



Núm. 10, julio-diciembre 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. 10, julio-diciembre 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): 2683-2083.

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 Ferráez (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: 6 de mayo 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): 2683-2083

CONTENIDO

ARTÍCULOS

“Naturaleza intrínseca”, “contexto” o “finalidad” en la determinación del carácter sensible de los datos personales	1
Julio A. HUERTA ANGUIANO	
Delitos restrictivos de la libertad de expresión y su inconstitucionalidad. Análisis de tres casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación	33
Moisés Israel FLORES PACHECO	
El derecho a la información como llave de acceso a nuevas formas de gobierno	57
Eva Grissel CASTRO CORIA	
Carolina ROSALES HUERTA	
Retos de la inclusión del nombre del solicitante en los requisitos establecidos en los procedimientos de acceso y medios de impugnación previstos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información	81
Eduardo LIMA ESTRADA	

COMENTARIOS JURÍDICOS

Protección de datos personales en credencial para votar, a examen de la información pública. Derecho a la privacidad vs. principios rectores de la función electoral . . .	105
Víctor Hugo SERRANO MORALES	

CONTENIDO

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

	Observatorio de transparencia legislativa y parlamento abierto.	137
	Lisandro Jesús VENTURA CASTILLO	
VI	Normas de publicación	143



ARTÍCULOS



“NATURALEZA INTRÍNSECA”, “CONTEXTO” O “FINALIDAD”
EN LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER SENSIBLE
DE LOS DATOS PERSONALES
“INTRINSIC NATURE”, “CONTEXT” OR “PURPOSE”
IN THE DETERMINATION OF THE SENSITIVE
CHARACTER OF PERSONAL DATA



Julio A. HUERTA ANGUIANO*

RESUMEN. El presente artículo expone tres posibles respuestas a la pregunta de investigación siguiente: ¿qué hace que los datos personales sean considerados datos personales sensibles? Esta aportación tiene como objetivo contribuir a la revisión crítica del concepto de “datos personales sensibles” o “categorías especiales de datos”, destacando algunos de los problemas implícitos en la construcción e interpretación de su definición jurídica, teniendo como marco de referencia diversos ordenamientos internacionales de protección de datos personales. En particular, el texto analiza los enfoques siguientes: 1) la concepción de la naturaleza *intrínsecamente sensible* de los datos personales; 2) la aproximación del carácter sensible en función del contexto de su procesamiento, y 3) la propuesta que considera la finalidad del tratamiento de los datos personales.

PALABRAS CLAVE. Datos personales, datos sensibles, categorías especiales de datos, privacidad, autodeterminación informativa.

* Licenciado y maestro en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestro en derecho norteamericano por la Universidad de Notre Dame (EE. UU.). Ex becario Fulbright – García Robles para estudios de posgrado. Abogado de protección de datos personales y privacidad. juliohanguiano@gmail.com.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 28 de octubre de 2019.

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

4

●
○
●

ABSTRACT. *This article explains three possible answers to the following research question: why is some personal information considered as sensitive personal data? This paper aims to contribute to the critical review of the concept of “sensitive personal data” or “special data categories”. It highlights some of the problems implied in the construction and interpretation of its legal definition, considering various international data protection laws. In particular, this text analyzes the following three approaches: 1) the conception of the intrinsically sensitive nature of personal data; 2) the approach of the sensitive character according to its context of processing; and 3) the thesis that considers the purpose of data processing.*

KEYWORDS. *Personal data, sensitive data, special categories of data, privacy, informational self-determination.*

I. INTRODUCCIÓN

Diversos cuestionamientos surgen cuando se analiza una definición de datos personales sensibles; por ejemplo: ¿es posible establecer un catálogo de datos personales sensibles que sea exhaustivo?; en todos los casos, ¿los datos que aparecen en una definición de este tipo son datos que puedan afectar los derechos y las libertades de sus titulares?; ¿puede haber otros datos que, aun sin estar incluidos en una definición, deban ser considerados sensibles en función del contexto o la finalidad de su tratamiento?; ¿a quién debe reconocérsele la facultad de determinar el carácter sensible de la información?; ¿al legislador?; ¿a las autoridades de control o protección de datos personales cuando deciden sobre un caso específico?; ¿a las cortes y tribunales cuando emiten sentencias o criterios?; ¿al mismo titular de los datos personales?

Las respuestas a estas interrogantes no son evidentes; por el contrario, estas cuestiones convierten a la definición de datos personales sensibles en una de las definiciones más obscuras para cualquier operador jurídico que tenga a su cargo una labor de interpretación y aplicación de normas de protección de datos personales.

En esta aportación se pretende contribuir a la difusión de algunas de las posturas planteadas en Europa desde hace varios años —pero que hoy en día continúan siendo poco conocidas en los países de Latinoamérica— respecto a la consideración del carácter *a priori* de los datos personales sensibles, así como a la importancia de la finalidad y el contexto del tratamiento en la determinación de su estatus sensible.

“NATURALEZA INTRÍNSECA”, “CONTEXTO” O “FINALIDAD” EN LA DETERMINACIÓN...

La difusión de estas ideas podría beneficiar a los Estados latinoamericanos y a los mismos destinatarios de las normas de protección de datos, en la medida que constituyen enfoques que podrían ser tomados en cuenta para orientar reformas legislativas futuras, y para fomentar una interpretación amplia (extensiva e incluyente) del concepto que vaya más allá de la aplicación estricta de una definición jurídica que prevea categorías expresas de datos sensibles.

Antes de entrar al tema, es importante mencionar que la definición estándar de “datos personales” los concibe como “cualquier información concerniente a una persona física identificada o que pueda ser identificada a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados”. Esta definición ha sido incluida en diversos ordenamientos internacionales de protección de datos personales.¹ Paralelamente al concepto de datos personales, ha surgido el concepto de “datos personales sensibles” o “especialmente protegidos”. La idea de que algunos tipos de información son más sensibles que otros ha sido articulada a menudo por especialistas en privacidad, y reconocida por legisladores bajo una gran diversidad de términos (Etzioni, 2015: 1277). Sobre el particular, existen investigaciones que demuestran que el concepto de datos sensibles es considerado uno de los núcleos centrales de la privacidad y la protección de datos (Wang y Jiang, 2017: 3286).

La distinción entre datos personales sensibles y no sensibles es fundamental porque reconoce que el procesamiento de datos personales puede tener distintos niveles de impacto en la vida privada de las personas, así como en diversos valores protegidos por el derecho. La dicotomía presupone que el tratamiento de cierto tipo de información puede implicar riesgos y afectaciones importantes para sus derechos y libertades fundamentales. Así lo expone el autor Sabah Al-Fedaghi, para quien la sensibilidad de los datos personales es uno de los factores más importantes para determinar la percepción de privacidad de un individuo, reconociendo que el grado de sensibilidad influye en la decisión sobre el nivel de seguridad que se establece para controlar el acceso a dicha información (Al-Fedaghi, 2007).

Diversos son los autores que han destacado el papel de la “dignidad humana” como norma sustantiva básica y fundamento de los derechos huma-

¹ En las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que regulan la protección de la privacidad y el flujo transfronterizo de datos personales (artículo 1[b]); en el Convenio 108 del Consejo de Europa (artículo 2[a]); en los Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (apartado 2[a]); en la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (artículo 2[a]), y más recientemente, en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, que deroga la Directiva 95/46/CE (artículo 4[1]).



JULIO A. HUERTA ANGUIANO

6 nos (Neal, 2014: 31; Carozza, 2008: 932), así como la importancia de la privacidad como un valor que protege la autonomía de las personas (Gavison, 1980: 423). Teniendo en cuenta que muchas legislaciones han reconocido al derecho a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales como un derecho fundamental, sea de manera expresa en sus Constituciones o a través de la adopción de criterios por parte de sus tribunales, puede reconocerse que la regulación de los datos sensibles también busca proteger valores esenciales, tales como la no discriminación (Žliobaitė y Custers, 2016: 185), la dignidad de los individuos, y el libre desarrollo de la personalidad (Wang y Jiang, 2017: 3290).

• Uno de los orígenes más conocidos acerca de los datos personales sensibles se remonta a las Directrices de la OCDE, que regulan la protección de la privacidad y el flujo transfronterizo de datos personales (OCDE, 1980). Si bien la versión final de este documento no incluyó una definición de datos sensibles, su Memorando Explicativo refirió que la ausencia de una definición de datos personales sensibles se debió a la falta de consenso sobre qué categorías de datos merecían una especial protección. Según consta en los numerales 19(a) y 51 del Memorando, en las Directrices de la OCDE ya se había advertido que quizá no era posible adoptar una serie de datos que fuesen considerados universalmente como sensibles.

Caso distinto fue el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (Council of Europe, 1981a), el cual sí incluyó una serie de medidas y controles para el tratamiento de las denominadas “categorías particulares de datos”. Concretamente, este ordenamiento dispuso en su artículo 6o. que los datos de carácter personal que revelaran el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podían tratarse automáticamente a menos que el derecho interno de los Estados proporcionara garantías apropiadas para tal fin. Lo mismo aplicaría tratándose de datos personales relativos a condenas penales.

Asimismo, el Reporte Explicativo del Convenio 108 estableció, en sus numerales 44 y 45, respecto al alcance del artículo 6o. del Convenio, que la expresión “revelen ...opiniones políticas, religiosas y otras creencias” cubriría también las actividades provenientes de tales opiniones o convicciones, y que los datos personales relativos a la salud incluían la información concerniente a la salud pasada, presente y futura, física y mental, de un individuo. Esta información podía referirse a una persona enferma, sana o fallecida, e incluía aquellos relacionados con el abuso del alcohol o el consumo de drogas.

“NATURALEZA INTRÍNSECA”, “CONTEXTO” O “FINALIDAD” EN LA DETERMINACIÓN...

Por otra parte, el Reporte Explicativo refirió, en su numeral 48, que la lista de datos que conformaban las categorías especiales establecidas en el artículo 6o. del Convenio 108 no eran exhaustivas, y, por tanto, que un Estado contratante podía, de conformidad con el artículo 11 del propio Convenio, incluir en su derecho interno categorías adicionales de datos personales sensibles.

El 14 de diciembre de 1990, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales de las Naciones Unidas (ONU, 1990), cuyo artículo relativo al “principio de no discriminación” estableció la prohibición de registrar datos que pudieran originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato.

En un sentido similar, la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 1995), estableció en su artículo 8(1) que los Estados miembros debían prohibir el tratamiento de los datos personales que revelaran el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad de las personas.

Posteriormente, los Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, 2009) establecieron, en su apartado 13, una definición de datos personales sensibles, que los concibió como aquellos datos de carácter personal que afecten a la esfera más íntima del interesado, o cuya utilización indebida pueda dar origen a una discriminación ilegal o arbitraria, o conllevar un riesgo grave para el interesado. En particular, se consideran sensibles en la Resolución de Madrid los que puedan revelar aspectos como el origen racial o étnico, las opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, así como los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

De manera más reciente, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD, 2016), que deroga la Directiva 95/46/CE, dispuso en su artículo 9(1), bajo el rubro “categorías especiales de datos personales”, que quedaba prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una



JULIO A. HUERTA ANGUIANO

persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física. El siguiente cuadro incluye los tipos o categorías que han sido tradicionalmente considerados como datos sensibles (contiene las categorías que aparecen textualmente como datos personales sensibles en los ordenamientos de referencia).

8

<i>Categorías específicas</i>	<i>Directrices de la OCDE (1980)</i>	<i>Convenio 108 (1981)</i>	<i>Resolución ONU 45/95 (1990)</i>	<i>Directiva 95/46/CE (1995)</i>	<i>Resolución de Madrid (2009)</i>	<i>LFPDPPP (2010) y LGP-DPPSO (2017)</i>	<i>Reglamento General UE (2016)</i>
Datos que revelen:							
Origen racial o étnico		X	X	X	X	X	X
Opiniones políticas		X	X	X	X	X	X
Convicciones o creencias religiosas		X	X	X	X	X	X
Convicciones filosóficas			X	X	X	X	X
Estado de salud		X		X	X	X	X
Sexualidad o vida sexual		X	X	X	X		X
Orientación sexual							X
Pertenencia o afiliación a sindicatos			X	X		X	X
Datos genéticos						X	X
Datos biométricos							X
Condenas penales		X		X			X
Creencias de otro tipo		X	X			X (Creencias morales)	

FUENTE: elaboración propia con base en la búsqueda y revisión de los ordenamientos jurídicos respectivos.

“NATURALEZA INTRÍNSECA”, “CONTEXTO” O “FINALIDAD” EN LA DETERMINACIÓN...

El panorama anterior constituye únicamente un punto de partida para contextualizar algunos de los problemas implícitos en la construcción e interpretación del concepto de datos personales sensibles. Si bien esta reflexión es de carácter general, se considera que es trasladable a distintos ordenamientos en la medida que los problemas expuestos son, en gran parte, inherentes al “lenguaje natural” que conforma cualquier norma jurídica.

A menudo, el concepto de datos personales sensibles parte de una definición jurídica con rango de norma general y abstracta que le confiere obligatoriedad. De conformidad con el *Cambridge Dictionary of Philosophy*, una “definición” puede concebirse como la especificación de un significado o la especificación del contenido conceptual de una expresión. Por otra parte, recordando a Norberto Bobbio, se consideran normas generales cuando se refiere a normas que se dirigen a una clase de personas, y normas abstractas cuando son aquellas que regulan una acción-tipo (o una clase de acciones) (Bobbio, 2007: 133).

El elemento que detona la operatividad práctica del concepto de “datos sensibles” en el derecho positivo es una definición jurídica, destinada a regular la conducta de personas físicas o jurídicas de carácter público o privado (responsables del tratamiento) que deciden sobre acciones específicas de procesamiento (obtención, uso, divulgación, conservación, entre otros). Una vez que una definición de este tipo ha sido establecida y aprobada por el legislador, se constituye como un referente normativo imperativo. Lo anterior de ninguna manera implica que no pueda establecerse una relación entre el concepto de datos sensibles y otros valores fundamentales, tales como la dignidad humana y la no discriminación, e inclusive encontrar una justificación suficiente en ellos. No obstante, por cuestiones de espacio, el estudio de estas relaciones básicas no será objeto de la presente aportación.

Las definiciones de “datos personales” sensibles a menudo incluyen categorías expresas a las cuales el legislador ha decidido otorgarles un mayor nivel de protección. Sin embargo, aunque pudiera pensarse que estas definiciones proporcionan una guía clara y bien definida a los intérpretes de la norma (responsables del tratamiento, oficiales de privacidad, abogados de protección de datos personales, entre otros), la interpretación y aplicación de la definición de “datos sensibles” implica diversos problemas.

Una primera cuestión es que algunas legislaciones incluyen supuestos normativos muy amplios, enunciados como: son datos sensibles “aquellos que afecten la esfera más íntima de una persona”, “cuya utilización indebida pueda dar origen a una discriminación ilegal o arbitraria”, o bien,



JULIO A. HUERTA ANGUIANO

“aquellos que conlleven un riesgo grave para el interesado o el titular de los datos”.²

10 Cuando existe una norma jurídica que define los términos contenidos en las disposiciones, o bien, existe algún criterio orientador de una corte o tribunal, la vaguedad o ambigüedad de los conceptos tiende a disminuir. No obstante, en muchos sistemas jurídicos no existe una conexión manifiesta entre las hipótesis generales previstas en la definición y los subtipos que podrían vincularse o asociarse a las mismas, haciendo más difícil distinguir entre información sensible e información no sensible; dificultando consecuentemente el cumplimiento de la regulación en la materia.

●
○
● Históricamente, los ordenamientos de protección de datos han privilegiado categorías expresas de datos sensibles respecto a la determinación casuística de cuándo se afecta la “esfera más íntima” de una persona (esto requeriría definir previamente el ámbito de la “intimidad”); o determinar la actualización de un “riesgo grave” para el titular o interesado (¿qué tan grave debería ser el riesgo para que un dato se considere sensible?), o el surgimiento de una situación de “discriminación ilegal o arbitraria” derivada de una utilización indebida de la información (¿causar discriminación debe ser el objetivo del tratamiento, o bastaría con que ésta apareciera en cualquier momento del tratamiento?, ¿quién determina que existe una situación de discriminación?).

Aunque, en efecto, un enfoque de manejo de riesgos es actualmente considerado una herramienta esencial para asegurar una protección adecuada de las personas en relación con el tratamiento de sus datos personales, por ejemplo, en el contexto del RGPD (Gellert, 2018: 279), parece más intuitivo aplicar categorías expresas de datos que identificar riesgos específicos.

La cuestión anterior conduce a otro punto que no es menos problemático. Se trata justamente de la remisión a categorías aparentemente más concretas. Esta especificidad es sólo superficial, debido a que es altamente probable que las categorías expresas no refieran de manera detallada todos los subtipos de información que pueden ubicarse dentro de ellas. Por

² Ordenamientos que contienen este doble aspecto son los Estándares Internacionales de Protección de Datos (apartado 13 [1]); las leyes federales de protección de datos personales mexicanas (Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, 2010: artículo 3[VII]; Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, 2017: artículo 3[X]); la Ley por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales de Colombia (Ley Estatutaria 1581, 2012: artículo 5o.), y la Ley sobre protección de vida privada de Chile (Ley 19628, 1999: artículo 2[g]), por citar algunos casos.

ejemplo, pensar en términos de “género” y “especie”. La tipología de datos personales sensibles prevista en una definición constituiría el género, pero sus especies serían el resultado de individualizar y derivar datos más particulares a partir de la tipología general.

En diversos informes jurídicos, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha analizado la naturaleza de diversos datos no previstos expresamente en la legislación de la materia, para concluir si debían ser considerados datos especialmente protegidos o no. Es el caso de los datos que revelan “aspectos psicológicos” de personas físicas (AEPD, 1999); el carácter del dato de profesión de “sacerdote” (AEPD, 2004a); la información personal relativa a un determinado servicio de prevención de riesgos laborales (AEPD, 2004b); la condición de ser fumador (AEPD, 2005); las historias clínicas de personas fallecidas (AEPD, 2008), entre muchos otros.

