, es preciso señalar que, en el marco del ejercicio de los derechos de acceso, se emprende también una búsqueda por conseguir que los intereses privados no prevalezcan sobre intereses en primera línea de la sociedad, como lo son el interés a la reparación ambiental y prevención general derivada de esa obligación de reparar (García A., 2016: 249). Así, los derechos de acceso constituyen el *corpus iuris* de la región que configuran una nueva arquitectura legal en la materia.

Ahora bien, partiendo de que los derechos humanos son interdependientes porque todos se encuentran vinculados y requieren de su respeto y protección recíprocas (CNDH, 2012), es que el ejercicio pleno del derecho a la información constituye una condición y pilar para la construcción y fortalecimiento de toda democracia, al permitir la liberación y apertura

de los procesos políticos en el espacio público, incluyendo la vigencia de los derechos humanos (Álvarez, 2011: 5).

Los principios jurídicos que rigen la implementación del Acuerdo de Escazú son los siguientes: *a*) transparencia; *b*) rendición de cuentas; *c*) no regresión; *d*) progresividad; *e*) principio precautorio; *f*) máxima publicidad; *g*) igualdad soberana de los Estados; *h*) igualdad; *i*) no discriminación; *j*) buena fe; *k*) principio preventivo; *l*) equidad intergeneracional; *m*) soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, y *n*) principio pro persona. Dichos principios constituirán un precedente jurídico hacia el desarrollo del derecho uniforme en las cuestiones ambiental y de los derechos de acceso. El desafío concreto para los países de la región en este tema, y que resultará interesante para los operadores jurídicos, es la adopción y recepción de los principios clásicos de la agenda de los derechos humanos en los ordenamientos ambientales. El arte legislativo de cada país deberá garantizar que los derechos de acceso mantengan el enfoque de implementación que proyecta el Acuerdo de Escazú y no concluya meramente textos declarativos y/o decorativos que diluyan los estándares internacionales que se han alcanzado con el tratado.

Particularmente, el principio pro persona cobra relevancia al ser entendido como una pauta interpretativa del derecho internacional que se encuentra ceñido al objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Castañeda, 2015: 69 y 70), situación que amplía la cobertura legal de los derechos de acceso a través de una vocación regional de los derechos humanos que promueve el Acuerdo de Escazú.

Cabe señalar que el Acuerdo de Escazú no indica qué se entiende legalmente por cada uno de los principios jurídicos referidos. No obstante, el tratado señala que en la implementación de sus disposiciones, éstas deben ser interpretadas de la manera más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso, trasladando así a los órganos del Estado la responsabilidad de ampliar el contenido normativo y de derechos humanos de los derechos de acceso. Dicha situación permitirá a los Estados incorporar de manera directa sus estándares y experiencia nacional al tiempo de establecer mecanismos graduales y progresivos para alcanzar los objetivos definidos por Escazú. El espacio de maniobra aquí identificado también constituye una ventana de oportunidad para que los países puedan intercambiar mejores prácticas y experiencias.

Es de destacarse que las disposiciones del tratado deben ser observadas por toda institución pública que ejerza poder, control y autoridad, incluyendo en esta definición a los organismos autónomos u otro tipo de



SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

entes públicos. Asimismo, mandata aplicar sus obligaciones a toda institución u órgano de naturaleza privada que reciba fondos públicos de manera directa o indirecta.

Así, al involucrar tanto a sujetos públicos como privados, la implementación efectiva de los derechos de acceso constituye un reto para agentes estatales, no estatales, operadores jurídicos y de justicia en la consolidación de la eficacia vertical y horizontal de los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales, y que se encuentran protegidos de manera jurisdiccional y no jurisdiccional.

118

-
-
-

Especialmente, la protección no jurisdiccional de los derechos humanos, aquella que corre a cargo de los organismos de protección de derechos humanos a través de quejas, sin formalismos jurídicos y cuyas decisiones son no vinculantes (Castañeda, 2011: 24), será la que estará más a prueba respecto de la efectividad del Acuerdo de Escazú.

Entre las acciones afirmativas previstas en el Acuerdo de Escazú se destaca que dicho tratado prevé derechos fundamentales a favor de personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Reconoce que dichos sujetos enfrentan (históricamente) dificultades especiales para el ejercicio pleno de los derechos de acceso. Ante ello, los Estados parte en Escazú se comprometen a eliminar los obstáculos que inhiban o dificulten su participación en los temas ambientales.

En México, a manera de ejemplo, el Poder Judicial de la Federación ha señalado que las personas con discapacidad constituyen un sujeto en situación de vulnerabilidad, por lo que a fin de lograr el pleno ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la información, los entes públicos deben implementar medidas tendentes a esa finalidad, incluida la obligación de efectuar ajustes razonables cuando sean requeridos y proporcionar ayuda técnica eficaz, como lo son las tecnologías de la información (Tesis I.7o.A.153 A), situación que podría aplicarse *mutatis mutandi* para la generación de acciones afirmativas en la materia. En ese mismo sentido, el tratado establece el compromiso de los Estados parte para brindar, de manera particular, a los defensores de los derechos humanos una protección especial a fin de garantizar un entorno seguro, sin amenazas, restricciones e inseguridad ante violaciones de derechos humanos. Entre dichas violaciones, según Meza (2015: 19), se encuentran asesinatos, desapariciones forzadas y allanamientos. Con esta medida se busca complementar los actuales mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los defensores de los derechos humanos.

A este respecto, México ha tenido poca credibilidad en la protección de los defensores de derechos humanos, incluidos los ambientales. Es aquí

donde el Acuerdo de Escazú juega un papel clave, toda vez que podría reforzar las estructuras legales, administrativas y de política que den mayor solidez institucional a la atención de esta problemática.

1. Acceso a la información pública en materia ambiental

El Acuerdo de Escazú mandata garantizar como derecho del público el acceso a la información pública en materia ambiental que se encuentre en poder, control o custodia de las autoridades competentes bajo el principio de máxima publicidad. El ejercicio de este derecho abarca el solicitar y recibir la información requerida incluso sin necesidad de manifestar a las autoridades el interés o razones por las que lo solicita.

Así, respecto del acceso a la información ambiental, habrá que destacar la relevancia que tiene el uso del concepto de medio ambiente, de modo que éste no sea restrictivo, y que a su vez dicha configuración restrinja la información que se pretende acceder (Condesso, 2011). En este tema, la práctica de los operadores jurídicos y de justicia será relevante para diseñar gradualmente los umbrales de protección que garanticen el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de acceso, pues de ello depende, en gran medida, que las interpretaciones jurídicas sean restrictivas o amplias respecto de los objetivos legítimos que se formulen en cada controversia jurisdiccional o no jurisdiccional.

Por su parte, en México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) establece que toda petición de información ambiental deberá indicar los motivos de la petición (artículo 159 bis 3). Dicha situación podría provocar una antinomia en la práctica jurídica entre la norma nacional y la convencional, lo cual requerirá a corto plazo un mayor análisis para poner la norma nacional de conformidad con el tratado y sus estándares.

Ahora bien, en Escazú el solicitante tiene el derecho a ser informado de una forma expedita en torno a la solicitud formulada e incluso a ejercer el derecho de impugnar y/o recurrir en caso de no recibir la información requerida. Así, para evitar incurrir en denegación del acceso a la información pública ambiental por parte del Estado, el Acuerdo exige comunicar por escrito al interesado las razones y disposiciones legales en que fundamenta la negativa de acceso, debiendo además informar al interesado los mecanismos que existen a su favor en caso de hacer valer el derecho de impugnar tal decisión.



SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

En la LGEEPA se establece que la autoridad ambiental deberá responder por escrito a los solicitantes de información ambiental en un plazo no mayor a veinte días a partir de la recepción de la petición respectiva, pero si una vez transcurrido dicho plazo la autoridad ambiental no emite su respuesta por escrito, la petición habrá de entenderse resuelta en sentido negativo para el solicitante (LGEEPA, artículo 159 bis 5). Dicha situación podría constituir una antinomia más a la anteriormente referida entre la norma nacional y la convencional. Para dar solución a esa antinomia se requerirá también de un examen jurídico con el fin de que la norma nacional esté de conformidad con la convencional.

120

-
-
-

El tratado regional establece la obligación de garantizar que la difusión de la información pública ambiental que compartan los Estados parte sea relevante y actualizada. Dicha información debe difundirse de manera adecuada, lo cual necesariamente implica establecer metodologías de desagregación y descentralización de la misma por parte de los órganos del Estado, tanto a nivel subnacional como local. Uno de los retos que se identifican es garantizar los recursos económicos que implicarán los procesos de desagregación de la información, su actualización y los medios por los cuales habrían de difundirse a consideración de que los mismos deben ser adecuados para tal propósito.

Finalmente, la labor de difundir la información pública ambiental no sólo permite socializarla, sino posibilita la apropiación, escrutinio y valoración de la misma. Conocer de cerca la materialización de las actuaciones de los agentes estatales resulta esencial para la rendición de cuentas y la transparencia.