Lo anterior es relevante debido a que en muchos casos no existe un referente normativo claro en la reglamentación específica que pueda orientar la determinación del carácter sensible de los datos personales. Por lo tanto, la existencia de una definición de “datos sensibles” sólo es el punto de partida para una labor de análisis, interpretación y reconstrucción de significados, cuyos parámetros no siempre están manifiestamente establecidos.

II. ENFOQUES SOBRE EL CARÁCTER SENSIBLE DE LOS DATOS PERSONALES

1. *Los datos personales sensibles y su naturaleza “intrínsecamente sensible”*

La concepción de la naturaleza “intrínsecamente sensible” de los datos personales sostiene que este tipo de información posee cualidades específicas inherentes, distintas a otro tipo de información, que potencializan un riesgo para las personas físicas, particularmente haciendo posible una afectación a sus derechos y libertades una vez que se encuentran sujetos a un tratamiento. En este sentido, esta postura defiende la idea de que los datos personales son sensibles independientemente de cualquier contexto o del reconocimiento que haga una norma jurídica específica.

Sin embargo, la alusión a la naturaleza sensible de los datos personales debe ser matizada y ubicada en contexto para evitar algunas confusiones. Sobre este punto, resulta de utilidad señalar que el término “naturaleza”



JULIO A. HUERTA ANGUIANO

denota comúnmente a una esencia inherente, inmutable y necesaria, relativa a los aspectos físicos de la realidad, por contraste con algo que es contingente o circunstancial. Por ejemplo, la naturaleza del agua es el resultado de la composición química de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H₂O) (en todos los casos, la naturaleza del agua es la composición de estos elementos). En consideración a la connotación del término, parece dudoso que podamos hablar de una naturaleza similar cuando hablamos del concepto de “datos personales sensibles” y sus categorías.

12 Adoptar una posición como la anterior representaría defender una actitud esencialista, en la cual un dato personal posee una misma naturaleza sensible, independientemente de cualquier norma jurídica o valoración humana e independientemente de cualquier uso específico. En un extremo, podría afirmarse conforme a este enfoque que ciertas categorías poseen en sí mismas un peso *ontológico*, un peso que es intrínsecamente mayor al de otro tipo de información personal; por ejemplo, sostener que las fotografías de personas físicas son en sí mismas sensibles, o afirmar que el peso y la altura de una persona deberían ser siempre datos especialmente protegidos. Por otra parte, es plausible apuntar que una interpretación estricta de esta postura podría conducir a dejar fuera del concepto, información íntima que pudiera ser empleada para causar un daño o afectación significativa a las personas, por no haber sido categorizada como información sensible de manera expresa.

En este sentido, es posible cuestionar si las opiniones políticas o los datos que reflejan aspectos como origen racial o étnico son datos necesariamente (y no accidentalmente) sensibles, y, por tanto, datos que afectan la esfera “más íntima de su titular”; o bien, considerar que los datos que revelan opiniones políticas o convicciones religiosas son “por naturaleza” más sensibles que la información que revela el patrimonio económico, ubicación geográfica en tiempo real o historial de navegación en Internet de una persona física. Esto, sin duda, es discutible.

Muchas legislaciones no consideran a los datos de geolocalización y los historiales de búsqueda en Internet como información sensible. No obstante, parece razonable afirmar que estos datos permiten inferir conclusiones muy precisas respecto a la vida privada de las personas a quienes concierne la información. Al respecto, diversos tribunales y organismos han señalado que los datos de geolocalización permiten derivar hábitos precisos de la vida cotidiana, lugares de residencia permanentes o temporales, movimientos diarios u otras actividades llevadas a cabo por las personas, haciendo posible inferir tipos de relaciones e intereses, así como los entornos sociales frecuentados por ellos.

En *United States v. Jones*, un caso histórico analizado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, la *Justice* Sonia Sotomayor manifestó, en su opinión concurrente, que el monitoreo por sistema de posicionamiento global (GPS), incluso por un periodo corto de tiempo, permite generar un registro preciso y completo de los movimientos públicos de una persona, y que ello refleja una gran cantidad de detalles sobre sus asociaciones familiares, políticas, profesionales, religiosas y sexuales. La *Justice* Sotomayor argumentó que muchos datos obtenidos por GPS tienen una naturaleza indiscutiblemente privada, tales como información que revela viajes al psiquiatra, al cirujano plástico, a la clínica de abortos, al centro de tratamiento del SIDA, al club de *striptease*, al abogado defensor, al motel, a la reunión sindical, a la mezquita, la sinagoga o la iglesia, entre otros (*United States v. Jones*, 2012).

13



En un sentido similar, el Comité Europeo de Protección de Datos³ (EDPB, por sus siglas en inglés) ha expuesto que los metadatos y los datos de tráfico y ubicación proporcionan medios para establecer un perfil de las personas a quienes conciernen, información que no es menos sensible que el contenido de las comunicaciones, teniendo en cuenta el derecho a la privacidad (EDPB, 2018: 12).

En el caso de los historiales de navegación, también ha cobrado mayor fuerza, en los últimos años, el argumento de que revelar este tipo de información podría comunicar situaciones íntimas o información que las personas desean mantener como confidencial (desde las noticias que leen, los sitios web de compras que visitan, o los sitios para adultos que frecuentan), lo cual podría perjudicar la percepción que la sociedad tiene de un individuo, afectando su reputación en su vida profesional o en su vida pública. Este debate se suscitó hace un par de años en la Unión Americana, a partir de unas reglas emitidas por la Federal Communications Commission (FCC) que proponían obligar a los proveedores de servicios de telecomunicaciones a obtener el consentimiento expreso de las personas antes de comunicar o compartir los historiales de búsqueda en la red. La FCC definió el historial de navegación web y el historial de uso de aplicaciones como información sensible, junto con otro tipo de información, tales como los datos de ubicación geográfica, la información financiera y de salud, así

³ Anteriormente llamado Grupo de Trabajo del artículo 29, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trataba de un organismo europeo con carácter consultivo e independiente para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Sus funciones se describían en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE. Con la entrada en vigor del RGPD, el Grupo de Trabajo cambió su denominación por la de Comité Europeo de Protección de Datos (*European Data Protection Board*).

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

como el contenido de las comunicaciones (FCC, 2016: 4). Las reglas finalmente fueron repelidas por el presidente Donald Trump en 2017.

14 También se podría cuestionar si los datos que revelan opiniones filosóficas o políticas son sensibles para todos los individuos, pues seguramente existen personas para quienes poco importe que sus creencias morales y convicciones filosóficas o políticas sean conocidas o difundidas públicamente. Todas estas cuestiones deben ser evaluadas de manera cuidadosa, ya que podrían entrar en juego factores adicionales que, en efecto, puedan llevar a reafirmar el carácter de este tipo de información como sensible.

● Hace casi veinte años, el profesor Spiros Simitis advirtió que muchas
○ leyes de protección de datos personales consideraban la enumeración
● de datos sensibles como exhaustiva, y que era perceptible la creencia de que el atributo “sensible” estaba reservado a una clase exclusiva de datos cuidadosamente seleccionados e incluidos por los legisladores. Simitis criticó esta postura. En su opinión, la intervención del legislador en el establecimiento de categorías fijas tenía (como tiene actualmente) una función estratégica: garantizar el máximo de transparencia y estabilidad posible al ordenamiento correspondiente, protegiéndolo de demasiados cambios, y sujetando su modificación únicamente al proceso legislativo formal (Simitis, 1999: 3).

Sobre el particular, es pertinente reconocer que parte de la función de una definición de “datos personales sensibles” es establecer qué información requiere, *prima facie*, un cuidado y manejo especial cuando es tratada por personas físicas o jurídicas, autoridades, servicios u otros organismos públicos o privados, en consideración a las consecuencias negativas que pudieran derivarse para los derechos y libertades de los titulares de la información a partir de su tratamiento. No obstante, esta generalización es en parte tendenciosa, en la medida que asume que, en una sociedad determinada, los datos personales “x”, “y” y “z” son considerados por todos los individuos con el mismo carácter “sensible”, o que el tratamiento de dichos datos implica, en todos los casos y para todos los individuos, un nivel de riesgo o afectación similar en su tratamiento.

En relación con lo anterior, una cosa es que ciertas categorías de datos estén contempladas en una definición jurídica como datos sensibles, y otra que dichas categorías sean consideradas sensibles por los titulares de los datos personales. A partir del reconocimiento de una norma jurídica que establezca una definición de datos sensibles, no se sigue necesariamente la creación de un riesgo concreto, o un estado mental en el cual las personas asuman ciertas categorías de datos como merecedoras de especial cuidado en sus vidas.

Además, con el desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la información y la comunicación; la velocidad con la que viaja la información a través de la red; la sofisticación de los medios electrónicos para la obtención, uso y explotación de la información; el desarrollo de avances en las áreas de inteligencia artificial (IA), minería de datos y *Big data* (entre otros), y ante la falta de una cultura adecuada sobre el uso de los datos personales por parte de responsables y titulares, entre otros factores, cualquier dato o conjunto de datos personales podría convertirse en información sensible en cualquier momento, aunque no se encuentren previstos de manera expresa en una definición.

15

Particular atención requieren los recientes dispositivos y aplicaciones que incorporan IA, los cuales pueden requerir para su desarrollo u operación del procesamiento de grandes cantidades de datos personales, impactando potencialmente en los derechos a la privacidad y la protección de datos personales de las personas, generando nuevos riesgos potenciales que son inducidos por la tendencia a la concentración masiva de datos personales. Esta situación fue reconocida en la Declaración sobre Ética y Protección de Datos en la Inteligencia Artificial, adoptada en la 40a. Conferencia Internacional de Comisionados de Protección de Datos y Privacidad el 25 de octubre de 2018 (ICDPPC, por sus siglas en inglés) (ICDPPC, 2018).

Ahora bien, la concepción de la naturaleza intrínsecamente sensible encuentra una variante mucho más moderada en la determinación *a priori* del carácter sensible de los datos personales, la cual si bien no considera que los datos personales son sensibles en sí mismos, sí afirma que las categorías de datos tienen un carácter sensible como regla general, y con anterioridad a su aplicación práctica. Los defensores de este enfoque apriorístico (en mayor o menor medida) también suelen llevar a cabo una interpretación estricta de la definición, desprovveyendo a la información de un contexto particular respecto a su uso y las consecuencias de su tratamiento. Para ellos, se trata de partir del carácter sensible anterior o predeterminado de las categorías previstas en la definición, para proceder a aplicarlas de manera *cuasi-mecánica* a los datos en cuestión.

Como aporte al análisis está el ejemplo presentado por Rebecca Wong respecto a la publicación de una fotografía de un esquimal. La pregunta que realiza la autora recae sobre si la publicación de esta información podría considerarse como tratamiento de datos personales sensibles por revelar el origen racial de la persona retratada. En opinión de la autora, la prohibición de tratar datos personales sensibles contenida en el artículo

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

8(1) de la hoy abrogada Directiva 95/46/CE, habría sido aplicable sin importar qué tan trivial hubiese sido el caso (Wong, 2007: 9).

De manera similar, es posible referir la sentencia del *Caso Bodil Lindqvist* (Sentencia C-101/01, 2003), adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) el 6 de noviembre de 2003, el cual tuvo su origen en diversas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE, planteadas al TCJE por el *Göta hovrätt* sueco, en el marco de un proceso penal en contra de una mujer acusada de haber infringido la normatividad sueca de protección de datos personales, al publicar en su sitio de Internet, diversos datos de carácter personal sobre varias personas.

16

-
-
-

En particular, Lindqvist había publicado en Internet el nombre, trabajo, pasatiempos, números de teléfono, circunstancias familiares, entre otra información personal de sus compañeros que, como ella, colaboraban voluntariamente en una parroquia de la Iglesia protestante de Suecia, sin haberles informado sobre la existencia de la página web y sin haber solicitado el consentimiento para proceder al tratamiento de sus datos.

Es de interés la cuestión prejudicial que versa sobre el hecho de si conforme al artículo 8(1) de la Directiva 95/46/CE, la divulgación en un sitio web de la circunstancia de que un compañero de trabajo (designado por su nombre en el sitio web) se había lesionado el pie y estaba en una situación de baja temporal, constituía un dato relativo a la salud (y por tanto un dato especialmente protegido). A esta interrogante, el Tribunal respondió afirmativamente, señalando que era preciso dar una interpretación amplia a la expresión “datos relativos a la salud”, de modo que comprendiera la información relativa a todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona.

Las implicaciones del *Caso Lindqvist* son significativas, en la medida que en la “interpretación amplia” realizada por el Tribunal subyace una inferencia realizada a partir de la asociación de conceptos semejantes; por ejemplo, relacionar el concepto amplio de salud (la información que revela aspectos físicos y psíquicos de una persona) con los elementos “lesión”, “miembro del cuerpo”, “baja temporal”, “persona física”, sin tener en cuenta un análisis de por qué en el caso específico, de manera adicional a lo dispuesto por el artículo 8(1) de la Directiva 95/46/CE, la indicación de que una persona se ha lesionado un pie y está en una situación de baja parcial representaba algún riesgo a los derechos o libertades de su titular, a efecto de considerarlo un dato especialmente protegido. Es cierto que esta cuestión no fue presentada al Tribunal; sin embargo, en la sentencia emitida en el *Caso Lindqvist* no se advierten elementos que permitan concluir que

el contexto del tratamiento tenía un papel importante en la determinación del carácter especialmente protegido de la información referida.

2. Datos personales sensibles en función del contexto de su tratamiento

Este enfoque, también conocido como *context-based approach*, sostiene que es el contexto del tratamiento el que confiere a los mismos una cualidad particular casuística y específica. Para Helen Nissenbaum, el término “contexto” se refiere a entornos sociales estructurados con características que han evolucionado con el tiempo y están sujetos a una serie de causas y contingencias de propósito, lugar, cultura, historia y más (Nissenbaum, 2010: 130). Conforme a un enfoque contextual, cualquier dato personal puede, dependiendo de las circunstancias de su tratamiento, adquirir el carácter sensible.

En un sentido similar se pronuncian Simitis y McCullagh, para quienes la naturaleza especial de los datos personales sensibles no deriva necesariamente de la aplicación de las categorías previstas en la definición, sino del caso concreto del tratamiento, en el cual se considere, por ejemplo, las características de la persona titular de los datos, las condiciones de lugar, tiempo y modo en las que se lleve a cabo el tratamiento, el grado de exposición o divulgación de la información, el nivel de riesgo en función del dato personal, las posibles consecuencias que se derivarían de un posible uso indebido en la esfera de los derechos del titular o interesado, entre otros (Simitis, 1999: 5; McCullagh, 2007: 11 y 12).

Esta aproximación es visible en el RGPD, cuyo considerando 51 dispone que “[e]special protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales...” (RGPD, 2016).

Como puede advertirse, en el diseño del RGP el legislador europeo matizó el alcance a la expresión “naturaleza”, al referir expresamente al contexto del tratamiento que puede dar surgimiento a diversos riesgos para los derechos y las libertades fundamentales de los individuos.

Desde hace muchos años, el legislador europeo resaltó la importancia de las circunstancias específicas en las que los datos personales son tratados para considerarlos especialmente protegidos. En este aspecto, se podría traer a cuenta lo dispuesto en el artículo 6(43) del Reporte explicativo del

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

Convenio 108, el cual enfatiza que el riesgo de que el tratamiento de datos personales sea dañino para las personas generalmente no depende del contenido de los datos, sino del contexto en el que son procesados.

18 A partir de este enfoque, en efecto puede haber casos donde el tratamiento de ciertas categorías de datos conduzca a la intrusión de derechos e intereses individuales. Sin embargo, justamente debido a que la determinación de cierto tipo de información como datos personales sensibles es contextual, no existirían parámetros o criterios que, de manera universal, puedan ser aplicados para determinar su carácter sensible. Sin duda, esto representa un gran problema, ya que fuera de los elementos proporcionados por la propia definición (categorías generales), la ausencia de criterios conduce necesariamente a una interpretación diferente y específica en cada caso, una interpretación en la cual un mismo dato personal podría tener un carácter sensible y no sensible dependiendo del contexto.

Este problema era visible en la categorización de datos personales sensibles prevista en la Directiva 95/46/CE, la cual resultaba problemática en la práctica. Por citar un caso: el 20 de abril de 2011, Jacob Kohnstamm —en representación del entonces Grupo de Trabajo del Artículo 29 (Grupo de Trabajo)— envió una carta a Françoise le Bail, directora general de la Comisión Europea, refiriéndose a un comunicado previo en el que se requería a este organismo europeo una opinión acerca de algunas prácticas identificadas a nivel nacional relacionadas con problemas en la implementación de la Directiva 95/46/CE (Article 29 Working Party, 2011a).

Entre los diversos cuestionamientos, la carta solicitaba al Grupo de Trabajo sugerencias de mejora o cambios en relación con la implementación a nivel nacional del artículo 8o. de la Directiva 95/46/CE sobre las categorías especiales de datos, y valorar si era necesario revisar las categorías de los datos considerados sensibles y sus excepciones.

Consecuentemente, el Grupo de Trabajo emitió el documento denominado *Advice paper on special categories of data* (“sensitive data”), en el cual analizó algunos de los problemas existentes en la aplicación del artículo 8o. de la Directiva 95/46/CE. En este documento, el Grupo de Trabajo destacó algunas ventajas y desventajas del enfoque basado en categorías expresas, así como del enfoque que tiene en cuenta el contexto del tratamiento para la determinación del carácter sensible de los datos, cuestionándose si la aproximación al enfoque de los datos sensibles debía revisarse con el objetivo de incrementar la flexibilidad del concepto (Article 29 Working Party, 2011b).

Sobre el enfoque adoptado en la Directiva 95/46/CE, el Grupo de Trabajo manifestó como aspecto positivo el envío de una fuerte señal política

a los Estados de que el procesamiento de datos sensibles se encuentra, por regla general, prohibido. También resaltó como ventaja la existencia de un alto grado de armonización en cuanto a las categorías de datos sensibles previstas en el artículo 8(1), lo cual proporcionaba seguridad jurídica a los responsables del tratamiento en cuanto a la aplicación de dichas categorías. No obstante, este organismo identificó como desventaja el hecho de que una lista cerrada de categorías era inflexible e incapaz de reaccionar al contexto del tratamiento, así como a las nuevas formas de procesamiento que podían ocurrir en el curso de los desarrollos tecnológicos.

19

En opinión del Grupo de Trabajo, a través del enfoque contextual puede otorgarse protección a nuevas formas de procesamiento y categorías de datos personales, las cuales podrían ocurrir a la luz de nuevos desarrollos tecnológicos. No obstante, este grupo consultivo también reconoció algunas desventajas, entre ellas las diferencias que surgirían en las legislaciones nacionales sobre posibles categorías adicionales de datos personales sensibles, así como la incertidumbre jurídica para los responsables del tratamiento respecto de dichas categorías, incluyendo la gran variedad de excepciones que podrían incluirse a su tratamiento en las legislaciones de implementación correspondientes.

Este último punto conduce de nueva cuenta a considerar que, en una gran mayoría de casos, se esperaría que la norma jurídica incluyese de manera específica los parámetros para favorecer su aplicación. No obstante, esta situación conllevaría el riesgo de excluir elementos extra normativos importantes para orientar el cumplimiento. Al menos como una hipótesis probable, podría incurrirse en el uso excesivo de una interpretación formalista de las categorías que conforman la definición de "datos sensibles", trayendo como consecuencia que la información personal fuese desprovista de un contexto adecuado, relevante o significativo; una situación poco deseable para los partidarios que defienden la "interpretación contextual" en la definición del carácter sensible de los datos personales.

Es importante aclarar que la crítica presentada no se formula en contra del establecimiento de una definición que haga referencia a ciertos datos como especialmente protegidos, sino en contra de adoptar una clasificación expresa y cerrada de datos personales a los que se les otorgue el carácter sensible, asumiendo que los mismos poseen tal propiedad en cualquier supuesto. Ciertamente, es posible identificar datos personales que en una generalidad de condiciones puedan considerarse sensibles, pero en la medida que una misma información personal es susceptible de ser sometida a varios tratamientos para fines diversos, también es plausible que su carácter sensible varíe en cuestión de grado, llegando inclusive al punto en que

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

los datos que se creían originalmente sensibles pierdan tal carácter al ser tratados en un contexto completamente distinto.

20 Llama la atención lo expresado por el Grupo de Trabajo en el documento sobre categorías especiales de datos personales, debido a que parece implicar que si bien cada Estado tiene discrecionalidad para ampliar las categorías de datos sensibles de acuerdo con el contexto particular, las nuevas categorías deberían quedar reconocidas nuevamente, de manera explícita, en una definición jurídica o en alguna otra parte del ordenamiento jurídico. Precisamente, este reconocimiento expreso es parte del problema, ya que elevar nuevas categorías a una definición podría conducir a incurrir de nueva cuenta en la situación que se pretende evitar; esto es, descontextualizar las categorías de datos sensibles volviéndolas estáticas en una definición. En ese sentido, considerando que el contexto de un tratamiento es comúnmente dinámico, no estático, al ser determinadas contextualmente, las nuevas categorías no deberían ser fijas o permanentes, sino flexibles.

Además, debe tomarse en cuenta que el enfoque contextual podría resultar incompatible con las categorías adoptadas en una definición cerrada de datos personales sensibles, ya que es posible identificar datos personales que aun siendo considerados sensibles por una definición, dado el contexto de su tratamiento, representen un riesgo o impacto menor en la esfera de derechos y libertades de los titulares. Por el contrario, información no considerada sensible por una definición jurídica podría adquirir tal carácter en un momento posterior, conduciendo a los intérpretes de la norma a adoptar medidas más estrictas para su tratamiento.

Por último, es importante señalar que el enfoque contextual es perfectamente compatible con la ausencia de una definición expresa de datos sensibles, ya que los mismos podrían determinarse caso por caso. Esto, sin embargo, aumentaría el grado de incertidumbre, convirtiendo al concepto en un concepto altamente subjetivo.

3. Datos personales sensibles en función de la finalidad de su tratamiento

Conforme a este enfoque, también denominado *purpose-based approach*, el componente “sensible” se detona cuando subyace al tratamiento de datos personales una finalidad de ocasionar un “daño o aflicción” a una persona física, o bien, cuando la finalidad en sí misma es revelar información sensible (McCullagh, 2007: 12 y 13; ICO, 2011: 8).

“NATURALEZA INTRÍNSECA”, “CONTEXTO” O “FINALIDAD” EN LA DETERMINACIÓN...

Actualmente, aunque no existe un claro consenso respecto a la definición de los términos “contexto” y “finalidad” en la protección de datos personales, su relación se considera innegable. Así lo señala Maximilian von Grafenstein, quien expone que los expertos en derecho, así como las autoridades de protección de datos, a menudo usan estos términos de manera intercambiable, sin precisar las diferencias en su significado. Para Von Grafenstein, el contexto de un tratamiento de datos incluye la finalidad de su procesamiento, y esta finalidad caracteriza, junto con otras circunstancias, el contexto correspondiente (Von Grafenstein, 2018: 104 y 105).

21

En su estudio sobre el principio de finalidad, este autor hace referencia a la sentencia sobre la Ley del Censo del 15 de diciembre de 1983, emitida por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. Según cita este autor, en esta sentencia el Tribunal elaboró el primer enfoque para relacionar los términos “contexto” y “finalidad”. Con el objetivo de determinar el alcance del derecho a la autodeterminación informativa, el Tribunal sostuvo que no únicamente era necesario examinar los tipos de datos proporcionados, sino examinar las posibilidades de su uso. Esto dependía, por una parte, del propósito de la recolección de los datos (finalidad), y por otra, de las posibilidades de las técnicas específicas de tratamiento y de la combinación de los datos. Considerados de manera conjunta, finalidad, técnicas de tratamiento y combinación de los datos, darían como resultado el contexto del tratamiento (Von Grafenstein, 2018: 101).

Teniendo en cuenta que actualmente el tratamiento de los datos personales tiene lugar en ambientes altamente descentralizados y no lineales —por ejemplo, tratamientos en la nube (King y Raja, 2012: 309)—, en donde es posible efectuar diversas operaciones de tratamiento de manera paralela o simultánea, existe una relación fundamental entre las circunstancias en las cuales surge el tratamiento de datos personales y las finalidades que subyacen al mismo. En el transcurso del tiempo pueden surgir diversos contextos de tratamiento, y también diversas finalidades que predeterminen estos contextos (Von Grafenstein, 2018: 105).

En este sentido, la pregunta es: ¿cómo distinguir diferentes finalidades y contextos en un tratamiento de datos personales que hagan posible la determinación del carácter sensible de los datos? Dicho de otro modo, ¿cuáles contextos y finalidades, evaluados de manera conjunta, podrían ser jurídicamente relevantes para determinar el carácter sensible de los datos? Las respuestas a estas interrogantes aún esperan ser desarrolladas satisfactoriamente.

Diversas leyes de protección de datos han incluido definiciones de “datos sensibles” como datos que “revelen” o puedan “revelar” determinados

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

22 aspectos de las personas físicas, tales como el origen étnico o racial, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, entre otras. La Real Academia Española define el término “revelar” como el hecho de “descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”, o bien, “proporcionar indicios o certidumbre de algo”. En este sentido, una posible interpretación de “revelar” se traduciría en el hecho de hacer visibles o patentes los aspectos íntimos o privados de una persona, los cuales se encuentran ocultos o secretos, y únicamente son conocidos por la persona misma. Esta manifestación podría realizarse proporcionando indicios o diversos grados de certidumbre sobre dichos aspectos relativos a la “intimidad” o “privacidad”, información que únicamente a una persona corresponde controlar de manera libre, específica e informada.

Como una construcción conceptual, el componente “revelar” tiene sentido; sin embargo, llevarlo a la práctica del derecho a la protección de datos personales trae consigo diversos problemas. Esta situación fue expuesta por la autoridad de control de protección de datos del Reino Unido, el Information Commissioner’s Office (ICO), en el documento *Proposed new EU General Data Protection Regulation: Article-by-article analysis paper*, en el cual, como su nombre lo indica, examinó artículo por artículo la propuesta del RGPD y expresó, respecto al artículo 9(1) que no era claro lo que la expresión “revelar” significaba en la definición de las categorías especiales de datos personales (ICO, 2013: 11).

De manera similar al ejemplo planteado por Wong respecto a la publicación de una fotografía de un esquimal (Wong, 2007: 9), el ICO cuestionó si una fotografía de una persona de raza negra revelaba su origen étnico, y, por tanto, si debía ser considerada un dato personal sensible. Sobre el particular, el ICO consideró que dicha fotografía podía ser considerada un dato sensible si el propósito o finalidad del tratamiento era precisamente “analizar” o “revelar” (en el sentido de exponer a otros) el origen racial o étnico de la persona, y no el simple hecho de que una fotografía revelase circunstancialmente diversa información acerca de un individuo (ICO, 2013: 11).

Es interesante destacar que desde 2011, el ICO propuso que se adoptara una definición que considerara los efectos adversos o discriminatorios en individuos, grupos de personas o en la sociedad en general. En opinión de este organismo, cualquier definición futura de datos sensibles debía considerar si el tratamiento de la información tenía el potencial de causar a los individuos un daño significativo o alguna especie de aflicción. La postura del ICO se inclinó a determinar el carácter sensible de los datos

teniendo en cuenta el contexto y el riesgo al que estaría expuesta la persona (ICO, 2011: 8).

Y en efecto, podría preguntarse si todas las fotografías deben ser consideradas datos personales sensibles por el simple hecho de que exponen ciertos rasgos o características físicas de las personas. Esta postura parece no ser convincente para el ICO, quien ha tenido reservas acerca de aceptar el concepto general (no contextual) de las categorías de datos sensibles, privilegiando, por el contrario, una postura más flexible a favor de que la “sensibilidad” de la información refleja, en la medida de lo posible, la concepción promedio de los ciudadanos sobre lo que es considerado por ellos con tal carácter. Sin embargo, este organismo tiene en cuenta que adoptar categorías expresas de datos especialmente protegidos es parte de la corriente europea y que es poco probable que sea abandonada (ICO, 2013: 12).

La posición del ICO también parece sugerir que los intérpretes de las normas de protección de datos deberían tener en cuenta tanto la finalidad de quien lleva a cabo el tratamiento de los datos personales sensibles como el contexto en el que surge dicho tratamiento, incluyendo la evaluación del riesgo que representa para los titulares de los datos, el tratamiento de la información que les concierne.

Sobre este punto, actualmente muchos expertos reconocen que la función de las leyes de protección de datos es fungir como mecanismos para regular “riesgos” originados por el tratamiento de datos personales. Christopher Kuner *et al.* expresan que la gestión de riesgos es una herramienta crítica para garantizar que los datos se procesan adecuadamente, y que los derechos fundamentales de los individuos sean protegidos efectivamente (Kuner *et al.*, 2015: 95).

Los autores señalan que utilizar un método de gestión de riesgos es la forma más eficiente para asegurar la objetividad y relevancia de las acciones a realizar al configurar un tratamiento de datos personales. Además, consideran que existe un acuerdo creciente en considerar que las leyes de protección de datos personales deben proteger a las personas físicas en contra de amenazas, riesgos y daños, incluyendo no únicamente los impactos tangibles (como los daños físicos o financieros), sino también los intangibles, así como daños más amplios para la sociedad general (Kuner *et al.*, 2015: 97).

Un enfoque similar se advierte en el RGPD, cuyo artículo 35 impone la obligación de elaborar una Evaluación de Impacto en la Protección de Datos Personales, cuando el tratamiento de los datos pueda derivar en un riesgo alto para los derechos y libertades de los titulares, particularmen-

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

te en los derechos a la privacidad y protección de datos, aunque también podría involucrar a las libertades de expresión, pensamiento, movimiento, derecho a la no discriminación, así como a las libertades de conciencia y religión (Article 29 Working Party, 2017).

24 Sin embargo, las opiniones difieren respecto al estándar para medir los riesgos. Algunos abogan por la necesidad de elaborar una categorización de las formas de daño mediante descriptores, en tanto que otros consideran que el estatus de la protección de datos como derecho fundamental hace esta determinación inherentemente subjetiva (Kuner *et al.*, 2015: 97).

● Desde hace muchos años han surgido críticas que consideran que probablemente no sea posible establecer una serie de datos que sean universalmente considerados como sensibles. Esta aproximación refleja el hecho de que no todos los datos personales merecen categóricamente ser objeto de protección como información sensible, sino que la protección apropiada depende, como se ha señalado anteriormente, del contexto y de la finalidad con la cual los datos personales son tratados.

En 2011, en la respuesta proporcionada a un comunicado elaborado por la Comisión Europea, el ICO admitió que la categorización de datos personales sensibles era un área que no funcionaba bien en la práctica, y que las categorías previstas en la Directiva 95/46/CE probablemente no coincidían con lo que los individuos consideraban “sensible” en sus vidas (ICO, 2011: 6).

Por ejemplo, el ICO reconoció que la información relativa a la afiliación sindical había sido usada en los regímenes totalitarios de Europa en contra de grupos de personas o individuos específicos. Sin embargo, la autoridad de control del Reino Unido señaló que diversos miembros de sindicatos que viven actualmente en sociedades relativamente estables y democráticas podrían no considerar la información relativa a la afiliación sindical como información sensible, debido a que no se sienten expuestos a alguna amenaza en particular, a pesar de que esta información hubiese sido empleada indebidamente en el pasado. Por el contrario, actualmente, muchas personas podrían considerar la información acerca de sus finanzas o ubicación geográfica como información mucho más sensible (ICO, 2011: 6).

De esta manera, el ICO planteó que puede existir, con alto grado de probabilidad, una falta de correspondencia entre lo que la ley estipula y lo que la gente considera sensible en una sociedad determinada. Por lo tanto, el problema al definir una lista de categorías de información sensible es que dichas categorías son establecidas a partir de un juicio basado enteramente en costumbres sociales o culturales en un tiempo determinado. En opinión de este organismo, esta situación podía llevar a ciertas catego-

rias de datos que, de otro modo, podrían considerarse sensibles, a quedar fuera de la definición.

Particularmente este texto comparte el punto de vista del ICO y apoya la idea de que la regulación de los datos sensibles debería reflejar un reconocimiento de los intereses, preferencias, apreciaciones y opiniones que en una sociedad existen respecto a qué información los individuos consideran como especialmente sensible. Y es aquí donde se podría elaborar más el argumento, señalando que actualmente cualquier dato o información podría constituirse como información sensible, teniendo en cuenta no únicamente el contexto del tratamiento, sino la percepción de cada uno de los individuos. Un argumento como el anterior fue elaborado por William Parent en su artículo “Privacy, Morality, and the Law” (Parent, 1983).

25



William Parent fue uno de los precursores de lo que se conoce actualmente, en diversos países que adoptan la tradición jurídica del *common law*, como *Information privacy law* o *Data privacy law*, un área del derecho anglosajón que guarda enormes similitudes (con algunos matices y diferencias) con el derecho de protección de datos personales continental. Aunque las ideas y aportaciones de Parent fueron desarrolladas en el contexto del *common law* de los Estados Unidos de América, muchas de sus distinciones conceptuales continúan vigentes y son en extremo útiles para comprender algunos de los problemas actuales en temas de privacidad y protección de datos personales, incluso en países de tradición del derecho civil.

De acuerdo con este autor, la información personal consiste en hechos que la mayoría de las personas en una sociedad determinada eligen no revelar sobre sí mismos (excepto a amigos cercanos, familiares, entre otros); o hechos sobre los cuales un individuo es particular o fuertemente sensible y que, por tanto, elige no revelar a otros, aunque a la mayoría de las personas no les importe si estos mismos hechos son ampliamente conocidos acerca de ellos (Parent, 1983).

Trasladando la tesis de Parent al presente análisis, la adopción de una definición de datos sensibles, aunque orientadora y con pretensiones de ser general, es compatible con que cada persona establezca su escala de valores o jerarquías respecto a qué tipo de información merecerá una mayor protección y cuidado. En efecto, las personas podrían considerar irrelevantes o inexactas las categorías previstas en la definición por no ajustarse a sus intereses, preferencias o expectativas personales. En tal caso, existiría una discrepancia entre lo que la norma establece y lo que los destinatarios de la misma consideran y protegen en sus vidas como información sensible.

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

26 Aunque Parent no aborda de manera directa el tema de la protección de datos personales, su definición es compatible con la existencia de información sensible, la cual depende de una apreciación de la persona, basada en una decisión subjetiva que se traduce en no revelar información que para ella es delicada o muy sensible. Así entendido el concepto, es posible imaginar diversos aspectos, situaciones, características y hábitos que cada persona desea mantener lejos del conocimiento público, o bien, sobre los cuales desearía ejercer un control más estricto. Conforme a esta postura, la adopción de una definición de datos sensibles pudiera ser innecesaria, además de ser más arbitraria y circunstancial de lo que pudiera pensarse, pues la apreciación personal basada en el poder de decisión de una persona autónoma y libre fundamentaría la “sensibilidad” de la información.

●
○
● En este sentido, se asume como un presupuesto válido que cada individuo posee una escala de valores respecto de la información que considera debería protegerse con mayor cuidado, y por tanto, que desearía mantener alejada del conocimiento público, así como de tratamientos específicos. Esto, sin embargo, trae consigo el problema de convertir la valoración y determinación del carácter especialmente protegido de cierta información en una decisión altamente subjetiva.