2. *Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales*

Desde una naturaleza jurídica convencional, el Acuerdo de Escazú busca fortalecer la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales. La obligación positiva del Estado consiste en el deber de diseñar un sistema institucional que permita el ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar directamente, incluso en la dirección de los asuntos públicos (Ulisse, 2013). Para ello prescribe que dicha participación sea abierta e inclusiva, con el propósito de que toda persona interesada pueda incidir jurídica y fácticamente en los procesos nacionales e internacionales que impliquen una toma de decisión desde sus etapas iniciales. Entre los procesos en los que se pretende incidir a través del tratado internacional

se encuentran autorizaciones ambientales, elaboración de políticas, programas, leyes y normas ambientales.

Por otro lado, la participación pública tiene por objeto incorporar las diversas visiones que describen todo proceso democrático en aras de contribuir en la búsqueda de soluciones a las problemáticas ambientales.

Es preciso señalar que la participación pública puede ocurrir desde el propio interés del agente público, o bien de manera inducida desde los agentes gubernamentales. Este último a través de mensajes dirigidos a la ciudadanía con el propósito de establecer acciones vinculantes en las que esté presente la colaboración y la co-creación (Martínez, 2017: 209).

De este modo, se advierte que lo público juega un papel fundamental para la vida de la sociedad; sin embargo, a pesar de su importancia todavía se piensa que la esfera pública pertenece solamente al Estado (Pólit, 2010: 45).

Respecto a los asuntos ambientales, vale la pena apuntalar que la participación ciudadana y la consulta indígena están interrelacionadas, en razón de que la consulta es una forma de participación ciudadana y, por lo tanto, constituye un derecho que puede ser ejercido por cualquier ciudadano. La instrumentación de la consulta constituye el mecanismo garante de exigibilidad de los derechos colectivos de las comunidades y de los derechos ambientales en relación con los procesos, proyectos o medidas legislativas impulsadas por el Estado (Pólit, 2010: 203).

En México, la LGEEPA establece que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) integrará órganos de consulta en los que participen la administración pública, la academia, las organizaciones sociales y el sector empresarial, y que dichos órganos tendrán funciones de asesoría, evaluación y seguimiento en materia de política ambiental. Además, cuentan con la posibilidad de emitir las opiniones y observaciones que estimen pertinentes (LGEEPA, artículo 159). En este tema, el Acuerdo de Escazú constituye nuevamente para México la oportunidad de fortalecer y visibilizar la relevancia de incentivar, valorar e incorporar de manera plena y efectiva la participación de los agentes no gubernamentales en los procesos creativos de la política nacional.

La participación pública tendrá frente así el reto de superar el desprestigio y abuso que ha tenido en los procesos de toma de decisión, los cuales van desde el abuso del formalismo hasta la transparencia con la que se conducen dichos procesos. El Acuerdo de Escazú busca renovar esta figura para rediseñarla desde la esfera de los derechos humanos y permitir a los Estados alcanzar una plena, real y efectiva participación pública. De este



SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

modo, Escazú podría ayudar a los países a desarrollar fórmulas de participación pública bajo el enfoque de ganar-ganar.

3. Acceso a la justicia en asuntos ambientales

122 En esta materia, Escazú busca esencialmente contribuir a los esfuerzos de los Estados para garantizar el debido proceso. El punto central radica en establecer instancias judiciales y administrativas que permitan a quienes ejercen sus derechos de acceso, formular impugnaciones y recusaciones ante posibles irregularidades en cuanto al fondo y procedimiento que materializa dicho ejercicio.

El acceso a la justicia debe ser entendido mucho más que como un término que sirva para identificar a un aparato de procuración e impartición de justicia, éste debe incluir la garantía y el deber que implica estar al frente de un tribunal (Castilla, 2012: 265). Sin embargo, se estima que en el tema de la profesionalización de los actores involucrados en el acceso a la justicia es inadecuada y no se garantiza una debida diligencia que atienda el principio de igualdad y de no discriminación (Segob, 2014).

Habría que considerar incluso la necesidad (para las cuestiones ambientales) de contar con un derecho a la asistencia jurídica gratuita en el marco del acceso a la justicia para que el coste no constituya un impedimento para alcanzar la justicia ambiental (García, 2016: 276). El Acuerdo de Escazú obliga a los Estados contratantes a que los procedimientos establecidos para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de acceso se puedan instaurar en contra de cualquier decisión de los agentes estatales, incluyendo la acción u omisión relacionada con el ejercicio de estos derechos. El tratado exige que dichos procedimientos sean efectivos, oportunos, públicos, imparciales y transparentes.

Así, pugnar por el pleno ejercicio de los derechos humanos implica la realización de llevar a cabo estrategias basadas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de políticas públicas encaminadas a hacer de tales derechos una realidad para todas las personas (Álvarez, 2011: 39). Por ello, para mejorar el sistema de impartición de justicia, hay que conocerlo, y para conocerlo habría que medirlo (Minutti, 2011: 409), una labor que no podría ocurrir tampoco sin el acceso a la información pública.

En México, la LGEEPA establece que los medios de impugnación se formularán mediante la interposición del recurso de revisión, en términos de dicha Ley y de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LGEEPA, artículo 159 bis 5).

Finalmente, no hay transparencia sin justicia ni justicia sin transparencia, y sin ello no se puede afirmar que existe Estado de derecho (Minutti, 2011: 407).

El derecho de acceso a la justicia que promueve el Acuerdo de Escazú tendrá como uno de los desafíos el construir lazos de confianza y credibilidad con los gobernados y reconstruir el tejido social a fin de crear nuevamente en las instituciones de impartición de justicia. El argumento recurrente de que los aparatos de impartición de justicia están rebasados y carecen de recursos económicos deberá dejar de ser el argumento monópico que rodea a la problemática de los países de la región, la vinculación de las cuestiones ambientales con los derechos humanos permitirá a los gobernados buscar también la justicia en el sistema regional de protección de los derechos humanos.

123



III. MÉXICO FRENTE AL ACUERDO DE ESCAZÚ

1. *Un proceso de firma concluido y una ratificación en curso*

El 27 de septiembre de 2018 el gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, informó que el canciller Luis Videgaray firmó en nombre de México el Acuerdo de Escazú (SRE, 2018), reiterando así el compromiso político de México para vincularse al tratado.

Así, el 24 de octubre de 2018, al interior del Senado de la República, mediante una Proposición con Punto de Acuerdo, se activó el proceso para que el Poder Ejecutivo Federal remitiera el texto del Acuerdo de Escazú para su análisis y discusión encaminado a su aprobación y ratificación. El Acuerdo fue discutido en la sesión del 29 de noviembre de 2018 en el Senado de la República (Senado, 2018).

Las señales que ha transmitido México hacia la comunidad internacional respecto a la firma y a los trabajos correspondientes orientados al análisis de la ratificación constituyen una muestra de disposición por parte del Estado mexicano por participar de la membresía del tratado, pero sobre todo de incorporar los estándares internacionales de los derechos de acceso al orden jurídico nacional, situación que le impondrá diversos retos y desafíos, entre ellos revisar y armonizar los ordenamientos legales para hacerlos compatibles con el Acuerdo de Escazú. La membresía de México a Escazú permitirá mejorar la gobernanza ambiental y el respeto de los de-

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

rechos humanos al incorporar mecanismos legales de control efectivo del quehacer cotidiano del Estado en cuestiones ambientales.

Finalmente, en el ejercicio exclusivo de las facultades previstas a nivel constitucional, corresponderá al Senado de la República aprobar o no dicho tratado internacional. No debe olvidarse que los tratados y las convenciones sobre derechos fundamentales, además de incorporarse a nivel constitucional y legal, deben aplicarse, cumplirse, explicarse y difundirse sin perjuicio de crear los mecanismos que supervisen las obligaciones, incluyendo el desarrollo legislativo y reglamentario a que obligan la mayoría de dichos instrumentos internacionales (Minutti, 2011: 411).

124

2. *El derecho al libre acceso a información en México*

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión (CPEUM, artículo 6o.).

La reforma constitucional de 2014 en la materia sumó como estándar nacional que toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos se considerara pública, y ésta podrá ser reservada únicamente de manera temporal por razones de interés público y seguridad nacional. Se hace notar que actualmente la norma constitucional mandata que dicha obligación también abarca a cualquier persona física o moral (incluyendo sindicatos) que reciba y ejerza recursos públicos, o bien que realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal. Dicha reforma constitucional permitiría, en un primer ejercicio, demostrar la compatibilidad del máximo ordenamiento jurídico en México con los parámetros contenidos en el Acuerdo de Escazú respecto del derecho de acceso a la información pública. Ahora tocará a México socializar la aplicación de dichos estándares a la esfera especializada de las cuestiones ambientales.

El Poder Judicial de la Federación ha señalado que desde la perspectiva de garantía individual y social el acceso a la información se distingue de otros derechos intangibles por un doble carácter. El primero de ellos, como un derecho en sí mismo, y el segundo, como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. Así, la información tiene un valor instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos, pero también como base para que los gobernados ejerzan un control respecto

del funcionamiento institucional de los poderes públicos; de este modo se le perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información, y por tanto, como una exigencia social de todo Estado de derecho (Tesis Pleno J/84).

Por otro lado, en relación con el interés público se ha señalado que al clasificar la información como reservada debe hacerse un análisis, caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño. Asimismo, ha expresado que cuando un documento contenga partes o secciones reservadas o confidenciales, los sujetos obligados deberán elaborar una versión pública. Por otro lado, si se intenta revertir determinada clasificación de información que estima no es confidencial, debe plantearlo ante la autoridad que realizó la clasificación, y para lo cual debe otorgar audiencia a los beneficiados y a los probables afectados para el evento de reclasificación mediante la prueba del interés público (Tesis I.1o.A.E.133 A). La norma fundamental mexicana refiere que en la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Toda persona tendrá acceso gratuito a la información pública, aun sin resultar necesaria la acreditación de interés alguno o justificar su utilización. Además, la gratuidad surge como una característica importante a este derecho al exentar el carácter remuneratorio respecto de la investigación y la consulta de la información (Tenorio, 2014: 89).

En relación con la máxima publicidad, el Poder Judicial en México ha señalado que del artículo 6o. constitucional se advierte que el Estado mexicano está constreñido a publicitar sus actos, toda vez que se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la información que obra en poder de la autoridad. Asimismo, señala que este derecho fundamental tiene una doble dimensión, a saber: individual y social. El primer aspecto cumple con la función de maximizar el campo de la autonomía personal al posibilitar el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones, mientras que en la segunda dimensión brinda un derecho colectivo o social que tiende a revelar el empleo instrumental de la información como un mecanismo de control institucional, al tratarse de un derecho fundado en una de las características del gobierno republicano, esto es, la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia en el actuar de la administración (Tesis I.4o.A.40 A).

Ahora bien, la labor de reglamentar el precepto constitucional se ha materializado en México con dos legislaciones nacionales principales, a saber: la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP). Uno de los retos venideros por parte de México será



SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

difundir la aplicación de los principios jurídicos de Escazú y los contenidos en las referidas leyes nacionales al ámbito de los asuntos ambientales, incluyendo su incorporación a la legislación ambiental doméstica.

126 La LGTAIP tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos (incluyendo medios de impugnación) para garantizar el derecho de acceso a la información que involucre a los tres niveles de gobierno en México (LGTAIP, artículo 1o.), así como distribuir las competencias entre los organismos garantes de la Federación y las entidades federativas en materia de transparencia y acceso a la información (organismos autónomos, especializados, independientes, imparciales y colegiados) (LGTAIP, artículo 2o.). Además, desarrollar en el plano del derecho doméstico que el derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información (LGTAIP, artículo 4o.) y mandar que los organismos garantes del derecho de acceso a la información se rijan por los principios de certeza, eficacia, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad, objetividad, profesionalismo y transparencia (LGTAIP, artículo 8o.).

La LFTAIP tiene por objeto proveer lo necesario en el ámbito federal para garantizar el derecho de acceso a la información pública en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como de los órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, incluyendo además a cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos federales, o bien, realice actos de autoridad (LFTAIP, artículo 1o.); para ello provee las condiciones necesarias para que todo solicitante pueda acceder a la información a través de procedimientos sencillos y expeditos (LFTAIP, artículo 2o.).

En el caso de la información ambiental, la LGEEPA establece que todo persona tendrá derecho a que la Semarnat, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones de la Ciudad de México pongan a disposición la información que les soliciten (LGEEPA, artículo 159 bis 3), situación que se queda corta al establecer el mismo espectro contenido en la LFTAIP, por lo que, bajo el principio de ley especial, una interpretación restrictiva podría sugerir incluso que se derogue el mandato de la legislación de acceso.

Así, en su conjunto, el Acuerdo de Escazú constituye una nueva oportunidad para fortalecer los actuales esquemas nacionales de consecución de los derechos de acceso a la información, a la justicia, a la participación pública y transparencia.

Como algunos autores señalan, la profesionalización en el tema es crucial. No basta con conocer el Sistema Nacional de Transparencia, sino que es necesario construir un Servicio Profesional de la Transparencia en las áreas sustantivas de los órganos garantes (Martínez, 2017: 202). La falta de un acceso efectivo al acceso a la justicia genera impotencia, hartazgo, rencor y hasta desesperanza en las personas, incrementando con ello el riesgo de que se busque por medios violentos la solución de los problemas y la justicia denegada (Castilla, 2012: 269).

127

Finalmente, es preciso señalar que todos los miembros de la sociedad pueden apoyar a la realización de tareas de control y vigilancia, al informarse en qué consisten los programas en los que participan, cuáles son las condiciones y acuerdos alcanzados, y cuál es la responsabilidad de las instituciones pública, la de los ciudadanos y demás sectores de la sociedad, de modo que exista así un acercamiento entre Estado y sociedad (Pólit, 2010: 52).

IV. REFLEXIONES FINALES

El Acuerdo regional constituye una valiosa herramienta jurídica al servicio de todos los interesados en las cuestiones ambientales, y de manera particular a los defensores de los derechos humanos, quienes realizan una labor notable y noble a favor del medio ambiente.

La implementación efectiva del Acuerdo de Escazú implicará diversos retos. Primeramente, resultará necesario capacitar a los agentes estatales y organismos públicos autónomos en materia de derechos de acceso, lo cual debe incluir el desarrollo de programas de sensibilización a las autoridades y funcionarios públicos en materia de derechos humanos.

Asimismo, el gobierno de México necesitará emprender un análisis legal más profundo acerca de la existencia de antinomias entre la legislación nacional y el tratado internacional, como las aquí identificadas. Un trabajo legislativo que podría implicar que la legislación doméstica se armonice de conformidad con los estándares internacionales.

Otro de los asuntos pendientes es alcanzar que las modificaciones legales en la norma nacional incorporen el parámetro de la gratuidad a que se refiere el Acuerdo de Escazú, a fin de establecer una coherencia normativa y política en la consecución de los derechos de acceso en México. La gobernanza ambiental y la protección de los derechos humanos en México podría ser fortalecida a través de la membresía a Escazú, al incorporar es-

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

tándares internacionales en la materia y vincular las cuestiones ambientales al sistema regional de protección de los derechos humanos.

128 Para hacer realidad los objetivos de Escazú, éste no debe ser ajeno ni lejano a los operadores jurídicos y operadores de justicia, considerando que particularmente a estos últimos corresponderá la labor de materializar² los contenidos del tratado a través de las determinaciones dictadas con motivo de la justiciabilidad de los derechos de acceso. La participación activa de tales operadores será fundamental y necesaria para identificar y señalar en voz alta los desafíos para hacer realidad los derechos de acceso.

●
○
● Resulta necesario adoptar y adaptar las necesidades nacionales frente a los retos que hoy imponen los nuevos estándares internacionales de la región en materia de derechos de acceso, lo cual incluye gradualmente diluir el formalismo jurídico para ejercer plenamente dichos derechos. Los sistemas jurídicos nacionales, incluyendo el mexicano, deberán demostrar estar a la altura y a favor de los derechos humanos, labor que implicará sostener también un diálogo con los diferentes niveles de gobierno para compatibilizar y armonizar la normativa nacional frente al mandato de Escazú. Para ello, el desarrollo de criterios jurídicos por parte de los operadores de justicia será crucial para conocer el espectro legal que habrá de abarcar en los casos concretos frente a un Estado de derecho que exige que las conductas de los agentes estatales respeten los derechos fundamentales de las personas que viven en democracia; por ejemplo, conocer la amplitud o restricción de las interpretaciones legales de los derechos de acceso en el ámbito ambiental.

México ha elevado a rango constitucional, como un derecho humano, el derecho al acceso a la información pública; el siguiente paso es garantizar el ejercicio pleno y su justiciabilidad. Ha reglamentado dicho mandato constitucional en las dos legislaciones nacionales referidas, las cuales son pilares en el sistema de los derechos de acceso y cuentan con las estructuras institucionales autónomas para fortalecer la labor y vigilar su observancia y cumplimiento en el país.

Ante la posible ratificación nacional del Acuerdo de Escazú, será necesario realizar las modificaciones que el Legislativo estime pertinentes para empatar la norma convencional con la constitucional y domésticas para lograr una coherencia legal, normativa, política, administrativa e institucional. Dicha situación deberá impactar a la legislación ambiental mexicana para

² Se destaca que al día de hoy, según consta en el registro del *Semanario Judicial de la Federación* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen 51 criterios judiciales relacionados al acceso a la información, privacidad y protección de datos personales. La información se encuentra disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tematica/TematicaContenedor.aspx?idRaiz=15&pnl=1> (fecha de consulta: 13 de febrero de 2019).

incorporar los nuevos lenguajes jurídicos que contiene el tratado internacional y sus vinculaciones explícitas con la agenda de los derechos humanos.

Finalmente, resultará imprescindible establecer alianzas de implementación estratégica que involucre a agentes estatales, no estatales, operadores jurídicos, de justicia, academia, sociedad civil y defensores de los derechos humanos, con el propósito de intercambiar experiencias, información y buenas prácticas a fin de dar forma y vida legal a los nuevos estándares internacionales establecidos en la región.