La adopción de una definición de “datos personales sensibles” parece ser necesaria para orientar el cumplimiento de las normas de protección de datos. Sin embargo, una interpretación restringida y “mecánica” de la definición debería evitarse, ya que esta situación podría desproveer a los datos personales en cuestión de un contexto adecuado y relevante que permita adoptar una postura respecto de su carácter sensible. Asimismo, teniendo en cuenta que cuantas más posibilidades de uso tengan los datos recabados, más ambiguo (y peligroso) se vuelve el proceso de tratamiento de éstos, por lo que debería privilegiarse una interpretación amplia de los datos personales, con el objetivo de proporcionar una protección más extensa a los titulares de los datos personales.

III. CONCLUSIÓN

En el texto se ha expuesto que el carácter especialmente protegido de cierto tipo de información personal deriva, en gran parte, del reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico. Sobre este punto se ha apuntado que los datos personales carecen de una esencia o naturaleza *intrínsecamente sensible*. En ese sentido, esta concepción debe adoptarse de forma mesurada, ya que su interpretación estricta podría convertir una definición que debería

ser flexible en una definición de ornamento poco razonable en la práctica debido a su rigidez y falta de correspondencia con una realidad específica.

Para determinar la protección especial de los datos personales sensibles debería considerarse el contexto y la finalidad de su tratamiento. En este sentido, se ha señalado la posibilidad de que, con motivo de la evaluación del contexto y la finalidad del tratamiento, pueda considerarse sensible la información no prevista inicialmente en las categorías expresamente reconocidas por una definición jurídica de datos sensibles. De la misma manera, una evaluación del contexto y la finalidad también podría conducir a considerar menor el impacto de las consecuencias derivadas del tratamiento de los datos considerados especialmente protegidos en los derechos y libertades de las personas.

Asimismo, se ha compartido la idea de que las categorías o tipos de datos personales incluidos en una definición de datos personales sensibles no deberían ser consideradas exhaustivas, sino únicamente orientadoras, dejando abierta la posibilidad de que se incorporen nuevas categorías de datos que reflejen efectivamente lo que los miembros de una sociedad definen como información sensible en un tiempo determinado. Detrás de esta última afirmación se encuentra la posibilidad de que exista una falta de correspondencia entre las categorías previstas en una definición de datos personales sensibles, y lo que las personas titulares de los datos consideran como información sensible en sus vidas.

Históricamente, el concepto de los datos personales sensibles ha sido un tema desafiante que ha abierto la puerta a numerosos debates respecto a su construcción e interpretación. Las opiniones vertidas en esta aportación pretenden constituirse únicamente como un punto de partida para reflexiones y estudios futuros en Latinoamérica. La definición del concepto de “datos personales sensibles” es, sin duda, una de las figuras que ha generado y seguirá generando innumerables controversias y discusiones sobre su interpretación y aplicación.

Finalmente, si bien el sistema jurídico no podría operar en el ámbito de la subjetividad —o bien, definiendo de manera interminable categorías de datos personales sensibles—, sí es posible extender la interpretación del concepto, favoreciendo una interpretación más garantista del derecho fundamental a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales. La labor pendiente es justamente desarrollar una metodología que permita expandir el concepto para cubrir nuevas categorías de datos personales, así como definir parámetros que permitan evaluar la razonabilidad práctica de excluir categorías previstas en la definición cuando su aplicación conduzca a conclusiones triviales.



JULIO A. HUERTA ANGUIANO

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AL-FEDAGHI, Sabah, 2007, “How sensitive is your personal information?”, en *Proceedings of the 2007 ACM Symposium on Applied Computing*, Nueva York, NY: Association for Computing.
- BOBBIO, Norberto, 2007, *Teoría general del derecho*, 3a. ed., Colombia, Temis.
- 28 CAROZZA, Paolo G., 2008, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 5, disponible en: <https://academic.oup.com/ejil/article/19/5/931/505548>.
- ETZIONI, Amitai, 2015, “A cyber age privacy doctrine: More coherent, less subjective, and operational”, *Brooklyn Law Review*, vol. 80, núm. 4, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2506313.
- GAVISON, Ruth, 1980, “Privacy and the Limits of Law”, *Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2060957.
- GELLERT, Raphaël, 2018, “Understanding the notion of risk in the General Data Protection Regulation”, *Computer Law & Security Review*, vol. 34, Issue 2, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.003>.
- KING, Nancy J. y RAJA, V. T., 2012, “Protecting the privacy and security of sensitive customer data in the cloud”, *Computer Law & Security Review*, vol. 28, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2012.03.003>.
- KUNER, Christopher *et al.*, 2015, “Risk management in data protection”, *International Data Privacy Law*, vol. 5, Issue 2, mayo, disponible en: <https://academic.oup.com/idpl/article/5/2/95/645238>.
- MCCULLAGH, Karen, 2007, “Data sensitivity: proposals for resolving the conundrum”, *International Commercial Law and Technology*, vol. 2, núm. 4, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378121.
- NEAL, Mary, 2014, “Respect for human dignity as «substantive basic norm»”, *International Journal of Law in Context*, vol. 10, Issue 1, disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1744552313000359>.
- NISSENBAUM, Helen, 2010, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford California, Stanford University Press.
- PARENT, William A., 1983, “Privacy, morality, and the law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, núm. 4, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2265374?seq=1/analyze>.

- SIMITIS, Spiros, 1999, *Revisiting Sensitive Data*, Consejo de Europa, disponible en: <https://rm.coe.int/09000016806845af>.
- VON GRAFENSTEIN, Maximilian, 2018, *The Principle of Purpose Limitation in Data Protection Laws: The Risk-based Approach, Principles, and Private Standards as Elements for Regulating Innovation*, Baden-Baden, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft mb, disponible en: https://www.jstor.org/stable/j.ctv941v5w.4?seq=44#metadata_info_tab_contents.
- WANG, Min y JIANG, Zuosu, 2017, “The Defining Approaches and Practical Paradox of Sensitive Data: An Investigation of Data Protection Laws in 92 Countries and Regions and 200 Data Breaches in the World”, *International Journal of Communication*, vol. 11.
- WONG, Rebecca, 2007, “Alternative Approaches to Sensitive Data?”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, núm. 1, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936391.
- ŽLIOBAITĖ, Indrė y CUSTERS, Bart, 2016, “Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models”, *Artificial Intelligence and Law*, vol. 24, Issue 2, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10506-016-9182-5>.

29

1. Documentos de trabajo y sentencias

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2008, *Datos de salud de personas fallecidas*, Informe Jurídico 0149/2008, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2008-0149.pdf>.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2005, *Naturaleza del dato de fumador como dato de salud*, Informe 0129/2005, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2005-0129.pdf>.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2004a, *Carácter del dato de profesión de sacerdote*, Informe 44/2004, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2004-0044.pdf>.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2004b, *Tratamiento conforme a la legislación de prevención de riesgos laborales*, Informe 434/2004, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2004-0434.pdf>.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, 1999, *Naturaleza de los datos psicológicos a efectos de su tratamiento*, disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/1999-9908.pdf>.
- ARTICLE 29 WORKING PARTY, 2017, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment [DPIA] and determining whether processing is “likely to result in*

JULIO A. HUERTA ANGUIANO

a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679, disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236.

ARTICLE 29 WORKING PARTY, 2011a [Carta para Madame le Bail], 20 de abril, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2011/2011_04_20_letter_artwp_mme_le_bail_directive_9546ec_en.pdf.

30 ARTICLE 29 WORKING PARTY, 2011b, *Advice paper on special categories of data (“sensitive data”)*, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2011/2011_04_20_letter_artwp_mme_le_bail_directive_9546ec_annex1_en.pdf.

●
○
● COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, 2018, *Opinion 23/2018 on Commission proposals on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters (Art. 70.1.b)*, disponible en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinia-art-70/opinion-232018-commission-proposals-european-production_es.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DE COMISIONADOS DE PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD, 2018, *Declaration on ethics and data protection in Artificial Intelligence*, Brussels, disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/icdppc-40th_ai-declaration_adopted_en_0.pdf.

C-101/01 (*Caso Bodil Lindqvist*), 2003, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-101/01>.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, 2016, *Report and Order (FCC 16-148): In the Matter of Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services*, disponible en: <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-rules-protect-broadband-consumer-privacy>.

INFORMATION COMMISSIONAIRE’S OFFICE, 2013, *Proposed new EU General Data Protection Regulation Article-by-article analysis paper*, disponible en: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/1042564/ico-proposed-dp-regulation-analysis-paper-20130212.pdf>.

INFORMATION COMMISSIONAIRE’S OFFICE, 2011, *The Information Commissioner’s (United Kingdom) response to a comprehensive approach on personal data protection in the European Union. A Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on 4 November 2010*.

United States v. Jones, 2012, Supreme Court of the United States of America, 565 U.S. 400.

2. Marco jurídico internacional

AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD, 2009, *Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad* (Resolución de Madrid), disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/09-11-05_madrid_int_standards_es.pdf.

CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1999, *Ley 19628 sobre Protección de la Vida Privada*, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599&buscar=19628>.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2012, *Ley Estatutaria 1581*, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales, disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html.

COUNCIL OF EUROPE, 1981a, *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, núm. 108, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>.

COUNCIL OF EUROPE 1981b, *Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca434>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, 1980, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, disponible en: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1990, Resolución 45/95, 14 de diciembre, *Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales*, disponible en: <https://undocs.org/sp/A/RES/45/95>.

Reglamento General de Protección de Datos, 2016, Reglamento (UE) 2016/679, 27 de abril, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

Reglamento General de Protección de Datos, 1995, Directiva 95/46/CE, 24 de octubre, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML>.

31



DELITOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y SU INCONSTITUCIONALIDAD. ANÁLISIS DE TRES
CASOS RESUELTOS POR LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
*RESTRICTIVE CRIMES OF FREEDOM OF EXPRESSION
AND ITS UNCONSTITUTIONALITY. ANALYSIS OF THREE CASES
SOLVED BY THE NATIONAL SUPREME COURT OF JUSTICE*



*Moisés Israel FLORES PACHECO**

RESUMEN. En el presente artículo se analiza la existencia de tipos penales en el orden jurídico mexicano que restringen la libertad de expresión y que se encuadran en la categoría de restricciones indirectas, la cuales están prohibidas por la Constitución. Se afirma que estos delitos tienen un efecto inhibitor de la difusión de opiniones, ideas e información en México, por generar un tipo de autocensura al prohibir, perseguir y sancionar conductas relacionadas con la obtención y difusión de información, así como otras formas de expresión. Para demostrar esta tesis, en primer término se conceptualiza la libertad de expresión y su importancia destacando sus dimensiones: individual y social. Enseguida se hacen aproximaciones conceptuales de la censura, la censura previa y la autocensura como especies de restricciones a la libertad de expresión. Finalmente, se plantea de manera ejemplificativa la revisión de tres casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en los cuales se declaró la inconstitucionalidad de este tipo de delitos.

* Licenciado en derecho por la UNAM; Máster en derecho constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha; *mifp11@hotmail.com*.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 28 de octubre de 2019.

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

PALABRAS CLAVE. Libertad de expresión, censura, autocensura, delitos de difamación, injuria y calumnia, delito de perturbación al orden público, delito de “Halconeo”.

34

●
○
●

ABSTRACT. *This article analyzes the existence of definitions of crime in the Mexican legal system that restrict freedom of expression and that fall in the category of indirect restrictions, which are prohibited by the Constitution. It affirms that these definitions have an inhibiting effect of the diffusion of opinions, ideas and information in Mexico, for generating a type of self-censorship given that they prohibit, pursue and sanction conducts related to the obtention and spread of information, as well as other forms of expression. To demonstrate the thesis, firstly, the text conceptualizes freedom of expression and its importance, and highlights its dimensions: individual and social. Next, conceptual approaches to censorship, prior censorship, and self-censorship as restrictions on freedom of expression are made. Finally, by way of example, it reviews three analyzed cases by the Mexican Supreme Court in order to exemplify how these definitions were declared unconstitutional.*

KEYWORDS. *Freedom of expression, censorship, self-censorship, crimes of defamation, insult and slander, crime of disturbance to public order, crime of “Halconeo”.*

I. LAS RESTRICCIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, en sus diferentes manifestaciones y contenidos, ha sido un tema de inquietud constante para los derechos humanos en México. En el informe “Situación de derechos humanos en México”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015, se señala una realidad preocupante sobre las agresiones más extremas hacia quienes hacen uso de la libertad de expresión, y que consisten en detenciones, secuestros, desapariciones, e incluso en asesinato de periodistas (CIDH, 2015: 17).

Sin embargo, este tipo de agresiones —que son las más trágicas e inadmisibles por su grado de afectación directo sobre la vida y la integridad personal— no son las únicas a las que están sujetos quienes hacen uso de la libertad de expresión, sino que existe un conjunto más amplio de ac-

DELITOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCONSTITUCIONALIDAD...

ciones que se encuadran en otra categoría de vías o medios indirectos de restricción a dicha libertad. Este último tipo de agresiones tiene el mismo efecto que las primeras, pues se caracterizan por el efecto de inhibir el ejercicio de la libertad de expresión.

Estos medios o vías indirectos de restricción están previstos en la Constitución mexicana, donde se declaran prohibidos. Tal proscripción se consagra como una garantía de la libertad de difundir opiniones, información e ideas a través de cualquier medio, según se aprecia de la lectura del artículo 7o. constitucional. A partir de ello se puede inferir que existen dos tipos de restricciones a la libertad de expresión: las directas, que consistirían en un ataque inmediato a las personas para inhibir el ejercicio de este derecho, y que se caracterizan por ser más extremas al trasgredir claramente la libertad e integridad personales, y las indirectas, que se hacen valer a través de cualquier vía o medio, como pueden ser el abuso de controles oficiales de la información.

La Constitución no enuncia de forma exhaustiva y limitativa cuáles son los medios indirectos de restricción a la libertad de expresión, sino que deja abierta la lista, no en función de su forma, sino simplemente por su efecto: inhibir. En el primer párrafo del artículo 7o. constitucional se prescribe que:

Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Esa descripción que hace la Constitución mexicana, de manera general y no limitada, permitiría calificar como una violación indirecta a la libertad de expresión, cualquier acto que impida su ejercicio, aun cuando pueda tratarse de una restricción legal. Debe pensarse de manera concreta en la existencia de normas penales que describan tipos por los que se sancione el ejercicio de esta libertad, frente a los cuales, por temor a las consecuencias, el individuo prefiere optar por la autocensura, pues antes que sufrir sanciones penales decide limitarse a sí mismo en aquello que dice.

Este tema no es exclusivo del ámbito nacional, sino que es posible encontrar precedentes importantes en el ámbito interamericano. Como



36 muestra está el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, donde se analizó el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, el cual establecía una pena de tres a ocho años de prisión a quien de alguna forma injuriara, ofendiera o menospreciara a las Fuerzas Armadas Nacionales de aquel país, o a alguna de sus unidades. En ese caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) concluyó que la sanción penal de quien exprese opiniones que puedan ofender o menospreciar a las instituciones resulta incompatible en materia de libertad de expresión, así como una restricción innecesaria en una sociedad democrática.¹

- Una vez apuntado lo anterior, el presente artículo tiene por objetivo
- plantear la existencia de algunos delitos que representan un obstáculo para
- la libertad de expresión protegida en la Constitución. En ese sentido, la cuestión que orienta este trabajo es indagar si ciertos delitos establecidos por el legislador pueden llegar a afectar o inhibir el ejercicio de esa libertad de manera indirecta e injustificada, y si por esa razón serían normas inconstitucionales. La tesis planteada es que tales delitos se pueden identificar en la categoría de restricciones indirectas a la libertad de expresión debido a que prohíben, persiguen y sancionan conductas relacionadas con la obtención y difusión de información, y así tienen por efecto inhibir la difusión de opiniones, ideas e información en México. Este efecto es generado no de modo directo, sino por vía indirecta, generando un tipo de autocensura y de ahí se sigue su invalidez.

El propósito central es reflexionar en torno a figuras delictivas que tienen un efecto inhibitorio de esa libertad protegida por el orden jurídico mexicano. Para ello, en primer término se conceptualiza la libertad de expresión y su importancia destacando sus dimensiones: individual y social. Enseguida se hacen aproximaciones conceptuales de la censura, la censura previa y la autocensura como tipos de restricciones a la libertad de expresión. Finalmente, se plantean de manera ejemplificativa tres casos demostrativos de delitos que sancionan de manera indirecta el derecho a expresarse. Por último, se hace una reflexión general sobre el tema.

II. ELEMENTOS PARA LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es un derecho humano que tiene diversas facetas y múltiples manifestaciones; ello hace difícil definirlo de una manera comple-

¹ Véase el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009: párrafos 55, 56, 57, 58 y 86).

ta, en tanto toda definición es una limitación. En este apartado, más bien, se señalarán algunos elementos para su conceptualización.

Un buen comienzo puede ser, como hace Ernesto Villanueva, definir la expresión, la cual, de acuerdo con dicho autor, es la forma en como una persona manifiesta sus pensamientos a través de signos, en palabras o gestos, y que tiene por propósito comunicar algo (Villanueva, 1998: 27). Así, puede apreciarse que el objeto de la libertad de expresión es proteger la acción de comunicar.

Dos elementos más a destacar son: 1) el contenido material, el cual es amplio y abarca el discurso político, religioso, académico, científico, artístico, literario, comercial y cualquier otro, siempre y cuando no ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público;² 2) los medios sobre los que ésta se puede ejercer; es decir, los vehículos de la comunicación que también están ampliamente protegidos constitucionalmente, dado que la norma fundamental expone, en su artículo 7o., que es inviolable la libertad de difundir opiniones, ideas o expresiones a través de cualquier medio.

Por otra parte, uno de los elementos importantes de esta libertad —y que constituye por sí mismo un derecho— es poder buscar y recibir informaciones de toda índole y por cualquier medio. Esto es: en la libertad de expresión se incluye una protección al derecho a la información. La libertad de información debe ser vista como un derecho que forma parte de la libertad de expresión. No se puede proteger la libertad de expresión sin proteger la libertad de buscar, obtener y difundir información, dado que son derechos interdependientes.