129

V. FUENTES DE CONSULTA

- ÁLVAREZ I., Emilio, 2011, *La libertad de expresión y el derecho a la información en México: un desafío de nuestros tiempos*, México, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal (INFODF).
- CASTAÑEDA, Mireya, 2015, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/lib_PrincipioProPersona2aed.pdf.
- CASTAÑEDA, Mireya, 2011, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_ProteccionNoJurisdiccionalDH2aReimpr.pdf (fecha de consulta: 1o. de febrero de 2019).
- CASTILLA J., Karlos A., 2012, *Acceso efectivo a la justicia: elementos y caracterización*, México, Porrúa.
- CASTILLA J., Karlos A., 2015, *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_LibertadExpresion-3aReimpr.pdf (fecha de consulta: 16 de enero de 2019).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), 2014, *Decisión de Santiago. Cuarta Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Santiago, Chile, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37213/S1420708_es.pdf?sequence=1 (fecha de consulta: 14 de enero de 2019).

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

- 130 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), 2013a, *Informe de la segunda reunión de los Puntos Focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Guadalajara, México, disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/pr10-informe_2reunion_puntos_focales_07.2013.esp_.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2019).
- ○ ● COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), 2013b, *Informe de la tercera reunión de los Puntos Focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Lima, Perú, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36811/1/S2014108_es.pdf (fecha de consulta: 11 de enero de 2019).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), 2012, *Informe de la primera reunión de los Puntos Focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Santiago, Chile, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21663/1/S201204_es.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2019).
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH), 2012, *Aspectos básicos de los derechos humanos*, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/07-Aspectos-basicos.pdf>.
- CONDESSO, Fernando, 2011, *Derecho a la información: crisis del sistema político, transparencia de los poderes públicos*, Madrid, Dykinson.
- GARCÍA Á., Laura, 2016, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson.
- GARCÍA R., Diego, 2011, *Estado de derecho y principio de legalidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_EdoDerechoPrincipioLegalidad2aReimpr.pdf (fecha de consulta: 25 de enero de 2019).
- MARTÍNEZ P., Rafael, 2017, *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, México, Tirant lo Blanch.
- MEZA F., Jorge Humberto, 2015, *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos

- (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2019).
- MINUTTI Z., Rubén, 2011, *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ORELLANA, Marcos A., 2013, *Tipología de instrumentos internacionales*, CEPAL, disponible en: https://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/1/50791/2013-861_PR10_Tipologia_instrumentos.pdf. 131
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2012a, Consejo de Derechos Humanos (CoDH), *Resolución 19/10. Los derechos humanos y el medio ambiente*, disponible en: <http://undocs.org/es/A/HRC/RES/19/10> (fecha de consulta: 15 de enero de 2019).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2012b, *Nota verbal de fecha 27 de junio de 2012 dirigida al secretario general de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible por la Misión Permanente de Chile ante las Naciones Unidas*, disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/13&referer=/english/&Lang=S (fecha de consulta: 7 de enero de 2019).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 1992, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, Brasil, disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> (fecha de consulta: 7 de enero de 2019).
- PÓLIT M., Berenice, 2010, *La consulta previa: en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*, Ecuador, Editora Jurídica Cevallos.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (SEGOB), 2014, *Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018*, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343071&fecha=30/04/2014 (fecha de consulta: 18 de enero de 2019).
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES (SRE), *México firma Acuerdo de Escazú*, 27 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-firma-acuerdo-de-escazu> (fecha de consulta: 28 de enero de 2019).
- SENADO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Senado*, 4 de diciembre de 2018, disponible en: http://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/87088 (fecha de consulta: 28 de enero de 2019).

SERGIO RICARDO HERNÁNDEZ ORDOÑEZ

SENADO DE LA REPÚBLICA, *Proposición con punto de acuerdo*, 25 de octubre de 2018, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-08-1/assets/documentos/PA_Morena_Covarrubias_Escazu.pdf (fecha de consulta: 28 de enero de 2019).

132 TELLO M., Luisa Fernanda, 2011, *Panorama general de los DESCAs en el derecho internacional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/DH_81.pdf (fecha de consulta: 25 de enero de 2019).

● TENORIO C., Guillermo A., 2014, *Transparencia y acceso a la información: los casos difíciles*, México, Novum-Universidad Panamericana.

● ○ ● ULISSE C., Andrea Davide, 2013, *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismos para la protección ambiental*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/coleccionSIDH_derechoParticipar.pdf (fecha de consulta: 28 de enero de 2019).

Marco jurídico

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148_050618.pdf.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf.

Tesis I.7o.A.153 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, octubre de 2017.

Tesis I.1o.A.E.133 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, abril de 2016.

Tesis I.4o.A.40 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, marzo de 2013.

Tesis Pleno J/84, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, diciembre de 2007.

GEOLOCALIZACIÓN. PONDERACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA VS. PRIVACIDAD: ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 32/2012 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



*Dayana SEVILLA OSORNIO**

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los paradigmas que se ha instalado en la teoría y práctica jurídica es la solución de la colisión de principios a través de las llamadas teorías de la ponderación. La importancia de estas teorías radica en quienes las utilizan, ya que son los tribunales constitucionales quienes dirimen, en última instancia, en países de Latinoamérica (*v. g.* México, Colombia, Argentina, Costa Rica, etcétera).

La ponderación constituye la medida para determinar los límites de los intereses legítimos. Ya en la jurisdicción administrativa, algunos países europeos antiformalistas (Alemania y Francia) habían propuesto formas de argumentar que podían considerarse muy cercanas a la idea de la ponderación (Sardo, 2013: 239-272). En algunos casos, el balanceo de los intereses era considerado también como la lógica que regulaba la aplicación de algunos institutos del derecho civil (por ejemplo, la disciplina de las inmisiones). Actualmente, y a pesar de sus detractores y críticos, Robert Alexy ha replanteado el juicio de proporcionalidad de manera analítica, lo cual se verá más adelante (Sardo, 2013).

En diciembre de 2011, en México, se llevó a cabo una de las mayores reformas constitucionales en materia de derechos humanos, a partir de la cual se reconoce su progresividad mediante la expresión clara del principio

* Licenciada en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Cuenta con estudios de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA); dayana.sevilla@hotmail.com.

Fecha de recepción: 21 de enero de 2019.

Fecha de dictamen: 07 de abril de 2019.

DAYANA SEVILLA OSORNIO

pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas en mira de la *justiciabilidad* y eficacia de los derechos. Lo anterior, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.¹

134 La reforma también contempló dar mayores facultades a los tribunales para la interpretación en la aplicación de los principios expresados en la carta magna. Algunos tribunales, como los europeos y americanos, cuentan con una tradición más antigua sobre la argumentación en términos de proporcionalidad, lo cual ha dado lugar, en el ámbito académico, al planteamiento de distintos modelos de aplicación de la ponderación.

● Un Estado constitucional de derecho se caracteriza por la incorporación de un conjunto de principios cuya estructura difiere de las reglas, en tanto no tienen definido el supuesto de hecho ni la obligación a imputar en caso de infracción. La presencia de esos principios representa un aumento de la discrecionalidad que, como potestad para determinar el sentido de los enunciados jurídicos, debe ser limitada como presupuesto básico del Estado de derecho, en el que toda expresión de poder debe estar condicionada por una norma jurídica (Estrada-Vélez, 2010: 77-112). En ese contexto tiene lugar la ponderación, asumida por un sector de la doctrina como un límite a la discrecionalidad, y por otro, como un ejercicio ilimitado de la misma. Optar por una u otra posición depende del reconocimiento de las transformaciones de la teoría del derecho en el contexto del Estado constitucional, y en especial de la noción de principios que se asuma. En síntesis, no es posible comprender la ponderación como método sin determinar de manera previa la naturaleza (jurídica o moral) del objeto sobre el cual se impone la ponderación.

La protección de datos personales es un tópico que ha tomado fuerza en los últimos años a través del desarrollo de un andamiaje jurídico especializado. En primer lugar, mediante la reforma constitucional al artículo 16, la cual estableció los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), buscando garantizar la protección de los datos personales en posesión de particulares y de sujetos obligados (entidades públicas). En segundo lugar, mediante leyes especializadas, como la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, y

¹ Las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos, publicadas en junio de 2011, pueden consultarse en: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>.

leyes locales en la materia. Además, se estableció a nivel constitucional un organismo garante en esta materia.

La geolocalización, al ser un dato personal sensible protegido por la normatividad antes señalada, debe ser regulado de manera cuidadosa en el marco del derecho de acceso a la información, ya que la injerencia indebida a esta información sensible puede causar un menoscabo en los derechos de las personas.

El uso de la geolocalización de una persona con fines de seguridad pública se vio excedida en su legislación ante modificadores normativos que dieron lugar a lo que se conoció como *Ley de Geolocalización*, con la cual se otorgaba la facultad discrecional al Ministerio Público para solicitar esta información a las empresas de telecomunicaciones con el fin de la persecución de delitos que cayeran en la hipótesis de delincuencia organizada, narcotráfico, entre otros calificados como graves. Esta legislación fue impugnada mediante una acción de inconstitucionalidad debido a la colisión del derecho a la privacidad, a través de dar a conocer datos sensibles, frente a la seguridad pública.

Ante lo ya expuesto, a continuación se presenta un análisis de la sentencia 32/2012 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la cual se planteó la colisión de los principios de seguridad vs. privacidad, derivado de la acción de inconstitucionalidad que impugnó lo relativo al uso de sistemas de geolocalización por parte de los ministerios públicos como una herramienta para el combate a la delincuencia. Una vez expuestos los puntos primordiales de la sentencia, se expone lo referente a la ponderación como método de resolución de coalición de principios, siguiendo con las propuestas de Robert Alexy, Guastini y Moreso; se finaliza con el análisis de la ponderación realizada por la ministra instructora² de la sentencia 32/2012.

II. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA 32/2012

El 17 de abril de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el decreto que aprobó la reforma a diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) y al Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), ambos actualmente abrogados. En su conjunto, las reformas se conocieron de forma coloquial como *Ley de Geolocalización*, la cual permitía la geolocalización en tiempo real en el marco de la

² Margarita Beatriz Luna Ramos, ministra en retiro.



DAYANA SEVILLA OSORNIO

persecución de hechos delictivos señalados en la normatividad. El legislador señala en el dictamen:

136 ...aprobar las reformas se fortalecen las herramientas de la autoridad ministerial en el combate de delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro, extorsión o amenazas; en específico, por lo que hace a la geolocalización. Se busca consolidar un marco legal que permitiera al Estado Mexicano investigar eficazmente, en tiempo real, los delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro, extorsión o amenazas, para fijar geográficamente el sitio aproximado del lugar de donde se realiza la llamada proveniente de sus autores o copartícipes, a fin de aprehenderlos y, lo más importante, localizar y rescatar con vida a la víctima del secuestro, cuando se trate de ese delito (*Gaceta Parlamentaria*, 2012).

La iniciativa no fue bien recibida por diversos grupos sociales (Barajas, 2014), y eventualmente la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) presentó una acción de inconstitucionalidad en relación con los artículos 133 quáter³ del CFPP y 40 bis⁴ de la LFT, al considerar que violan el derecho humano a la privacidad y/o a la vida privada, sustentados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

³ “Artículo 133 Quáter: Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados. De todas las solicitudes, la autoridad dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo.

En ningún caso podrá desentenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal. Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal”.

⁴ “Artículo 40 Bis: Los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, están obligados a colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas a solicitud del Procurador General de la República, de los procuradores de las entidades federativas o de los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad, con conformidad con las leyes correspondientes.

Cualquier omisión o desacato a estas disposiciones será sancionada por la autoridad, en los términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal”.

GEOLOCALIZACIÓN. PONDERACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA VS. PRIVACIDAD...

líticos, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de ser contrarios a las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Los preceptos impugnados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos se resumen en los siguientes:

- 1) Intervención de la autoridad judicial en la autorización, supervisión y evocación de la solicitud de localización geográfica de un equipo de comunicación móvil. Lo anterior contraviene los artículos 14, segundo párrafo,⁵ y 16, primer párrafo,⁶ de la Constitución, ya que merma el derecho a la privacidad de una persona al no existir una orden de autoridad judicial que fundada y motivadamente autorice la medida, supervise su aplicación, y la revoque en un tiempo determinado; contrario a lo que ocurre con la intervención de comunicaciones o el cateo.
- 2) La falta de precisión de los sujetos destinatarios de la medida, ya que el artículo 40 bis de la LFT no determina a quiénes se dirige la norma, sino que sólo refiere “equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas”, con lo que permite su aplicación a quienes sus equipos móviles estén relacionados o asociados con el investigado; de ese modo, un tercero no sospechoso en la investigación también podría ser sujeto de vigilancia.
- 3) Límite temporal. Toda medida gubernamental que violente los derechos humanos debe regular sus alcances y límites, como es el temporal, de manera clara y específica, lo cual no se advierte en las normas impugnadas.

137



La CNDH concluyó que la ausencia de estos elementos impide que la norma cumpla con los requisitos de legalidad, certeza y seguridad jurídica que exige la Constitución mexicana, haciéndola una disposición abierta con un gran potencial para transgredir derechos fundamentales; además,

⁵ “Artículo 14... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho...”.

⁶ “Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”.

DAYANA SEVILLA OSORNIO

no es proporcional, ya que aun cuando persigue un fin legítimo, como el que el Estado cuente con mejores y mayores herramientas para combatir el crimen organizado y brindar justicia a las víctimas, para ello vulnera los derechos de certeza, seguridad jurídica, legalidad y privacidad (Ochoa, 2015: 45).

138 *Conceptos y derechos analizados en la sentencia*

A. *Geolocalización*

●
○
●
Está definida en el artículo 3o. de la LFT como la localización geográfica en tiempo real, así como la ubicación aproximada en el momento en que se procesa una búsqueda de un equipo terminal móvil asociado a una línea telefónica determinada. Esta herramienta deviene de la interacción con las nuevas tecnologías: se considera una herramienta al servicio de las personas, pero cabe cuestionar hasta qué punto esta herramienta debe ser usada por las instituciones estatales para combatir delitos y establecer un bien común.

B. *Derecho a la privacidad*

El derecho a la privacidad o intimidad se prevé en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución, que establece, en términos generales, la garantía de seguridad jurídica de los gobernados a no ser molestados en la privacidad de su persona, intimidad familiar, papeles o posesiones, salvo el caso excepcional de existir mandato fundado y motivado de la autoridad competente, lo cual tiene como fin el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar que, por regla general, debe excluirse del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás.

El derecho a la privacidad da la facultad a todo individuo de separar aspectos de su vida privada del escrutinio público, como lo señala García (s. a.). Siguiendo a este autor, se reconoce que este derecho tiene dos componentes: el primero es el derecho a aislarse, y el segundo es el derecho a controlar la información de uno mismo a pesar de haberla divulgado con anterioridad. Helen Nissenbaum apunta que el valor de la privacidad está en su relación funcional con fines valorados como el bienestar y desarrollo humanos: la creatividad, la autonomía, la salud mental y la libertad (Nissenbaum, 2011: 85).

El espectro de protección que abarca el derecho a la privacidad incluye todos aquellos aspectos que influyen en el desarrollo personal. Este derecho se ve constantemente vulnerado ante los avances tecnológicos, ya que hay mayores posibilidades de que exista una intromisión a la privacidad sin ser conscientes de ello. Al igual que otros derechos fundamentales, el derecho a la privacidad no es absoluto y es dinámico; cuando éste se ve enfrentado con otro derecho fundamental, un análisis ponderado resulta útil para dar solución a un caso concreto.

139

III. PONDERACIÓN COMO TÉCNICA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTO DE PRINCIPIOS

En palabras de Bernal (1989: 6), se señala que la ponderación es la forma en cómo se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Siguiendo a Robert Alexy, estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2008: 83). Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos.

La ponderación es hoy en día un criterio metodológico primordial en el ejercicio judicial. Los tribunales constitucionales, tribunales superiores y demás similares, encargados de analizar las normas constitucionales de cada país y/o aplicación de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, han prestado suma atención a las discusiones teóricas de aplicación de la ponderación a través del análisis de la estructura y de los límites de los principios. Sin embargo, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas que revelan que algunos aspectos, tales como su estructura y sus límites, distan de estar del todo claros, y existen diferentes propuestas de modelos de ponderación (Sardo, 2013: 239-272).

En América Latina, los principales defensores de la ponderación son aquellos autores llamados neo-constitucionalistas, y que consideran:

- 1) A los sistemas jurídicos como conjuntos de dos tipos de normas: reglas y principios (*tesis principialista*).
- 2) Al derecho como un fenómeno vinculado con la moral en varios niveles: definitorio, conceptual y de justificación (*tesis de la conexión necesaria*).

DAYANA SEVILLA OSORNIO

- 3) Al razonamiento jurídico como parte de la racionalidad práctica general (*tesis del caso especial*).

1. *¿Qué es un principio?*

140 Los principios son un mandato de optimización. Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Autores como Carrió y Gastini (citados en Atienza y Ruiz, 1996: 3-25) enumeran seis sentidos significativos de un principio:

- 1) Principio en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.
- 2) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, gracias a la presencia de conceptos jurídicos indeterminados o dúctiles, como orden público, abuso de derecho, etcétera.
- 3) Principio como norma programática o directriz, esto es, de norma que dispone la obligación de perseguir determinados fines.
- 4) Principio como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo, o de una institución.
- 5) Principio como norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etcétera.
- 6) Principio como *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo.