El derecho a la información también tiene la característica de la universalidad, la cual, como bien señala Escobar de la Serna, se manifiesta en una triple perspectiva: la universalidad geográfica, por la cual los mensajes pueden hoy en día atravesar las fronteras; la universalidad de medios, puesto que los mensajes se difunden por todos los medios de comunicación, y la universalidad subjetiva, en tanto se trata de un derecho de todos los individuos (Escobar, 2000: 87). Por tanto, la universalidad debe ser garantizada en estas tres perspectivas a fin de que la libertad de informar pueda hacerse efectiva como un derecho humano plenamente protegido por las normas constitucionales.

La libertad de expresión y la de información que le es ingénita encuentran protección en el orden jurídico nacional mediante la integración de dos normas constitucionales que consagran diversas garantías a

² Estas limitantes se contemplan en el artículo 6o. constitucional.



MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

su favor; a saber, los artículos 6o. y 7o. de la Constitución mexicana que señalan:

38

- 1) La manifestación de las ideas no será objeto de inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de terceros, se provoque algún delito o perturbe el orden público.
- 2) El derecho a la información será salvaguardado por el Estado.
- 3) Toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.
- 4) No se puede vulnerar la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia.
- 5) Los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia serán el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.
- 6) Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información o ideas a través de cualquier medio.
- 7) No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos.
- 8) Ninguna ley ni autoridad pueden establecer censura, ni pedir fianza a los autores o impresores o coartar la libertad de imprenta.

Debe mencionarse, además, que la libertad de expresión también está consagrada en diversos instrumentos internacionales; a saber: en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 4o. de la Carta Democrática Interamericana, y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. La suma de ese cúmulo de protecciones jurídico-normativas deja de manifiesto que la libertad de expresión —que abarca el acceso a la información— es un derecho humano relevante por ser indispensable para el respeto y la garantía de otros derechos y libertades que trascienden de la esfera individual para llegar a la esfera social.

Esta libertad es vital para las sociedades democráticas, ya que hay quienes incluso hacen del ejercicio de esta libertad su actividad cotidiana y su profesión, como es el caso de los periodistas. Los periodistas y aquellos que se dedican a la actividad periodística se sirven de la libertad de expresión para, a su vez, servir a la sociedad en un ciclo informativo que permite la difusión de información e ideas, y abre el debate y la crítica social. Por ello, la trascendencia de proteger la libertad de expresión ha

adquirido el rango de derecho fundamental desde los inicios del constitucionalismo moderno.

Destacar este punto es clave para demostrar que una violación a la libertad de expresión provoca múltiples violaciones a otros derechos. Por ejemplo, la criminalización atenta contra la libertad e integridad personal y contra la seguridad jurídica y el debido proceso, pero estas afectaciones trascienden de la persona a quien se aplica la norma penal a la sociedad en general, que se ve frenada en el ciclo informativo por una censura en la expresión y difusión de la información.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México ha adoptado la idea de que la expresión tiene una “doble faceta: por un lado, asegura a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, goza de una vertiente pública, colectiva o institucional que la convierte en pieza básica para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa” (Tesis 1a. CCXV/2009).

Estas ideas encuentran previo arraigo en la Corte IDH, que ha manifestado que la libertad de expresión tiene dos vertientes —la individual y la social—, explicando que quienes están bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social” (*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004: párrafo 77).

Respecto a la dimensión social, la Corte Interamericana ha dicho que “lleva implícita la función de mantener informada a la sociedad en general, e implica un deber de información como parte de la vida democrática de un Estado, por ser un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; que comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista” (*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004: párrafo 79). El mismo tribunal declara que

...la dimensión individual de la libertad de expresión comprende el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (*Caso Norín Catrimán y otros Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, 2014: párrafo 372).



MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

En los artículos 1o. y 2o. de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión se señala que no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa, y que el ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades, sino que es un derecho inalienable del pueblo. Asimismo, sustenta la idea de que toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente, y que nadie puede restringir o negar estos derechos.

40 Puede apreciarse la especial protección de la libertad de expresión, ya que ésta se extiende a la circulación de ideas, a la búsqueda y difusión de informaciones, pero también a otras acciones íntimamente relacionadas, como la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir informaciones (como se define en el preámbulo de la Declaración de Chapultepec), y que estas acciones constituyen una característica de una sociedad libre y democrática.

Los elementos hasta ahora expuestos permiten conceptualizar a la libertad de expresión como un derecho humano que goza de la protección constitucional e internacional, y que consiste en poder comunicar ideas, opiniones e informaciones de cualquier índole y por cualquier medio; por ende, abarca el derecho a la información, y que además tiene una doble vertiente: individual y social. Ello nos permite reconocer que su ejercicio es base y pilar del Estado democrático y de derecho.

III. CENSURA, CENSURA PREVIA Y AUTOCENSURA

La censura, la censura previa y la autocensura son medios de restricción de la libertad de expresión, tomando en cuenta que el primero de ellos es válido, y los segundos pueden ser estimados inválidos en el orden nacional. El presente acápite es una aproximación conceptual para entender estos tipos de restricciones.

La Constitución mexicana refiere en el artículo 7o. que “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura”. De este texto se puede inferir que la acción constitucionalmente prohibida no es en sí misma la censura, sino la censura previa, la cual toma bajo el adjetivo “previa” una acepción diferente. El verbo “censurar”, en términos comunes, significa formar juicio de una obra, o bien corregir o reprobar algo o a alguien.

En cambio, la censura previa, según la define el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, es el “examen y aprobación que de ciertas obras hace un censor autorizado antes de hacerse públicas”.

DELITOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCONSTITUCIONALIDAD...

La censura previa implica, como expone Arjona Estévez, una determinación que tiene una autoridad legislativa, ejecutiva o judicial, para impedir la circulación de ideas o de información antes de llegar al espacio público, o bien exigiendo o condicionando su modificación para poder ser dados a conocer (Arjona, 2013: 961).

Por su parte, González Pérez afirma al respecto que

...el ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, ...la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores (González, 2014: 887).

41

René Avilés da cuenta, en un estudio, cómo, a pesar de que la Constitución ha consagrado estas prohibiciones de censura desde 1917, durante gran parte del siglo XX el gobierno mexicano empleó toda clase de prácticas para restringir la actividad periodística. El abuso de controles oficiales y una vigilancia de la actividad periodística desde la Secretaría de Gobernación permitió que el gobierno tuviera el control pleno de los medios de comunicación, y señala entre estas causas a la censura y a la autocensura:

El Estado Mexicano, ...ha logrado el control pleno de los medios, sin importar su respectiva naturaleza. Comenzó con la prensa escrita y luego, subsecuentemente, continuó con los nuevos medios conforme éstos fueron surgiendo. A ello han contribuido la “institucionalización” de la corrupción, la sujeción del periodismo al poder político, la censura y la propia autocensura (Avilés, 2007).

El Estado queda constitucionalmente impedido a la censura previa; no obstante, en ocasiones puede imponer una censura de manera indirecta generando vías que logran evitar que determinadas formas de expresión o información sean generadas. En estos casos, como señala De la Parra, “no se hace un reproche directo al mensaje que se pretende comunicar, pero sí se impide o se dificulta esa comunicación, a través de otras formas” (2015: 62). Es entonces que se crean medios para configurar la autocensura; es decir, la limitación que se impone la persona a sí misma para no sufrir alguna consecuencia por el ejercicio de expresarse. Así, puede pensarse que los tipos penales que restringen la libertad de expresión son en sí mismos una restricción indirecta, ya que su resultado es la autocensura.

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

42 Es ilustrativa, al respecto, la posición que tomó la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el expediente 112-2005, sentencia del 10 de febrero de 2006, en la cual sostuvo que la expectativa de ser sancionado penalmente por expresar opiniones puede desalentar a un particular a expresarse; de manera que si bien la normativa penal no contempla una censura expresa, sí puede motivar a una autocensura del propio ciudadano en asuntos sobre los cuales, en un sistema democrático, se requiere de su expresión crítica para motivar el correspondiente escrutinio de la función pública (CIDH, 2012: 205).

-
-
-

Esta protección a la libertad de expresión se encuentra además incorporada por vía de tratados internacionales, pues el artículo 13, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también prohíbe de manera expresa la censura previa y sólo se reconocen responsabilidades ulteriores. Resulta interesante, como hace notar Damián Loreti, que el sistema interamericano brinda una protección más amplia en comparación con el sistema europeo, ya que en éste —de acuerdo con el artículo 10 de la Convención para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales— se habilita a los Estados a sostener mecanismos de revisión y autorización previa de contenidos. Esa diferencia entre ambos sistemas ha propiciado que la Corte Interamericana genere una amplia jurisprudencia para prohibir este control previo de la libertad de expresión y de difundir información (Loreti y Lozano, 2014: 104).

De este modo, se concluye, por una parte, que la censura previa, entendida como una aprobación o permiso de la autoridad para expresarse de alguna determinada forma, está constitucional y convencionalmente prohibida en el orden jurídico mexicano, y por otra, que la autocensura, entendida como la decisión del individuo que se inhibe en el ejercicio de la libertad de expresión para evitar sufrir consecuencias legales, es resultado del uso de medios que encuadran en la categoría de medios indirectos de restricción a la libertad de expresión, también prohibidos por la Constitución mexicana, como se señaló en el acápite inicial.

Es por eso que este artículo sostiene que en ciertos casos las leyes penales pueden generar el fenómeno de la autocensura, y por tanto, que este tipo de leyes tratan de una restricción por vías o medios indirectos de la libertad de expresión, los cuales, como se ha explicado, están prohibidos en la Constitución mexicana. Es así que las leyes penales que generan autocensura son inconstitucionales, por encuadrar en la categoría de medios indirectos de restricción de la libertad de expresión. Revisar algunos de estos asuntos es la intención del presente artículo.

IV. ANÁLISIS DE TIPOS PENALES RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el presente apartado se estudian tres delitos en el orden jurídico mexicano que han sido declarados por la SCJN como restricciones indirectas a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información. Lo anterior se refiere a los delitos de difamación, injurias o calumnias; después el delito de perturbación al orden público, y, finalmente, el delito de “halconeó”.

43

Madrazo y Vela han sostenido, apoyados en el análisis de diversos casos, que la SCJN se ha movido progresivamente en materia de interpretación constitucional entre dos modelos de comprender la libertad de expresión. Estos modelos son el clásico y el democrático. El primero se caracteriza por concebir la libertad de expresión como un derecho de primera generación que se traduce en la obligación del Estado de no interferir: su valor es más individual y moral. En cambio, el segundo modelo se concibe como una condición necesaria para lograr el debate público de la democracia e informar a los ciudadanos, y en el que el Estado no debe ser visto como un censor, sino como un moderador que modula la expresión a fin de potenciar la expresión de otros; es decir, que el Estado no debe limitarse a respetar, sino que debe garantizar la libertad de expresión para que el debate público sea lo más plural, incluyente y equitativo posible (Madrazo y Vela, 2013: 97-131).



Este segundo modelo es representado teóricamente por Owen M. Fiss, quien establece una distinción entre una teoría libertaria y una teoría democrática de la libertad de expresión, mediante un estudio de casos resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos en la forma de interpretar este derecho. En la primera teoría se protege el interés del individuo. En cambio, en la teoría democrática, el Estado debe actuar para ampliar la libertad de expresión, ya que es importante para la colectividad en el debate público (Fiss, 1999: 11-14).

Compartiendo esta visión evolutiva de la jurisprudencia de la SCJN es que se decidió hacer el examen de los siguientes casos, dado que en ellos se ha protegido la libertad de expresión contra leyes penales que la restringían de modo incompatible con la Constitución. Se observa que en estos asuntos existe una interpretación progresiva de la Corte sobre la importancia de la libertad de expresión, pues en ellos ha resaltado el papel de los derechos a expresarse y comunicar en la democracia, y concibe al Estado como un agente que además de respetar debe garantizar estos derechos.

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

44 En adición a lo anterior, estos casos han sido seleccionados para su análisis por ser considerados trascendentes en atención a tres criterios: *a*) han sido resueltos por la SCJN en su actuación como tribunal constitucional; *b*) por el procedimiento constitucional específico en que han sido resueltos, es decir, por tratarse de acciones de inconstitucionalidad, y *c*) porque el valor de sus consideraciones son de observancia obligatoria para los demás tribunales nacionales, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional.

● Aunado a lo anterior, existe la necesidad de divulgar cada vez más las resoluciones de la Suprema Corte como una doctrina constitucional con la cual se dan herramientas a los demás tribunales nacionales para la resolución de otros casos. En ese sentido, se comparte la opinión crítica de Pablo Coderch, quien hace notar que, tratándose de la libertad de expresión, un tribunal constitucional debe ocuparse más de la resolución de casos especiales donde se requiera la creación de jurisprudencia constitucional que facilite a la justicia ordinaria la resolución de casos más sencillos (Coderch, 2002: 21-23). En una línea similar, Ronald Dworkin ha señalado que “Los tribunales superiores deben trazar distinciones razonablemente rígidas que puedan servir de guía a los tribunales inferiores y otros ámbitos administrativos” (Dworkin, 2014: 455).

De ahí que se sostenga la pertinencia del análisis propuesto por dos razones importantes. La primera es conocer la interpretación que sobre la libertad de expresión ha hecho la Corte de México en su carácter de tribunal constitucional, destacando su importancia en la vida democrática, y por tanto, haciendo valer se prevalencia sobre las restricciones que se le han pretendido imponer. Esas interpretaciones se muestran como una evolución conceptual de este derecho humano que se acerca más a la teoría democrática que postulan autores como los arriba mencionados. En segundo lugar, porque derivado de esa interpretación, comienza a verse la generación de una doctrina constitucional que orienta a los tribunales nacionales en la forma en que deben resolver casos donde se encuentre implicada la protección de los derechos a expresarse o a informar. Por lo tanto, es importante hacer su estudio y divulgar las consideraciones más relevantes al respecto.

1. *Delitos de difamación, injuria y calumnia*

Estos delitos han tenido un amplio tratamiento en la doctrina jurídica de todos los países y han sido criticados principalmente porque las

DELITOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCONSTITUCIONALIDAD...

previsiones de estas conductas como delitos se prestaban a abusos por parte de funcionarios públicos que pretendían controlar la crítica al desempeño de sus funciones mediante la amenaza de cárcel. Por ejemplo, el concepto de difamación era tan amplio que permitía sancionar la difusión de información que aun siendo verdadera pudiera perjudicar la buena fama de algún servidor público (Coderch, 1987: 25 y 26).

De acuerdo con Loreti y Lozano, esta situación se ha modificado en la región de América Latina en los últimos veinte años, donde varios países han eliminado las sanciones penales asociadas a estas figuras. Entre estos países se puede mencionar a Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay (Loreti y Lozano, 2014: 109-114). Estos cambios han sido motivados en gran parte por los esfuerzos de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos por hacer efectiva la prohibición de censura consagrada en la Convención Americana.

En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió la Recomendación General número 20, de 2013, donde se denuncia como una práctica que inhibe la libertad de prensa los casos en que servidores públicos o representantes de grupos fácticos de poder interponen denuncia penal por delitos de difamación, injuria o calumnia, cuando ven afectado su derecho al honor, inhibiéndose así la libertad de expresión (CNDH, 2013: 20).

El *ombudsperson* mexicano afirmó, en ese documento, que figuras delictivas como la difamación, la injuria o la calumnia se constituyen en un medio para establecer responsabilidades ulteriores por supuestos abusos a la libertad de expresión, y destaca el efecto inhibitorio que la simple existencia de estas figuras penales puede tener en el debate político, en virtud de que a través de las mismas se restringe indirectamente la libertad de expresión, pues conllevan la amenaza de cárcel o multas para quienes presuntamente insultan u ofenden a un servidor público (CNDH, 2013: 20), por lo que el efecto que genera supera el estándar de la mínima restricción, derivado del miedo a perder la libertad por el hecho de criticar.

La Comisión Interamericana ha señalado, respecto a este tipo de leyes, que son un medio para silenciar ideas y opiniones, y que disuaden las críticas por el temor a las acciones judiciales, las sanciones penales o monetarias, por lo cual se suprime el debate esencial para el funcionamiento de un sistema democrático, restringiendo innecesariamente la libertad de expresión (Comisión IDH, 2012: 205).

En México, el 13 de abril de 2007, fueron derogadas las normas del ámbito federal que permitían enjuiciar criminalmente por injuria y calum-

45



MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

nia, tras la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del decreto por el que se suprimieron del Código Penal Federal las figuras de injuria, difamación y calumnia. De manera específica, se derogó el artículo 361 del Código Penal que perseguía como delito la difamación y la calumnia contra el Congreso de la Unión, contra una de las cámaras, contra un tribunal o contra cualquier otro cuerpo colegiado o institución oficial.

46 Con la desaparición de estos delitos no se liberó de toda responsabilidad el ejercicio de la libertad de expresión, sino que únicamente se dejó el campo de la responsabilidad civil. En ese mismo decreto se puso la previsión de los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil Federal, por los cuales, aunque ya no son considerados delitos, sí tienen la calidad de hechos ilícitos las siguientes conductas:

- I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien; II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa; III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido; y IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona (CCF, 2019).

En este sentido, la reforma representa un avance significativo siguiendo la tendencia marcada por distintos organismos internacionales y en la región latinoamericana, eliminando las sanciones penales que fijan responsabilidad por la difusión de una determinada información. El aspecto negativo de este tipo de normas eran los excesos que con su existencia cometieron las autoridades, ya que eran usadas como herramientas para evitar la crítica. De manera que se eliminaron a nivel federal normas legales que podían ser utilizadas para controlar o inhibir la actividad periodística o cualquier otra forma de expresión, y se dejaron sólo las responsabilidades del ámbito civil.