2. *Modelo de ponderación de Riccardo Guastini*

En el análisis que realiza Guastini sobre la ponderación se señala que una teoría completa de los conflictos entre principios constitucionales debería incluir: *a*) una tipología de los conflictos entre normas; *b*) un análisis de la estructura normativa de los principios, y *c*) un análisis de los procedi-

mientos interpretativos (en sentido amplio) utilizados para la solución de los conflictos entre principios (Guastini, 2007: 631).

Guastini parte de las diferencias entre reglas y principios constitucionales. Las reglas las define como enunciados condicionales que conceden una consecuencia jurídica a una clase de hechos. De los principios señala y destaca sus características de fundamentales (que brindan un sustento axiológico y ético-político al sistema jurídico) e indeterminables (que la distinguen como defectibles y genéricas). Siguiendo al mismo autor, la manera de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales parte del análisis de los conflictos entre principios constitucionales y el empleo de la técnica de la ponderación (2007: 631).

Sobre la tipología de los conflictos normativos, distingue entre dos tipos de conflictos: 1) en abstracto / necesarios, y 2) en concreto / contingentes. Sobre los del segundo tipo hace un análisis más detallado, ya que habitualmente se encuentran éstos y no los del primer tipo. Señala que un conflicto en concreto es el que se produce cada vez que —al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto— se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto (Guastini, 2007: 631). Siguiendo lo señalado sobre los conflictos concretos, éstos dependen de lo que ocurre en el mundo, en tanto que los conflictos abstractos dependen de la estructura del lenguaje legislativo. Se puede distinguir entre conflictos totales y parciales, lo cual es útil para su solución.

Guastini apunta que los principios son normas fundamentales e indeterminadas que se distinguen de las reglas, ya que “se puede convenir que una regla sea un enunciado condicional que concede determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos” (2007: 631). Un principio es una norma fundamental; es decir, una norma que, en primer lugar, caracteriza el sistema jurídico del cual trata (o de uno de sus sectores), en el sentido de que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema; en segundo lugar, da fundamento axiológico (otorga justificación ético política) a una pluralidad de otras normas del sistema, y en tercer lugar, no exige a su vez algún fundamento o alguna justificación ético política porque es concebida, en la cultura jurídica existente, como una norma evidentemente “justa” o “correcta”. Un principio es una norma indeterminada; habla de una indeterminación peculiar que puede asumir dos formas distintas: la defectibilidad (*defeasibility*) y la generalidad.

El autor señala que los principios como normas defectibles no establecen exhaustivamente los hechos condicionantes; es decir, no enumera todas las excepciones; mientras que como normas genéricas exigen, por un



DAYANA SEVILLA OSORNIO

lado, la formulación de otra norma que lo concrete y permita su actuación o ejecución (sin la cual no sería apta para resolver casos concretos), y por otro lado, que pueda ser actuada enseguida o concretizada en muchos modos diversos y alternativos (Guastini, 2007: 631).

Con la ponderación se establece una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto, los cuales tienen las siguientes características:

142

- 1) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento.
- 2) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho.
- 3) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”.

La jerarquía axiológica es una relación de valores creada por el juez constitucional mediante un juicio comparativo de valores. Es un enunciado dotado de forma lógica, lo cual supone atribuir a uno de los principios una importancia mayor respecto al otro. Guastini señala que la ponderación no es un conciliación, ya que no consiste en poner de acuerdo los dos principios en conflicto ni en encontrar un punto de equilibrio entre ellos; tampoco consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios (Guastini, 2007: 631). La ponderación ayuda a resolver cuál de los dos principios es aplicado, y consecuentemente acotado. Sobre la característica de móvil, apunta que es una jerarquía que vale para el caso concreto, pero que podría ser revertida —y que a menudo es revertida— en un caso concreto diverso.

La ponderación trae aparejado un ejercicio discrecional del juez, el cual Guastini señala que es doblemente discrecional. En primer lugar, al crear una jerarquía axiológica entre los principios, y, en segundo lugar, derivado de la mutación de valores comparativos de los principios ante una nueva controversia (Guastini, 2014: 78).

3. Modelo de ponderación de Moreso

José Juan Moreso (citado en Sardo, 2013: 239-272) propone un modelo de la ponderación que, por un lado, se apoya en la teoría de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin, y por el otro, defiende una forma de objetivismo ecuménico que parece encontrar su justificación fundamental en una forma de intuicionismo perceptivo asociada a un cierto tipo de

constructivismo moral. Para Moreso (2006), los conflictos sólo son aparentes y pueden ser resueltos de manera correcta con un refinamiento de los sistemas de normas constitucionales, especificando sus contenidos y buscando coherencia en el sistema. Esta teoría asume las siguientes tesis:

- 1) Las normas (o principios) constitucionales tienen una doble dimensión: moral y jurídica.
- 2) Cuando parece que hay un conflicto entre principios se puede utilizar la ponderación.
- 3) La mejor manera de concebir la ponderación es como un proceso de especificación.
- 4) La especificación, a su vez, puede ser (re)construida como una operación lógica de revisión del antecedente de las normas constitucionales, introduciendo nuevas propiedades relevantes que puedan ser identificadas de manera objetiva.
- 5) La objetividad está garantizada por nuestras intuiciones morales básicas compartidas y por la presencia de casos paradigmáticamente justos o injustos, que constituyen el núcleo de los derechos fundamentales.

143



Para Moreso, es posible concebir la ponderación como un proceso racional (tiene una estructura lógica) que permite una distribución coherente y armoniosa de los principios/valores constitucionales en el sistema, además que puede ofrecer respuestas moral y jurídicamente correctas. Para el autor, es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación como un paso previo a la subsunción: una vía según la cual la ponderación es la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales (que tienen la estructura de principios y pautas) a las condiciones de aplicación abiertas de la subsunción en el ámbito de un problema (Moreso, 2016: 18).

4. Modelo de ponderación de Robert Alexy

Para Robert Alexy, la ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad que trata de la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El objeto de los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Lo que se trata de evitar frente a una situación fáctica de conflicto son los costos que pueden recaer sobre los derechos fundamentales y los fines del

DAYANA SEVILLA OSORNIO

legislador. La ponderación se realiza por intermedio de la llamada eficiencia de Pareto (Alexy, 2016: 2).

Alexy establece a la ponderación como una ley, la cual se divide en tres etapas:

- 144
- 1) Determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio.
 - 2) Determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario.
 - 3) Determinar si la importancia del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

● Las tres etapas implican juicios racionales. Primero, la intensidad; segundo, la importancia de las razones que justifican la interferencia, y tercero, la relación entre ambas. Para Alexy es importante demostrar la posibilidad de efectuar juicios racionales donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que se debe optimizar.

Para poder demostrar la racionalidad de la ponderación, Alexy señala que es necesario que se tenga en cuenta también que la ponderación se encuentra implícita en un sistema de inferencias, el cual a su vez está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. En tanto que un sistema de inferencias, la subsunción es una regla que puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado justificación interna, el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica. Por lo tanto, es primordial para la teoría del discurso jurídico que en el caso de la ponderación de principios exista una contraparte de este esquema deductivo. Este esquema podría llamarse *fórmula del peso* (Alexy, 2016: 5). La representación más sencilla de esta fórmula es:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Donde (I i) equivale a la intensidad de la interferencia con el principio (P i); (I j) representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; (W i, j) equivale al peso concreto de (P i). Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (P i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P j), la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo.

En tenor de lo anterior, para Alexy (2016: 8) la objeción a esta fórmula es clara, debido a que sólo se puede hablar de cocientes en la presencia de números, y en la medida en que los ejercicios de ponderación llevados

a cabo en el derecho constitucional no utilizan números. La réplica a esta objeción podría comenzar con la observación de que el lenguaje de la lógica utilizado para demostrar la estructura de la subsunción no es utilizado en los razonamientos judiciales, y, sin embargo, que este lenguaje es la mejor vía posible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Esto mismo es aplicable para demostrar la estructura ilativa de los principios a través de números que son sustituidos por las variables de la fórmula del peso. Los tres valores del modelo triádico (leve, moderado y grave) pueden ser representados por l , m y g . Existen numerosas posibilidades para asignar valores a l , m y g . Una posibilidad muy simple, pero a la vez sumamente instructiva, consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es, 1, 2 y 4. Sobre esta base, l tiene el valor 1, m el valor 2, y g el valor 4.

145



La racionalidad de una estructura inferencial depende esencialmente de si conecta premisas que a su vez puedan ser justificadas racionalmente. Alexy señala que las decisiones o proposiciones conectadas por la fórmula del peso deben ser justificadas mediante ulteriores argumentos.

La fórmula del peso es una clase de argumento. Las formas de argumento definen la estructura lógica de movimientos dentro de los discursos y muestran cómo los movimientos se relacionan entre sí. La ponderación está conectada con el discurso. La ponderación no es posible sin el discurso y las distintas clases de argumentos o estructuras de inferencia incluyen necesariamente la estructura ponderativa. Para Alexy, la ponderación es tan racional como el propio discurso (Alexy, 2016: 12).