No obstante el ejemplo, esto no ha sido replicado por la totalidad de las entidades federativas, pues si bien en algunos códigos estatales el delito ha desaparecido —o en algunos otros, derogado—, aún existen leyes estatales penales en las cuales se sanciona penalmente la calumnia o la difamación. La situación de las 32 entidades federativas en esta materia se expone en la siguiente tabla:

DELITOS RESTRICTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU INCONSTITUCIONALIDAD...

<i>Delitos de difamación, injurias y calumnias en la legislaciones penales de las 32 entidades federativas de México</i>	
No lo contemplan: 11 entidades federativas.	Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guerrero, Michoacán, San Luis Potosí, Tabasco, Tlaxcala.
Lo derogaron: 13 entidades federativas.	Baja California, Chiapas, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Tamaulipas, Sinaloa, Veracruz.
Existe y es vigente: 7 entidades federativas.	Campeche, Colima, Hidalgo, Nuevo León, Sonora, Yucatán, Zacatecas.
Declarado inconstitucional por la SCJN: una entidad federativa.	Nayarit.

47

FUENTE: elaboración propia con información verificada al 25 de junio de 2018.

El caso de Nayarit se trató de una resolución significativa de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 116/2015, iniciada por la CNDH en contra del artículo 355 del Código Penal de Nayarit, y resuelta el 29 de mayo de 2018, donde se declaró, por votación unánime, la invalidez del tipo penal de calumnias previsto en esa entidad. En ese caso se estimó que la norma penal no satisfacía el requisito de necesidad en una sociedad democrática, ya que no estaba adecuadamente orientada a satisfacer los intereses públicos, al interferir en el ejercicio del derecho de libre expresión de manera excesiva, afectando más a este derecho (y otros, como la libertad personal) que a aquellos bienes jurídicos que pretendía proteger.

No obstante, el caso de calumnia no es el único ejemplo de una ley penal que genera un efecto inhibitorio de la libertad de expresión y que puede encontrarse en la experiencia mexicana. Existen otros casos significativos que son objeto de la presente reflexión.

2. Delito de perturbación al orden público

El 20 de septiembre de 2011 se publicó en la *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz* una reforma al artículo 373 del Código Penal, donde se establecía que a quien, por cualquier medio, afirmara falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros; de ataques con armas de fuego; o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que pudieran causar daño a la salud; ocasionando la perturbación del orden público, se le impondría prisión de

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

uno a cuatro años y multa de quinientos a mil días de salario, atendiendo a la alarma o perturbación del orden efectivamente producida (*Diario de Debates*, 2011: 5).

48 En el *Diario de Debates* de la legislatura local que aprobó dicha norma se encuentran tres motivos para la creación de este delito: primero, tipificar una conducta que se extiende a la par de las “nuevas tecnologías de comunicación, en las que se propicia la rápida difusión de noticias o rumores y, con ello, el abuso en la propagación de falsedades que pueden causar alarma generalizada o pánico en una población”; segundo, que la falta de previsiones legislativas respecto de este fenómeno social distorsiona la comunicaciones con fines aviesos, y tercero, la necesidad de inhibir ese tipo de comportamientos antisociales que intentan ampararse en la libertad de expresión, libertad que se encuentra acotada por la Constitución federal en el caso de que se perturbe el orden público (*Diario de Debates*, 2011: 4-9).

El mismo *Diario* señala que la creación del delito surgió a partir de un caso concreto ocurrido el 25 de agosto de 2011, cuando en la zona conurbada Veracruz-Boca del Río se generó una psicosis por vía de redes sociales a partir de una falsa alarma sobre el ataque de grupos criminales a escuelas locales, lo que provocó que la gente, de manera desesperada, acudiera a las escuelas donde sus hijos estudiaban para recogerlos y ponerlos en un lugar seguro.

Contra la creación de este delito, el 17 de octubre de 2011, la CNDH promovió la Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 ante la SCJN. La acción fue resuelta el 20 de junio de 2013 y se declaró la inconstitucionalidad de la norma por votación unánime, dado que el artículo 373 violaba el derecho a la libertad de expresión que reconoce la Constitución federal.

La Corte expresó que el legislador está facultado para limitar esta libertad, puesto que no existen derechos absolutos, pero también está constreñido dentro de su labor normativa a restringir de la menor manera posible la libertad de expresión y el derecho a la información. En el caso, la norma sancionaba las afirmaciones falsas sin precisar que sólo serían sancionables aquellas que se hicieran con intención dolosa de mentir y generar un daño. Por esa falta de precisión, se podría castigar penalmente a aquellas personas que difunden información falsa por equivocación y sin dolo. La Corte consideró que las afirmaciones erróneas están protegidas por libertad de expresión, pues son inevitables en el discurso.

Para el tribunal, la creación de un delito de esta naturaleza exigía la previsión de una intención dolosa en el agente del delito, ya que las afirmaciones falsas y no dolosas pueden provenir de una equivocación, como

son las falsas alarmas, la cuales, con la creación de ese delito, podrían ser objeto de sanción. La misma imprevisión aplicaba para el supuesto que se conoce como “reporte fiel”. Esto es: la norma penal no consideró que quien se limita a reproducir lo expresado por otro está exento de responsabilidad. Admitir la validez de este tipo penal significaba inhibir el libre flujo de información, ya que desde el medio de comunicación se obligaría a la censura, pues estarían obligados a verificar la veracidad de la información.

Bajo la tesis del reporte, la Corte estimó que las condiciones operativas de la norma impugnada generarían que se sancionara penalmente al que reproduce exactamente lo expresado por su fuente, a pesar de que en dicha reproducción no exista dolo (SCJN, 2013: 45). De ello se aprecia que el tipo penal no hacía diferenciación en la forma en como se difundía la falsa alarma: si era intencional o por equivocación. En consecuencia, resultaba extremadamente restrictivo porque sancionaba toda difusión de información falsa, sin tener en cuenta el error o el reporte fiel.

Más importante aún es el razonamiento de la Corte por el cual se señala que el delito, al no distinguir los medios de comunicación que sean vehículos de esa información, genera que la problemática se incremente con el desarrollo y creciente uso de Internet. De ese modo, la norma penal abarcaba a las redes sociales (blogs, Twitter, Facebook, Instagram, etcétera) y, por lo tanto, se constituían en espacios susceptibles de ser sancionados penalmente.

Se trata de una interpretación progresiva que deriva del artículo 7o. constitucional, en la cual se reafirma que es inviolable la libertad de difundir opiniones, ideas, expresiones “a través de cualquier medio”, incluso en redes sociales. Hay interpretación jurisprudencial por parte de la SCJN respecto a la libertad de imprenta —entendida como parte de la libertad de expresión—, donde en esencia señala que atendiendo al dinamismo de las formas de comunicación actuales y al empleo de las nuevas tecnologías, debe entenderse a la libertad de imprenta en un sentido amplio y de carácter funcional, adscribiéndose no sólo al papel, sino incluso a los medios electrónico que “puedan hacerse del conocimiento del público en general, así como a las diversas formas audiovisuales —como lo es el cine y video— a través de las cuales puede desarrollarse la función que se pretende con la libertad de imprenta” (Tesis 1a. CCIX/2012).

Por eso, la SCJN consideró que penar una conducta como las falsas alarmas generaría un efecto inhibitorio muy grave, en el que personas bien intencionadas puedan sentirse cohibidas o amedrentadas para expresar alertas. Con ese desaliento y obstrucción se afecta no sólo la libertad de expresión, sino también el derecho a la información, que entre mayor re-



MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

vista interés público, como es la alarma de un posible peligro, mayor es el grado de protección que debe gozar (SCJN, 2013: 45 y 46).

50 La existencia del artículo impugnado propiciaba por sí mismo el silencio de los gobernados respecto a situaciones que pueden llegar a alterar el orden público, perjudicando el flujo de información que debe existir en una sociedad democrática, por lo que tal precepto violaba el derecho de difundir información plasmado en el artículo 7o. constitucional, y de ahí se seguía su invalidez.

● 3. Delito de “halconeo” ○ ●

El 10 de abril de 2013, la CNDH promovió la Acción de Inconstitucionalidad 11/2013 en contra del artículo 398 bis del Código Penal para el Estado de Chiapas (CPEC). Esta norma pretendía sancionar una actividad que se identifica de manera coloquial como “halconeo”, entendido como el espionaje de las actividades de las fuerzas de seguridad pública para alertar a los grupos criminales. La función de un “halcón” (vigilante o informante) consiste en vigilar las actividades de personas o instituciones que amenacen la estabilidad de la organización criminal a la cual pertenece.

La CNDH planteó que el artículo 398 bis del Código Penal para el Estado de Chiapas era violatorio del derecho de acceso a la información por una deficiente tipificación del delito que afectaba a formas válidas de búsqueda de información y de expresión. La norma imponía una pena “de dos a quince años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días de salario mínimo a quien realizara actos tendientes para obtener información de los cuerpos de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas, sobre su ubicación, actividades, operativos o sus labores, en general” (CPEE, 2019). Nótese que la acción penada era obtener información y no la acción de entregarla a organizaciones criminales.

La Suprema Corte declaró la invalidez de ese artículo bajo el argumento central de que la acción perseguida penalmente se encontraba dentro del campo válido del ejercicio constitucional de la libertad de expresión. Es decir, que realizar actos tendientes para obtener información no podía ser una conducta constitutiva de delito, ya que esta actividad se relaciona con el derecho a la información, que por sí mismo no generaría un perjuicio social.

Aunque la norma perseguía una finalidad válida —como era proteger las actividades de seguridad pública de la delincuencia organizada— no

satisfacía el requisito de necesidad, ya que la descripción típica era amplia (y por tanto deficiente), al abarcar un sinnúmero de conductas amparadas por el derecho de acceso a la información; es decir, que realizar actos tendentes para obtener información es una conducta que por sí misma no daña o pone en riesgo el bien jurídico tutelado.

El delito adolecía de las precisiones necesarias, ya que no se estableció la finalidad de que la información buscada debía investigarse para causar un daño en perjuicio de la seguridad pública. Dicho en otras palabras, la legislación no precisó que además de la obtención de información, debía haber la intención del sujeto activo del delito de darle un uso ilegal; tampoco expresó ningún otro elemento que permitiera identificar a la conducta como un abuso con fines criminales del derecho de acceso a la información, diferenciable de un ejercicio legítimo.

El tribunal estimó que validar la existencia de un delito así dificultaría el ejercicio del derecho de acceso a la información en tanto se trata de una medida demasiado amplia y excesiva que interfería con el ejercicio legítimo de tal libertad, porque se podrían incluir numerosos supuestos del ejercicio legítimo del derecho de acceso a la información, incluso tales como la formulación de solicitudes formales de información a las instituciones de seguridad pública (SCJN, 2014: 34).

La Corte específicamente señaló que la norma tenía un impacto desproporcional sobre un sector específico de la población: el gremio periodístico, porque al criminalizar la búsqueda de toda información relativa a la seguridad pública y a la procuración de justicia, es claro que uno de los sujetos destinatarios de la norma podrían ser los periodistas, quienes tienen como función social la de buscar información sobre temas de interés público a fin de ponerla en la mesa de debate, por lo que este delito terminaba teniendo un efecto inhibitorio de la tarea periodística y el efecto de hacer ilícita la profesión en ese ámbito específico (SCJN, 2014: 35). En consecuencia, la acción se resolvió por unanimidad de votos en el sentido de declarar la invalidez del artículo 398 bis del Código Penal para el Estado de Chiapas.

Este mismo criterio se reiteró, el 6 de julio de 2015, por el Pleno de la Suprema Corte en la Acción de Inconstitucionalidad 9/2014, donde se invalidó el artículo 133 quinquies del Código Penal de Michoacán, que sancionaba con prisión de 4 a 12 años y multa de 100 a mil días de salario mínimo a quien obtuviera y proporcionara información sobre las actividades y operativos de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad, y en esencia reiteró los mismos argumentos de la acción de inconstitucionalidad anteriormente narrada. Es decir, que criminalizar la búsqueda de toda información relativa



a la seguridad pública y a la procuración de justicia termina por tener un efecto inhibitorio de la libertad de buscar información y de la terea periodística si no se especificaba la finalidad dolosa de hacer mal uso de la información para beneficiar a organizaciones criminales.

V. REFLEXIÓN FINAL

52

En México existen experiencias de creación de delitos que se constituyen en límites para el ejercicio de la libertad de expresión y de información, como son los casos analizados. Estas restricciones encuadran en la categoría de restricciones indirectas, las cuales están prohibidas en el artículo 7o. de la Constitución mexicana.

Las restricciones indirectas a libertad de expresión no están definidas en su forma, sino por su efecto; es decir, que aunque no se puedan precisar cuáles y cuántas son, se pueden determinar a partir de sus resultados: la inhibición de la libertad de expresión, por ejemplo, mediante la autocensura.

La autocensura existe cuando se genera un temor a las consecuencias que implicaría determinada manifestación de opiniones, ideas o información, y el individuo prefiere optar por no expresarse, pues antes que sufrir las sanciones respectivas, elige limitarse a sí mismo en el ejercicio de su libertad de expresión.

Los tipos penales de los que se ha hecho examen fueron declarados inconstitucionales por sancionar conductas comunicativas que eran válidas, y, por tanto, eran restricciones a los derechos de expresión y de acceso a la información, que además tenían por resultado la autocensura.

Estos delitos, aunque no persiguen directamente el contenido directo de un mensaje o de una comunicación, sí dificultan el entorno, el medio, o la forma en que se realiza ese mensaje, imponiendo responsabilidades ulteriores que son desproporcionadas o sobre inclusivas y afectan derechos fundamentales de primer orden, como es la libertad personal. Así, generan un efecto inhibitorio, pues la ejemplaridad de la pena impide que otras personas se expresen por no ser sancionadas penalmente.

Las responsabilidades para el ejercicio de la libertad de expresión no deben ser desproporcionadas y no deben preferirse las penales como primera opción. Una sanción penal por expresar opiniones o por difundir información inhibe el ejercicio de la libertad de expresión, de manera que, si bien no es una censura previa, sí genera autocensura de la persona en asuntos de orden público y de interés para la vida de una sociedad democrática.

Con la criminalización inadecuada o indebida de ciertas formas de la libertad de expresión se obstaculiza el ciclo informativo de una sociedad democrática, y en ocasiones se afecta específicamente a quienes hacen de la libertad de expresión su actividad cotidiana, como es el caso de quienes se dedican a la actividad periodística.

En las resoluciones analizadas, la Suprema Corte ha destacado dos dimensiones de la libertad de expresión: la individual y social. El tribunal señaló que con los tres tipos penales se restringiría no sólo el derecho de las personas en su aspecto individual, sino que se afectaba a la sociedad en general, pues se le privaba de la divulgación de información que podría ser de interés público, obstruyendo la posibilidad de buscar, recibir y difundir información relacionada con actividades públicas. Por lo tanto, puede verse en estas interpretaciones la consolidación de una doctrina constitucional que se acerca más a una teoría democrática de la libertad de expresión.

53



VI. FUENTES CONSULTADAS

- ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos, 2013, “Prohibición de la censura previa: retos del siglo XXI”, en MAC-GREGOR POISOT, Eduardo Ferrer (coord.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. I.
- AVILÉS, René, 2007, “La censura al periodismo en México: revisión histórica y perspectivas”, *Razón y Palabra*, vol. 12, núm. 59, octubre-noviembre, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199520703007>.
- CODERCH, Pablo Salvador, 2002, *Libertad de expresión y conflicto institucional*, España, Civitas.
- CODERCH, Pablo Salvador (coord.), 1987, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley de Libelo*, España, Civitas.
- DWORKIN, Ronald, 2014, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, 2000, *Principios del derecho de la información*, España, Dykinson.
- FISS, Owen M., 1999, *La ironía de la libertad de expresión*, España, Gedisa.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, 2014, “Libertad de expresión”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MOISÉS ISRAEL FLORES PACHECO

LORETI, Damián y LOZANO, Luis, 2014, *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores.

MADRAZO LAJOUS, Alejandro y VELA BARBA, Estafanía, 2013, “Repensando la libertad de expresión”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (coord.), *Libertad de expresión y responsabilidad social: estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, Oxford University Press.

PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, 2015, *Libertad de expresión y acceso a la información*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

● VILLANUEVA VILLANUEVA, Ernesto, 1998, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

1. Informes y recomendaciones

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, *Informe situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2012*, vol. II.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2013, *Recomendación General número 20*, 15 de agosto, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/Generales/RecGral_020.pdf.

2. Diarios legislativos

“Diario de Debates del Cuarto Periodo de Sesiones Extraordinarias Primer Año de Ejercicio Constitucional Septiembre 2011”, año 1, vol. VIII, t. 1, septiembre de 2011, disponible en: https://www.legisver.gob.mx/diariode debates/diariodedebatesLXII/4o_Extraordinario_Septiembre_2011.pdf.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

Caso *Norín Catrimán y otros Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.

55

4. Jurisprudencia

Tesis 1a. CCXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009.

Tesis 1a. CCIX/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, septiembre de 2012.

5. Sentencias

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2014, *Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 11/2013*, 7 de julio, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Acciones/Acc_Inc_2013_11_Demanda.pdf.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2013, *Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 29/2011*, 20 de junio, disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Acciones/Acc_Inc_2011_29_Demanda.pdf.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO LLAVE DE ACCESO A NUEVAS FORMAS DE GOBIERNO *THE RIGHT TO INFORMATION AS A KEY TO NEW FORMS OF GOVERNMENT*



*Eva Grissel CASTRO CORIA**
*Carolina ROSALES HUERTA***

RESUMEN. El derecho consagrado en el artículo 6o. de la CPEUM es el instrumento que permite a los sujetos buscar y obtener información en posesión de las autoridades, y abre la puerta para materializar otros derechos. Por ello, se introduce al lector en un contexto jurídico que parte del derecho a la información, transita al derecho a la comunicación en su forma jurídica denominada “libertad de expresión”, finalizando con el derecho de réplica y de manifestación. Se estudia el caso socialmente conocido como *Ley Telecom* para analizar cómo éste permitió transitar de un estado de gobernabilidad a un estado de *gobermedia*, ampliando el concepto de “ciudadano mexicano” al de “ciudadano del mundo”.

PALABRAS CLAVE. Información, tecnologías, libertad de expresión, telecomunicación, medios de comunicación.

ABSTRACT. *The warranted right at the 6th article of the Mexican Political Constitution is the instrument that allows subjects*

* Maestra en derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; eva072001@hotmail.com.

** Maestra en derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; lic.carolina.rosales@gmail.com.

Fecha de recepción: 11 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 10 de octubre de 2019.

EVA GRISSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

58

to search and obtain information held by authorities and opens the way for materializing other rights. The article introduces the reader into a legal context that starts from the right to information, transits the right to communication in its legal form called freedom of expression, and ends with the right to reply and to protest. The case that was socially known as Telecom Law is analyzed on how it allowed going from a state of governability to a state of media-governance, spreading from the concept of Mexican citizen to world citizen.

- -
 -
- KEYWORDS. *Information, Technologies, Freedom of expression, Telecommunications, Social Media.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la información es un tipo especial de derecho humano. Su vinculación con el derecho a la comunicación en su forma jurídica (denominado “libertad de expresión”) y el surgimiento de nuevas formas de comunicación conllevan una necesidad de regulación derivado de su habitual uso social. Este trabajo consiste en una investigación de carácter analítico-documental en el que se identifican algunas implicaciones del derecho a la información, con el objetivo de comprender cómo esta información es utilizada para materializar otros derechos.

Para contextualizar los alcances del derecho a la información, se tomarán los criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado para definirlo desde dos dimensiones:

- 1) *Dimensión individual.* Garantiza que las personas recolecten, difundan y publiquen información con plena libertad, formando parte indisoluble de la autodeterminación de los individuos (Tesis 2a. LXXXIV/2016).
- 2) *Dimensión colectiva.* Constituye el pilar esencial sobre el cual se erige todo Estado democrático, así como la condición fundamental para el progreso social e individual. En ese sentido, no sólo permite y garantiza la difusión de información e ideas que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas e indiferentes, sino también aquellas que pueden llegar a criticar o perturbar al Estado o a ciertos individuos, fomentando el ejercicio de la tolerancia

y permitiendo la creación de un verdadero pluralismo social, en tanto que privilegia la transparencia, la buena gestión pública y el ejercicio de los derechos constitucionales en un sistema participativo, sin las cuales no podrían funcionar las sociedades modernas y democráticas (Tesis 2a. LXXXIV/2016).

Por lo anterior, se entiende que el derecho a la información no sólo comprende solicitarla y recibirla, ya que desde la dimensión colectiva éste puede generar nuevos procesos de democratización, y desde la dimensión individual, implica fomentar la autodeterminación de los individuos. La autodeterminación se entiende como la libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos. También conocida como “autonomía de la voluntad”, es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, la cual se desenvuelve cuando las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones (Tesis 1a. CDXXV/2014). Es propiamente la condición indispensable de todo individuo para la comprensión de su existencia y de su entorno; implica el ejercicio de una voluntad razonada en cualquier tipo de decisiones con trascendencia interna, o bien, externa (Tesis 2a. LXXXIV/2016).

La libertad del individuo, definida como derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica la libertad de conciencia o la libertad de expresión, y de igual forma tiene dos dimensiones:

- 1) *Dimensión externa.* Derecho que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad.
- 2) *Dimensión interna.* Derecho que protege una “esfera de privacidad” del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal (Tesis 1a./J. 4/2019).

Aunado a ello, el derecho de réplica refuerza la libertad de expresión como la libre comunicación de los pensamientos y opiniones, en virtud de que opera como garantía de la veracidad informativa y de la posibilidad de aclarar información sobre hechos falsos o inexactos. Las expresiones a las que alude la réplica son información, en contraposición a las ideas u opiniones (Tesis 1a. CLI/2017), la cual también tiene dos dimensiones:

- 1) *Dimensión individual*. Garantiza la protección de la esfera jurídica de las personas frente a los abusos de los medios de comunicación en su labor informativa.
- 2) *Dimensión social*. Tiene por objeto promover un alto nivel de responsabilidad en los medios de comunicación para que la información que circule en la opinión pública sea, al menos, veraz (Tesis 1a. CLII/2017).

60

Por esta razón, el objeto del derecho de réplica es la aclaración de la información falsa o inexacta que se haya difundido a la sociedad (Tesis 1a. CLI/2017), y su pretensión es el combate a la información errónea con información fidedigna, salvaguardando el derecho de la sociedad de obtener información veraz y permitiendo la contraposición a las ideas u opiniones. Así, el derecho de réplica tiene esta doble dimensión: por un lado, el referido a la veracidad de la información que se comunica, y por otro, la oportunidad de contraponer ideas u opiniones. Por lo tanto, termina siendo un engrose del derecho a la información en la forma jurídica denominada “libertad de expresión”.

La libertad de expresión es entendida como el mecanismo para asegurar a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual (Tesis 1a. CDXX/2014). En su dimensión individual ha sido definida como “la autonomía y acceso a la libertad personal, en el cual el individuo puede manifestarse libremente sin ser cuestionado sobre el contenido de sus opiniones y los medios que ha elegido para difundirlas” (Tesis 2a. XXXVIII/2019).

Lo anterior es importante ya que el derecho a la información no sólo se limita a buscar y a recibir información. Como se anotó anteriormente, también permite la materialización de otros derechos, ya que al transmitir dicha información se constituye un elemento de la libertad de expresión necesario para que las personas se encuentren informadas y puedan expresarse y opinar con plena libertad.¹ A su vez, ello coadyuva al desarro-

¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el engrose de la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad (26/2006), señala: “A diferencia de la libertad de expresión, que constituyó uno de los puntos principales de la ideología liberal del siglo XVIII, que quedó plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia en 1789, el derecho a la información se registra históricamente por los tratadistas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, surgida en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1941. El artículo 19 de esta declaración establece que «todo individuo tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no

llo de la personalidad del individuo y a la construcción de espacios de diálogo.

Por otro lado, la construcción de dichos espacios entre la sociedad y el Estado permite que se originen y perfeccionen las interacciones democráticas. Isunza y Hevia (2006: 27-29), al estudiar las relaciones de la sociedad con el Estado, determinaron varios espacios que son construidos por los intercambios de información entre los sujetos y las instituciones que se materializan en un campo denominado interfaz, formado por espacios de conflicto y espacios de negociaciones en donde se desarrollan las relaciones de comunicación asimétricas entre estos sujetos. Estos campos forman seis relaciones epistémicas:

- 1) Interfaz de contribución (participación social informativa): la sociedad civil informa al Estado.
SC → E
- 2) Interfaz de transparencia (información gubernamental): el Estado informa a la sociedad civil.
SC ← E
- 3) Interfaz comunicativa (colaboración informativa): sociedad civil y Estado se informan y comunican mutuamente.
SC ← → E
- 4) Interfaz mandataria (democracia directa, control social): la sociedad civil controla, domina o dirige al Estado.
SC → E
- 5) Interfaz de transferencia (políticas públicas subrogadas, transferencia de políticas): el Estado controla, domina o dirige a la sociedad civil.
SC ← E
- 6) Interfaz co-gestiva (cogestión): sociedad civil y Estado mantienen una relación de cogestión.
SC ← → E

ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundir la significación de fronteras por cualquier medio de expresión».



EVA GRISSSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

Cualquier Estado que se considere democrático deberá transitar por todas las interfaces con ayuda del derecho de acceso a la información, las cuales “se han potencializado gracias al fácil acceso, expansión e inmediatez del internet y las redes sociales” (Tesis 2a. XXXVIII/2019). En ese contexto, la interfaz co-gestiva debería ser cada vez más frecuente.

62 Tomando en cuenta lo anterior, la investigación se presenta en tres apartados. El primero esboza los orígenes del derecho a la información desde un panorama internacional y su desarrollo en el Estado mexicano, así como la aplicación del principio de progresividad derivado de un proceso histórico-jurídico (desde su inclusión en la Constitución mexicana de 1917, las reformas al artículo 6o. de 1977 y 2007, y el criterio jurisprudencial 2008) gracias al cual se amplió la configuración inicial de un derecho sustantivo a un derecho adjetivo.

El segundo tiene el objeto de responder a la interrogante planteada (sobre el cómo la información es utilizada para materializar otros derechos) mediante el análisis de los movimientos sociales que permitieron transitar de un estado de gobernabilidad a un estado de *gobermedia* en los hechos conocidos como *Ley Telecom* (Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión). Se recuerda el antecedente del 11 de marzo de 2013, cuando el entonces presidente de la República mexicana, Enrique Peña Nieto, presentó y firmó la mencionada iniciativa de reforma constitucional vinculada al uso de medios de comunicación masivos, la cual aseguraba cobertura universal, buenos precios y calidad en el servicio y en los contenidos. Sin embargo, la iniciativa de la ley secundaria censuraba la libertad de expresión, por lo que el descontento social no se hizo esperar. En este caso, las variables fueron las nuevas formas de protesta virtuales que implicaron el surgimiento de un nuevo grupo social, los *cibernautas*, que se defendieron mediante el derecho a la libertad de expresión, el derecho de réplica y el derecho a la manifestación. Del análisis jurídico de los artículos que propiciaron tal descontento se observa que estos movimientos propiciaron una preocupación social que concluyó en la necesidad de modificar la iniciativa de ley secundaria presentada por el presidente Peña Nieto.

En el tercer apartado se estudia el derecho a la información vinculado a nuevas formas de gobierno, enfatizando la figura jurídica del ciudadano y el surgimiento de un sistema de democratización entre el Estado y la sociedad civil mediante la redefinición de ciudadanía. Para ello se estudian los procesos de democratización de los regímenes políticos que aumentaron la brecha entre lo social y lo político, propiciando la reducción

de la participación política y manteniéndose la figura de gobernabilidad como método de poder omnipresente. Ello implica regímenes políticos hegemónicos que transitan a la acción colectiva utilizando el derecho de réplica y, por consiguiente, el derecho a la información; es decir, una redefinición del concepto de ciudadanía no sólo por la territorialidad, sino por la integración social.

El trabajo finaliza con una breve conclusión respecto del derecho a la información como un derecho adjetivo, los medios de comunicación masivos, y el comportamiento de los sujetos virtuales que ampliaron el concepto de ciudadanía.

63

II. ANTECEDENTES JURÍDICOS

En materia internacional, se parte de la ley conocida como *Freedom of Press And the Right of Access to Public Records Act* o Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas, aprobada en Suecia en 1766, diez años antes de la Independencia de los Estados Unidos, y trece antes de la Revolución francesa (Sandoval, 2008: 14).

En la primera sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1946 se adoptó la Resolución 59, que puntualizó la libertad de información como un derecho humano fundamental y origen de todas las libertades (Sandoval, 2008: 14, 28). Además, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tuvo lugar en el *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, el 19 de septiembre de 2006 (Fernández, 2015: 321-333), señala la importancia de la información en poder del Estado y el rol de la sociedad democrática para que organizados como sociedad civil generen acciones de gobierno que controlen el poder del gobierno en la protección de sus intereses.

Por su parte, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se establece, *inter alia*, que la libertad de pensamiento y de expresión es un derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento de su elección (OEA, 1969). De acuerdo con la protección que otorga esta Convención, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también de

EVA GRISSSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (CIDH-OEA, 2009: 1)

Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos —como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)— establecen un derecho positivo a buscar y recibir información (CIDH-OEA, 2009: 61-64). En el mismo orden de ideas, el artículo 19 del PIDCP advierte el reconocimiento a la libertad de expresión, dentro de la cual se encuentra el derecho a obtener información como uno de los derechos humanos más importantes. Sus principios rectores consisten en:

- 1) *Máxima divulgación*: a) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; b) toda decisión negativa debe ser motivada, y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada, y c) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información (CIDH-OEA, 2009: 3).
- 2) *Buena fe*: para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obligados por este derecho actúen de buena fe; es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Es decir, que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal (CIDH-OEA, 2009: 4).
- 3) Ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información.

Como referente nacional, el Estado mexicano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que dicho instrumento le es aplicable y vinculante. Así, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1o. y 2o. de la Convención, el Estado mexicano tiene que adoptar las

medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la misma, lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Ello implica que la normativa que regula restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones derivadas de las razones permitidas por la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

65

El artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) sienta las bases en materia del derecho a la información. La Constitución de 1917, en su texto original, consagró en dicho artículo la concepción tradicional de la libertad de expresión.² “Pasaron 60 años sin que este texto fuera modificado. Fue hasta 1977 que, como parte de las modificaciones constitucionales que se dieron con motivo de la entonces llamada reforma política, se incluyó en la parte final de ese artículo la frase «el derecho a la información será garantizado por el Estado»” (López, 2009: 14).

El *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, en su publicación del 6 de diciembre de 1977, garantizó el derecho a la libre manifestación de ideas sin que ésta fuera objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Este derecho no era absoluto, ya que estaba limitado a que no se atacara la moral, los derechos de terceros, o provocare algún delito o perturbare el orden público. El derecho a la información debía ser garantizado por el Estado.

Treinta años después, el dispositivo constitucional fue nuevamente objeto de reforma. El decreto publicado el 20 de julio de 2007 marcaba los principios y bases que la Federación, los estados y el Distrito Federal, en los ámbitos de sus competencias, debían ejercer en atención al derecho a la información. La reforma identificó a los sujetos obligados, señaló los principios rectores y los mecanismos de acceso a la información.

Sin embargo, hasta ese momento no se había mencionado el derecho de réplica. Fue hasta la reforma del 13 de noviembre de 2007 que se añade al párrafo primero el derecho de réplica, que viene a reforzar la libertad de expresión, consagrado en la Declaración de los Derechos del

² La Constitución de 1917, en su texto original, señalaba: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público”.

66 Hombre y el Ciudadano en su artículo XI, que permite a todo ciudadano hablar, escribir e imprimir libremente su pensamiento y opiniones. Aunado a las reformas, el Pleno de la SCJN, en su criterio jurisprudencial de junio de 2008³ (Tesis P/J.54/2008), ha definido el derecho a la información como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos; principio para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo cual el acceso a la información es una exigencia social en todo Estado de derecho. En el siguiente apartado se desarrolla la materialización de esta fórmula y su resultado.

III. ESTUDIO DE CASO *LEY TELECOM*

El 11 de marzo de 2013, el entonces presidente de la República mexicana, Enrique Peña Nieto, presentó y firmó la iniciativa de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones. En el acto protocolario efectuado en la Cámara de Diputados, y acompañado de los coordinadores parlamentarios de las principales fuerzas políticas (Partido Acción Nacional [PAN],

³ Por su exacta descripción, se cita la Tesis P/J.54/2008, que establece: “El acceso a la información se distingue de otros derechos intangibles por su doble carácter: como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En efecto, además de un valor propio, la información tiene uno instrumental que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos y como base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo que se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho. Así, el acceso a la información como garantía individual tiene por objeto maximizar el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones; incluso algunos instrumentos internacionales lo asocian a la libertad de pensamiento y expresión, a las cuales describen como el derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por otro lado, el acceso a la información como derecho colectivo o garantía social cobra un marcado carácter público en tanto que funcionalmente tiende a revelar el empleo instrumental de la información no sólo como factor de autorrealización personal, sino como mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración. Por tanto, este derecho resulta ser una consecuencia directa del principio administrativo de transparencia de la información pública gubernamental y, a la vez, se vincula con el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública, protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Partido de la Revolución Democrática [PRD], Partido Revolucionario Institucional [PRI] y Partido Verde Ecologista de México [PVEM]), firmaron de manera conjunta dicha iniciativa.

El titular del Ejecutivo Federal destacó en dicha iniciativa el derecho al libre acceso a la información, competencia económica en materia de radiodifusión y comunicaciones. El documento presentado resume los objetivos en:

- 1) Asegurar una cobertura nacional.
- 2) Establecer un precio accesible y regular la calidad.
- 3) Calidad en el servicio y en los contenidos.

La iniciativa fue enviada de inmediato a la Cámara de Diputados, ya que pretendía la reforma del párrafo primero del artículo 60.; el artículo 70.; el párrafo sexto del artículo 27; el párrafo segundo del artículo 28; la fracción XVII del artículo 73; la fracción VII del artículo 78, y el párrafo sexto del artículo 94; la adición de los párrafos segundo, tercero y cuarto, pasando el actual párrafo segundo a ser apartado A del párrafo cuarto y un apartado B al artículo 60.; y los párrafos decimotercero a vigésimo noveno del artículo 28, de la CPEUM (Castro, 2017: 95).

Tres meses después, el martes 11 de junio de 2013, se promulgó y publicó en el *DOF* la reforma constitucional, que de acuerdo con el primero transitorio entraría en vigor al día siguiente de la publicación. La reforma constitucional fue aprobada *fast track*, por lo breve del tiempo en que se discutió, aprobó y promulgó, ya que el Poder Legislativo y el Ejecutivo se veían fortalecidos con la unión de la mayoría de los actores políticos y sus votos en las bancadas legislativas.

Al realizar una comparación de la iniciativa presentada frente a la reforma promulgada y publicada, podemos observar que no sufrió modificaciones de fondo más que algunas de simple forma. Lo anterior no resulta cuestionable si se atiende a que la reforma fue pactada como viable desde el momento en que se presentó en el acto protocolario del 11 de marzo de 2013.

La reforma establecía en los transitorios, específicamente el tercero y el cuarto, la facultad y obligación del Congreso de la Unión para realizar las adecuaciones al marco jurídico, por el que se tendría que expedir un solo ordenamiento legal, es decir, la ley secundaria.