IV. PONDERACIÓN EN LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 32/2012

La sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 32/2012 presenta la colisión de principios con base en el derecho a la privacidad y a la seguridad en el marco del combate a la delincuencia por parte de las instituciones gubernamentales y del concepto del orden público. Puesto que el orden social es el que permite su vigencia efectiva, debe conciliarse el ejercicio de un derecho de forma que éste no impida o bloquee otros. Se precisó que dicha medida sólo procede cuando los equipos móviles asociados a una línea estén relacionados con las investigaciones de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, sin que se trate de la intervención a las comunicaciones o del registro de llamadas que se realicen en esos equipos, por lo que no se vulnera el derecho a la privacidad de las personas.

DAYANA SEVILLA OSORNIO

146 En relación con el derecho a la privacidad, la ministra instructora señaló que la posible restricción a la vida privada de una persona puede darse al solicitar la localización de un equipo de comunicación móvil, que debe ceder en interés de preservar el orden público y la paz social, garantizar la protección de los mencionados derechos y la eficaz investigación de los delitos. Además, señala que esta facultad está acotada a la ubicación del lugar de donde se realiza la llamada mediante un equipo móvil asociado a una línea, por lo que no comprende la intervención de comunicaciones ni el registro de llamadas (para las cuales existe otra reglamentación), y determina que de ahí no se pueda considerar que se vulnere el derecho a la privacidad.

● Se señaló que el ejercicio de la facultad para la geolocalización está previsto para los delitos relacionados con delincuencia organizada, definida constitucionalmente en el artículo 16 como la organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. En esta sentencia, la SCJN puso de manifiesto que la geolocalización de un equipo permitiría la detección de otros equipos asociados con la misma línea y, en su caso, de los copartícipes organizados para delinquir. Por ello, para la SCJN el combate a la delincuencia organizada, contenida en el principio de seguridad pública, es de mayor relevancia que la protección del derecho a la privacidad, en tanto que la autoridad ministerial intervenga comunicaciones o realice el cateo del lugar, cumpla con las formalidades previstas en las leyes aplicables.

Así, la ministra instructora concluyó que el mencionado artículo 133 no vulnera los derechos fundamentales que aduce la CNDH, ni aun cuando de la investigación derive la localización de una persona, pues el objeto de dicha investigación a cargo del Ministerio Público es practicar y ordenar la realización de todos los actos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para lo cual puede valerse de medios tradicionales (como son los testigos y las huellas digitales) o de aquellos que son producto de la innovación tecnológica, entre ellos los sistemas de localización satelital.

V. CONCLUSIÓN

La geolocalización, conforme al marco normativo en México, se considera lícita, siempre y cuando sea solicitada por el procurador general de la República, por los procuradores de las entidades federativas o por los servidores

públicos en quienes legalmente se delegue esta facultad, y cuando la misma sea solicitada únicamente para la realización de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas.

Sin embargo, las autoridades que hagan uso de este tipo herramientas, mecanismos y procedimientos que se desprendan de la ciencia y tecnología, deben observar los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para evitar atropellos y la vulneración de algunos derechos so pretexto de la protección de otros. En tanto, el uso de la geolocalización debe ser ponderada, considerando la colisión que se podría generar entre la seguridad, integridad física y el bien común con el derecho a la privacidad y la protección de los datos personales (Martínez, 2016).

Ante la resolución, se escucharon voces contrarias. Alegando la potencial vulneración del derecho a la privacidad de las personas, la entonces comisionada del Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Areli Cano, señaló que la localización geográfica en tiempo real de equipos de comunicación móvil es una medida de vigilancia encubierta que se lleva a cabo sin el consentimiento del titular de los datos personales; es decir, se realiza en secreto, por lo que merece un tratamiento jurídico acorde a su naturaleza de investigación para inhibir los abusos y arbitrariedades que conllevan este tipo de medidas (INAI, 2014: 3-14).

La SCJN, en su sentencia, señala que la geolocalización es lícita y considerada constitucional ante situaciones excepcionales; sin embargo, en ninguna de las normas analizadas en dicha sentencia se señalan cuáles son éstas, dando la posibilidad a un uso arbitrario por parte de las autoridades ministeriales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2016, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ALEXY, Robert, 2008, *El derecho y la naturaleza del derecho*, España, Marcial Pons.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, 1996, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, España, Ariel Derecho.



DAYANA SEVILLA OSORNIO

- BARAJAS, Fernando, 2014, “¿Por qué debe preocuparnos la Ley de Geolocalización?”, *Revista Digital Código Espaguetei*, 14 de enero, disponible en: <https://codigoespaguetei.com/internet/ley-de-geolocalizacion-mexicol/>.
- BERNAL, Carlos, 1989, “La estructura y los límites de la ponderación”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho (DOXA)*, España, Universidad de Alicante.
- 148 ESTRADA-VÉLEZ, Sergio, 2010, “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, *Revista Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 121, julio-diciembre.
- *Gaceta Parlamentaria*, 2012, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, de Comunicaciones, y de Seguridad Pública, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los Códigos Federal de Procedimientos Penales, y Penal Federal, así como de las leyes Federal de Telecomunicaciones, que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, y General del Sistema Nacional de Seguridad Pública”, año XV, núm. 3455-II, martes 21 de febrero de 2012, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.
 -
 -
- GARCÍA, Diego, s. a., *Derecho a la privacidad*, México, Tríptico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- GUASTINI, Ricardo, 2014, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUASTINI, Ricardo, 2007, “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”, *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*, Perú, año 2, núm. 08, agosto, disponible en: <https://docplayer.es/84633-Ponderacion-un-analisis-de-los-conflictos-entre-principios-constitucionales-1.html>.
- INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 2014, *Resuelve pleno del IFAI no presentar acción de inconstitucionalidad en contra de Ley Telecom*, disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Comunicados/Comunicado%20IFAI-053-14.pdf>.
- MARTÍNEZ, Rigoberto, 2016, *Geolocalización entre el bien común y el derecho a la privacidad*, disponible en: <http://asesoresensoluciones.com/index.php/geolocalizacion-entre-el-bien-comun-y-el-derecho-a-la-privacidad>.
- MORESO, Juan, 2006, “Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales”, *Revista Direito GV*, julio-diciembre.
- NISSENBAUM, Helen, 2011, *Privacidad amenazada*, México, Océano.
- OCHOA, Roberto, 2015, “Geolocalización de equipos de comunicación móvil, en tiempo real, relacionados con la investigación de delitos de delin-

GEOLOCALIZACIÓN. PONDERACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA VS. PRIVACIDAD...

cuencia organizada, contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas”, en *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 82.

SARDO, Alessio, 2013, “Teorías de la ponderación. Análisis crítico”, en GRANDEZ, Pedro y MORALES, Félix (eds.), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Lima, Palestra Editores.

SCJN, Acta de sesión pública, 15 de marzo de 2018, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2018-03-23/SP-30-323125110-0001.pdf>. 149

SCJN, Resumen de sentencias relevantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de Inconstitucionalidad 32/2012 “Valida SCJN las normas que sustentan la geolocalización de los equipos de comunicación móvil vinculados a delitos considerados graves*, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/ResultadosPub.aspx?Pagina=18&TotalRegistros=361&NumParticion=1&OrganoRadicacion=0&FechaResolucion=&TipoAsunto=0&NumeroExpediente=&CAP=&Tema=&Promovente=&ActoReclamado=&Materia=0>.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



LA TRANSPARENCIA
Y EL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN
COMO MECANISMO
PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE
LOS PUEBLOS ORIGINARIOS



*Miriam ESTRADA RIVERA**

La lucha de los pueblos originarios de América Latina, desde la conquista española, ha sido motivada por la preservación de su cosmovisión ante el riesgo latente de una asimilación cultural por parte de la civilización occidental que amenaza constantemente su autonomía y libre autodeterminación. En la actualidad, el riesgo se recrudece con la creación de nuevas formas de apropiación emprendidas en el marco del proceso histórico neoliberal, a través de la implementación de estrategias para desposeerlos de sus territorios, recursos naturales y de su identidad cultural; ello coloca a los bienes colectivos protegidos ancestralmente por los pueblos indígenas y originarios en una condición de suma vulnerabilidad.

Aunado a lo anterior, las condiciones estructurales de discriminación, desigualdad, racismo y exclusión, que históricamente han imposibilitado el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos originarios, hacen evidente la impetuosa necesidad de fortalecer el proceso político e histórico democrático en México, a través de la creación de instrumentos de responsabilidad gubernamental, de transparencia y rendición de cuentas a la sociedad, así como el reconocimiento de la gran diversidad cultural y la coexistencia de varios sistemas normativos.

En ese sentido, el derecho de acceso a la información tiene la potencialidad de convertirse en un mecanismo a través del cual se garantice la

* Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México; miriam.c.estrada.r@hotmail.com.

MIRIAM ESTRADA RIVERA

154

●
○
●

exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos de los pueblos originarios. En este contexto, Daniel Vázquez y Claudia Espinosa, en su libro *La transparencia y el derecho de acceso a la información como mecanismo para la protección de los derechos de los pueblos originarios*, editado por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) en 2019, elaboran grandes aportaciones a la discusión actual sobre el papel y la relación que poseen los derechos de acceso a la información y a la transparencia como insumos inexcusables para impulsar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos desde una perspectiva intercultural. Ambos autores centran la discusión en los siguientes cuestionamientos: ¿cómo interactúan la transparencia y el derecho de acceso a la información con los derechos de las comunidades indígenas y originarias?; ¿qué acciones y políticas públicas ha emprendido el INAI para respetar, garantizar, promover y proteger la transparencia y el derecho de acceso a la información de las comunidades indígenas?; ¿el derecho al acceso a la información y la transparencia pueden ser herramientas para proteger a las comunidades indígenas de las violaciones a sus derechos humanos, principalmente de los efectos de megaproyectos?, y ¿cómo han logrado las comunidades indígenas resignificar y reinterpretar el derecho a la transparencia y acceso a la información de acuerdo con su cosmovisión, autonomía y autodeterminación?

En este libro, Vázquez y Espinosa desarrollan de manera clara, concisa y pedagógica —a lo largo de tres capítulos— la naturaleza dual de los derechos de acceso a la información y transparencia de los pueblos originarios; es decir, como derechos y como herramientas prácticas y estratégicas por medio de las cuales se puedan ejercer otros derechos, tales como los derechos a la consulta, a la protesta social y a la libertad de expresión, por mencionar algunos. Además, elaboran una profunda revisión de los retos gubernamentales que existen para garantizar la mayor accesibilidad posible de estos derechos frente a un contexto socioeconómico plagado de desventajas para los pueblos originarios, y reflexionan sobre la necesidad de reconocer, desde el pluralismo jurídico, las diversas expresiones normativas indígenas que contribuyen al ejercicio del derecho de acceso a la información en el marco de su derecho a la libre autodeterminación.

En el primer capítulo, “La transparencia y el derecho de acceso a la información en un marco democrático: las comunidades indígenas rumbo al acceso efectivo”, se abordan las características mínimas de una democracia, la relevancia de los mecanismos de control y de rendición de cuentas como estándares necesarios para un régimen democrático, así como

la íntima relación de éstos con los derechos de acceso a la información y a la transparencia. Además, se hace un robusto repaso de las fortalezas, oportunidades y debilidades que caracterizan las acciones emprendidas por el INAI para garantizar el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información de los pueblos originarios.

En el segundo capítulo, “El neoextractivismo y las violaciones a los derechos de las comunidades indígenas: la transparencia y la rendición de cuentas como mecanismo de protección de las comunidades indígenas”, se plantea al derecho de acceso a la información como una herramienta que les permite proteger sus derechos y acceder a otros, principalmente ante los constantes embates generados en su territorio por parte de los megaproyectos.

Por su parte, en el tercer capítulo, “Sistemas normativos indígenas, ejercicio del poder y de la distribución de recursos en las comunidades y los municipios indígenas: dilemas interculturales para la transparencia y la rendición de cuentas”, se exponen tres ejes centrales. Primero, ubicar el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas como parte de las políticas vinculadas a la propuesta de democracia multicultural. Segundo, exponer algunos dilemas que los sistemas normativos indígenas presentan en la institucionalización de la transparencia y rendición de cuentas, aunado a las formas en cómo las personas, colectivos, comunidades y municipios están resignificando, cuestionando y apropiándose de la transparencia y acceso a la información. Y tercero, recuperar las experiencias del ejercicio de acceso a la información como un mecanismo para vigilar la distribución y ejercicio local del poder y los recursos. En este apartado, los autores evidencian los grandes riesgos, amenazas e intimidaciones a los que se enfrentan personas y colectivos pertenecientes a los pueblos originarios que ejercen sus derechos de acceso a la información y a la transparencia al cuestionar las dinámicas gubernamentales y el manejo de los recursos en sus localidades. Además, señalan como tarea pendiente del gobierno mexicano la implementación de políticas públicas y estrategias de gobierno encaminadas a generar un diálogo e intercambio con las comunidades indígenas para facilitar el acceso de éstas a sus derechos humanos.

Entre las conclusiones finales es importante advertir que la obra entrega al lector una amena y basta reflexión en torno a la relación existente entre la democracia, la rendición de cuentas, la transparencia y el derecho de acceso a la información a través de las dimensiones normativa y fáctica. Con ello se busca replantear la relación entre los órganos garantes y las comunidades originarias desde un enfoque plural, interseccional e intercultural, con el principal y acuciante objetivo de potencializar al máximo



MIRIAM ESTRADA RIVERA

el ejercicio de los derechos de acceso a la información y a la transparencia de las comunidades indígenas, pues, como se dijo anteriormente, ambos figuran como mecanismos para la defensa y garantía de otros derechos.

156 Finalmente, resulta puntual reconocer que el lector encontrará en esta producción literaria una propuesta teórica que, desde el enfoque de derechos humanos, busca integrar el derecho de acceso a la información y a la transparencia —en su calidad de componente de la democracia liberal— a las expresiones comunitarias propias de los pueblos indígenas, con el propósito de garantizar sus derechos sin mermar la existencia y preservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. De tal manera que el Estado se ve obligado a generar las condiciones propicias para la coexistencia de ambos sistemas normativos, o de lo contrario la protección de los derechos humanos de los pueblos originarios quedará sin plena efectividad.

BIBLIOGRAFÍA DEL LIBRO RESEÑADO

VÁZQUEZ, Daniel y ESPINOSA, Claudia, 2019, *La transparencia y el derecho de acceso a la información como mecanismo para la protección de los derechos de los pueblos originarios*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), 122 pp.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

La revista académica *Estudios en Derecho a la Información* es una publicación semestral que editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, el Instituto Nacional de Transparencia, de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). La revista publica manuscritos cuyo eje temático sea el derecho a la información, a través de estudios caracterizados por ser multidisciplinarios y plantear cuestiones sobre el papel de las normas jurídicas y las políticas públicas en los procesos de desarrollo institucional, impacto económico, comunicación, gobierno y poder.

Se reciben exclusivamente trabajos originales y que no hayan sido publicados con anterioridad. Los manuscritos son considerados para su publicación preferentemente cuando emplean técnicas de investigación empírica, datos estadísticos, análisis cualitativo y/o cuantitativo en un estilo crítico y analítico, incluyendo hipótesis, argumentación, contraargumentación y notas concluyentes.

Los manuscritos recibidos deben aportar una contribución académica sustancial en los temas que incluye esta revista dentro del derecho a la información: derecho de acceso a la información pública, transparencia gubernamental y rendición de cuentas; protección de datos personales y privacidad; tecnologías de la información y de la comunicación; libertad de expresión y periodismo; regulación y políticas de los medios de comunicación y telecomunicaciones.

Los artículos y comentarios jurídicos sometidos a consideración de la revista deben incluir un resumen de no más de 250 palabras, y de 3 a 5 palabras clave que reflejen el contenido del manuscrito. Los textos deben estar divididos en secciones, incluyendo la bibliografía o referencias utilizadas. Las notas a pie de página se deben incluir en caso de que sean estrictamente necesarias y con contenido sucinto. Se evitará subrayar o resaltar en mayúsculas y negritas el texto; el uso de itálicas se reserva para los términos en otro idioma, los títulos de publicaciones u obras, y las li-

gas de fuentes en Internet. Se evitarán las citas textuales mayores a las 40 palabras, excepto en los comentarios jurídicos cuando sea estrictamente necesario.

158 Los artículos no deben exceder las 20 páginas a interlineado 1.5, incluyendo tablas y gráficas; los comentarios jurídicos tendrán una extensión de hasta 15 páginas a interlineado 1.5. Las reseñas de libros no deben rebasar las 10 páginas. La letra estándar para manuscritos es Arial, 12 puntos. Se reciben manuscritos en español, inglés, portugués, italiano o francés. La revista publica textos que utilicen el sistema de citación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de acuerdo con sus *Criterios editoriales*, exclusivamente en el Sistema Harvard.

-
-
-

La revista se reserva el derecho de mejorar los manuscritos como parte del proceso editorial, aclarando la redacción o corrigiendo faltas ortográficas y/o gramaticales.

Los artículos, así como los comentarios jurídicos que sean pre-seleccionados por el Comité Editorial, pasarán al proceso de dictaminación o arbitraje doble ciego. Los dictámenes pueden determinar que los manuscritos son publicables, no publicables o condicionados a cambios.

Recepción de manuscritos

La recepción de manuscritos es únicamente por la página web de la revista a través de su “Usuario” (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion>). Si no tiene “Usuario”, debe crearlo en “Registro de usuarios”, que se encuentra en “Información para autores” (es importante que se complete el formulario de registro con el mayor número de datos requeridos, y el nombre de usuario tendrá que estar en el siguiente formato: “Nombre_Apellido”). Al ingresar al sitio con su “Usuario”, debe dar clic en “nuevo envío”, seguir las instrucciones para llenar el formulario y adjuntar su manuscrito (al “subir archivo” seleccione la ubicación de su documento dentro de su computadora y, posteriormente, dé clic en “Cargar”). Para mayor información y dudas deberá mandar un correo a redi.ijj@unam.mx.