La ley secundaria en materia de telecomunicaciones, es decir, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y la Ley del Sistema Pú-



EVA GRISSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

blico de Radiodifusión de México, que tendría que estar publicada el 9 de diciembre de 2013, fue presentada ante la Cámara de Senadores mediante el oficio número SELAP/300/435/14 el 24 de marzo del 2014 por el titular del Ejecutivo. El objeto del documento implicaba:

- 68
- 1) La organización del Instituto Federal de Telecomunicaciones.
 - 2) El régimen de concesiones y competencia de radiodifusión.
 - 3) Contenidos.
 - 4) Disposiciones en materia de publicidad.
 - 5) Tiempos gratuitos del Estado.
 - 6) Preponderancia.
 - 7) Comercialización.

El documento apreciaba la norma consistente en 312 artículos que proponían la reforma secundaria. Al contrario de la reforma constitucional, la reforma secundaria acaparó la mirada de miles de jóvenes que comenzaron a expresarse en redes sociales manifestando su inconformidad.

La forma en que se manifestaron incluía protestas virtuales, *hashtags* que rápidamente se volvían *trending topic*,⁴ mediante fotos, videos, mensajes por las redes sociales, cartas virtuales, cadenas humanas y correos a los legisladores de las bancadas. Dichas expresiones denotaban el descontento social al paquete de reformas, en virtud de que se consideraron un ataque a Internet. Se destacaban los artículos 145, 146, 197 y el título VIII, “De la colaboración con la justicia”, por propiciar censura en Internet, neutralidad de la red a favor de concesionarios, bloqueo de señales y vigilancia de comunicaciones.

⁴ Un *hashtag* es propiamente una idea formulada en pocas palabras, antecedida por el símbolo conocido como “gato”; si este *hashtag* es repetido de manera masiva, forma parte de los temas del momento conocido en inglés como *trending topics*. Estos *hashtags* circulan alrededor de todo el mundo. En este caso, el *hashtag* #InternetLibreMX se convirtió en un *trending topic* en cuestión de horas, es decir, en el tema del momento a nivel mundial.

CUADRO I. LEY DE TELECOMUNICACIONES:
UN ATAQUE A INTERNET

<i>Acción</i>	<i>Artículo de la iniciativa</i>
Censura en Internet	Artículo 145. Los concesionarios y autorizados que presten el servicio de acceso a Internet... podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa del usuario, cuando medie orden de autoridad o sean contrarios a alguna normatividad.
Neutralidad de la red	Artículo 146. Los concesionarios y los autorizados que presten el servicio de acceso a Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado y clientes, diferenciando entre niveles de capacidad, velocidad o calidad.
Bloqueo de señales	Artículo 197... VII. Bloquear, inhibir o anular de manera temporal las señales de telecomunicaciones en eventos y lugares críticos para la seguridad pública y nacional a solicitud de las autoridades competentes.
Vigilancia de comunicaciones	Título VIII, “De la colaboración con la justicia”. Por un lado, en los artículos 192 a 194 se amplían las obligaciones de retención de datos por parte de las empresas de telecomunicaciones, las autoridades podrían ordenar que los datos se conserven de manera indefinida, de manera discrecional y sin la intervención de un juez.

69



FUENTE: elaboración propia con información del *Diario de Debates* del Senado de la República del 4 de julio de 2014 (Senado de la República, 2014), disponible en: http://infoosen.senado.gob.mx/content/sp/dd/content/cale/diarios/62/2/TPE/PDF-WEB/TPE_No.1_4_JUL_2014.pdf, e información de humanrightsgeek.blogspot.mx.

En el *Diario de Debates* número 1 del 4 de julio de 2014 se puede consultar la postura de las diferentes bancadas al analizar la *Ley Telecom*. Como ejemplo se destaca al entonces senador Javier Lozano Alarcón decir que “...las telecomunicaciones son un medio para alcanzar fines, lo mismo que una legislación” (Senado de la República, 2014: 1804).

El dictamen sobre la iniciativa que surge de este *Diario de Debates* mostraba más de 360 modificaciones a la iniciativa del presidente Peña Nieto, las cuales se pueden apreciar a manera de resumen en el siguiente cuadro:

CUADRO 2. DICTAMEN SOBRE LA INICIATIVA LEY DE TELECOMUNICACIONES

<i>Artículo de la iniciativa</i>	<i>Dictamen sobre la iniciativa</i>	<i>Artículo modificado y publicado en el DOF</i>
<p>Artículo 145. Los concesionarios y autorizados que presten el servicio de acceso a Internet... podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa del usuario, cuando medie orden de autoridad o sean contrarios a alguna normatividad.</p>	<p>Restablecer plenamente la autonomía constitucional del Instituto Federal de Telecomunicaciones: eliminar una injerencia peligrosa de la Secretaría de Gobernación, sobre todo en tratándose de contenidos audiovisuales y posibles censuras sobre lo que se transmite en radio y televisión.</p>	<p>Artículo 145. Los concesionarios y autorizados que presten el servicio de acceso a Internet deberán sujetarse a los lineamientos de carácter general que al efecto expida el Instituto conforme a lo siguiente: libre elección. No discriminación. Privacidad. Transparencia e información. Gestión de Tráfico. Calidad y Desarrollo sostenido de infraestructura.</p>
<p>Artículo 146. Los concesionarios y los autorizados que presten el servicio de acceso a Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado y clientes, diferenciando entre niveles de capacidad, velocidad o calidad.</p>	<p>Neutralidad absoluta en la red a favor del usuario. Para efectos de que el usuario pueda escoger, elegir y aprovechar servicios y contenidos de Internet sin ningún tipo de discriminación.</p>	<p>Artículo 146. Los concesionarios y los autorizados deberán prestar el servicio de acceso a Internet respetando la capacidad, velocidad y calidad contratada por el usuario, con independencia del contenido, origen, destino, terminal o aplicación, así como de los servicios que se provean a través de Internet, en cumplimiento de lo señalado en el artículo anterior</p>
<p>Artículo 197. VII. Bloquear, inhibir o anular de manera temporal las señales de telecomunicaciones en eventos y lugares críticos para la seguridad pública y nacional a solicitud de las autoridades competentes.</p>	<p>Se agrega una gran cantidad de derechos a los usuarios, a los consumidores y a las audiencias, que es el objetivo final, el objetivo último, de esta legislación secundaria.</p>	<p>Los concesionarios y los autorizados deberán bloquear contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa, escrita o grabada del usuario o suscriptor o por cualquier otro medio electrónico, sin que el bloqueo pueda extenderse arbitrariamente a otros contenidos, aplicaciones o servicios distintos de los solicitados por el usuario o suscriptor.</p>
<p>Título VIII, "De la colaboración con la justicia". Por un lado, en los artículos 192 a 194 se amplían las obligaciones de retención de datos por parte de las empresas de telecomunicaciones, las autoridades podrán ordenar que los datos se conserven de manera indefinida, de manera discrecional y sin la intervención de un juez.</p>	<p>Se determina de manera precisa las formas en que los concesionarios de telecomunicaciones están obligados en materia de seguridad y justicia a atender todo mandamiento por escrito, fundado y motivado de la autoridad competente en los términos que establezcan las leyes.</p>	<p>Artículo 189. Los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso, los autorizados y proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos están obligados a atender todo mandamiento por escrito, fundado y motivado de la autoridad competente en los términos que establezcan las leyes.</p>

FUENTE: elaboración propia con información del *Diario de Debates* del Senado de la República del 4 de julio de 2014, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/content/sp/ddd/content/cale/diarios/62/2/TPE/PDF-WEBS/TPE_No.1_4_JUL_2014.pdf

Del caso práctico analizado se observa que las demandas sociales fueron atendidas y produjeron resultados en la modificación de los artículos, lo que permitió:

- 1) Restablecer plenamente la autonomía constitucional del Instituto Federal de Telecomunicaciones y eliminar una injerencia peligrosa de la Secretaría de Gobernación.
- 2) Eliminar la neutralidad de la red a favor del concesionario para efectos de que el usuario pueda escoger, elegir y aprovechar servicios y contenidos de Internet sin ningún tipo de discriminación.
- 3) Impedir que se pudiera bloquear de manera temporal la señal de telecomunicación de manera arbitraria y sin el consentimiento expreso y escrito del usuario.
- 4) Impedir la vigilancia de comunicaciones sin seguir las formalidades del procedimiento, mediante mandamiento por escrito, fundado y motivado de la autoridad competente en los términos que establezcan las leyes.

71



IV. DE GOBERNABILIDAD A GOBERMEDIA

Al analizar la relación entre gobierno y sociedad, y partiendo de los conceptos de “governabilidad”, “governanza” y “*govermedia*”, se retoman las relaciones mencionadas en el primer apartado, en específico: 1) interfaz de contribución o de participación social informativa, en la que la sociedad organizada informa al Estado; 2) interfaz de transparencia en materia de información gubernamental, en la que la relación es inversa, ya que el Estado comunica mediante medios oficiales a la sociedad organizada; 3) interfaz comunicativa o de colaboración informativa, que es la suma de las dos primeras, en la que los canales de comunicación son retroalimentados por las partes, es decir, que la sociedad organizada y el Estado se informan y comunican mutuamente; 4) interfaz mandataria, en la que se materializa la democracia directa o control social, y la sociedad organizada controla, domina o dirige al Estado; 5) interfaz de transferencia de políticas públicas, ciencia y tecnología, en la que el Estado controla, domina o dirige a la sociedad civil, y por último, 6) interfaz co-gestiva o de cogestión, en la que sociedad civil y Estado mantienen una relación de cogestión, entendida como el desarrollo más amplio y diversificado de las interfaces (Isunza y Hevia, 2006: 46).

La gobernabilidad es entendida como las acciones de gobierno que ejerce el poder en el ámbito público, el cual se despliega desde una confi-

EVA GRISSSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

guración vertical (“de arriba hacia abajo”) en donde unos mandan y otros obedecen. Se conforma como una instancia autónoma, centralizada y desfigurada de la sociedad, cuya principal fortaleza es el poder político y responde a la visión del partido mayoritario (Porrás, 2000: 15), y por ello el Estado decreta las acciones necesarias para garantizar que su visión se materialice (Zurbriggen, 2011: 44).

72 La acción de gobierno, desde el apartado de gobernabilidad, implica entonces la presencia de un Estado intervencionista, que define los parámetros legales (interfaz de transparencia) en los que se relaciona la sociedad y el gobierno (Porrás, 2000: 17). Se trata de concebir al Estado como un Estado social, el cual debe ser un gestor del bienestar.

El Estado debe proveer, y para ello debe mandar, dirigir u ordenar en una pretensión que implica saber lo que el sujeto requiere, así como proveer los medios para que se vea satisfecho el requerimiento. Es por ello que el Estado gobierna con un solo objetivo: el bien común. Para que esto pueda desarrollarse en un clima mayoritariamente de paz y continuo, se requiere de hegemonía política, que implica más que una visión política, una permanencia en la política (Porrás, 2000).

Ahora bien, como antecedente al concepto de “gobernanza” se consideraran las recomendaciones de los organismos internacionales para reorganizar las estructuras institucionales y generar canales más eficientes y eficaces que permitan desarrollar las acciones del Estado (Ramírez, 2009: 118):

- 1) La ONU, con la intención de diagnosticar los problemas de la administración pública y realizar recomendaciones en términos de su cualificación.
- 2) La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con su discurso planificador, planteando la necesidad de un aparato estatal eficiente y capaz de diseñar y ejecutar los planes de desarrollo.
- 3) El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), como mecanismo transmisor de conocimientos y avances en torno a las reformas del sector público.

De acuerdo con Stiglitz (2003: 31), del diagnóstico realizado en los años ochenta por los organismos internacionales referidos a los países latinoamericanos, se propone una serie de acciones que se pueden resumir en:

- 1) Un cambio importante en las nociones de igualdad.

- 2) Reconocer la importancia de la comunidad, la necesidad de la acción colectiva, e ir más allá del individualismo para generar un sentido de solidaridad social.
- 3) Ampliar el concepto de los derechos humanos fundamentales.
- 4) Identificar los derechos y las responsabilidades, tanto a nivel gobierno como de la comunidad.

Lo anterior implicaba disminuir la centralización de la autoridad y, por consiguiente, delegar responsabilidades de gestión pública a espacios privados. Estas transformaciones generan los principales debates sobre la gobernanza, entendida como un nuevo estilo de gobierno. Zurbriggen (2011: 42) la define como “heterarquía, es decir, interdependencia y coordinación negociada entre sistemas y organizaciones. Existen, tres modos de regulación en una sociedad: jerárquico (por la autoridad), económico (por el mercado) y heterárquico (por redes autoorganizadas y asociaciones)”.

En palabras de Mayntz, citada en Zurbriggen (2011: 42), “en lugar de emanar de una autoridad central, ejecutiva o legislativa... se construyen hoy en un proceso que involucra una pluralidad de organizaciones tanto públicas como privadas”.

Lo anterior implica transitar de un espacio en donde el Estado únicamente informa a un espacio en donde existe colaboración; es decir, los canales de comunicación se aperturan y son retroalimentados por la sociedad organizada: existe participación ciudadana. Por lo tanto, hablar de gobernanza no sólo es hacer referencia a las buenas prácticas administrativas, sino que implica un giro en la concepción misma del Estado en relación con la complejidad social (Canto, 2008: 16).

En el caso analizado se puede observar, en un primer momento, la hegemonía; es decir, cuando se presenta y se aprueba la reforma constitucional, un partido mayoritario se congregó y permitió que se materializara la gobernabilidad como acción en que el gobierno asumía el poder y sólo la desplegaba en esta visión vertical. Sin embargo, esta fórmula cambia en un segundo momento: cuando se presenta la iniciativa de la ley secundaria, el Estado —respondiendo a una expresión social— materializa la interfaz comunicativa en donde se abren los canales; es decir, la sociedad organizada manifiesta su descontento, se informan, se comunican y se da un impulso a la cooperación público-privada (interfaz co-gestiva) permitiendo “vincular diferentes procesos en un círculo virtuoso de interacciones”, propiciando una democracia más participativa (Albuquerque, 2004: 160).

Porras (2000) señala que la democracia en tiempos de Internet es pasar a un estado de *gobermedia*, que implica la vuelta a la política como un



espacio en donde se dirige desde lo virtual. *Gobermedia* implica que la acción de gobierno se origine de la demanda de los cibernautas o sujetos que interactúan en estos espacios virtuales.

74 La democracia que se gesta en los tiempos de Internet permite ampliar la visión tradicional de ciudadano y reconstruirla como ciudadano del mundo, ya que dichos sujetos virtuales rompen con la concepción tradicional de ciudadanía y la extienden a sujetos que pueden manifestar sus ideas, pensamientos, comunicar, expresar e intervenir en la vida política de cualquier país mediante el derecho a la manifestación, libertad de expresión y derecho de réplica.

● Esta visión reconstruida del ciudadano o sujeto que participa en la vida política de un país se origina por conflictos en donde existe la confrontación, pero también diálogo social, que idealmente permiten reformular la expresión política y jurídica (Borja, 2002). De acuerdo con Escobar (2004:102), estos procesos se pueden expresar en tres dimensiones:

- 1) Entre movimientos sociales e instituciones u otros actores sociales. Por ejemplo: la lucha por el sufragio universal, el derecho a huelga, etcétera.
- 2) Entre instituciones o sectores de los aparatos del Estado; entre parlamento y gobierno, o entre éstos con el sistema judicial.
- 3) Entre instituciones o sectores del Estado y colectivos sociales o culturales vinculados a territorios determinados.

Borja (2002: 3) refiere que la ciudadanía ha sido vinculada al concepto de nacionalidad, estatus atribuido por el Estado a los que tienen “su” nacionalidad; sin embargo, es necesario replantear estas interacciones, propiamente para el caso de estudio, en relación con la democracia digital.

El artículo 34 de la CPEUM establece que son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan los siguientes requisitos: 1) haber cumplido 18 años, y 2) tener un modo honesto de vivir. Únicamente los ciudadanos pueden intervenir en los asuntos políticos, ya que de manera expresa el artículo 33 restringe a los extranjeros de inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

El caso aquí expuesto, si bien no es el único, es un ejemplo⁵ de cómo los cibernautas intervienen mediante protestas virtuales desde cualquier

⁵ Otros casos destacados son: el movimiento M-15, que inició el 15 de mayo de 2011 en Nueva York; el movimiento Ocupa Wall Street (OWS) del 17 de septiembre de 2011; en

posición geográfica, porque más allá de la nacionalidad, lo que permea es la necesidad de generar cambios, o de sumarse a la protesta derivada de inconformidades políticas o económicas en la sociedad virtual.

Las nuevas sociedades virtuales se congregan para demandar que se modifiquen las reglas impuestas. En palabras de Castells (2012: 55), es la voluntad de resistir. Existe un cambio en la forma de ejercer el poder, la cual gesta una vinculación directa entre la acción comunicativa y el poder en manos del gobierno (Sodré, 1998), y que a su vez se potencializa por el uso constante de las nuevas tecnologías de comunicación utilizadas de forma cotidiana. En tanto existe ya un hábito a utilizar estas nuevas formas de comunicación tecnológica, existen nuevos diálogos que se gestan mediante la comunicación masiva que se reflejan en la acción social y frente al poder Estatal.

75



V. CONCLUSIÓN

El derecho a la información ha sido reconocido a nivel internacional como un derecho humano y progresivo a lo largo de la historia constitucional de México. Es un instrumento mediante el cual los individuos pueden, además de buscar y obtener información, coadyuvar para la materialización del derecho a la libertad de expresión, el derecho de réplica, y participar activamente en la vida política del país; es decir, el derecho a la información es la llave que abre la puerta para que:

- 1) Las personas recolecten, difundan y publiquen información con plena libertad (Tesis 2a. LXXXIV/2016).
- 2) El individuo comprenda su existencia y su entorno.
- 3) El individuo de manera razonada pueda tomar cualquier tipo de decisiones.
- 4) Se garantiza el Estado democrático que permite la difusión de información e ideas.
- 5) El desarrollo de cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el perfeccionamiento de su personalidad.
- 6) Se proteja la esfera de privacidad del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones (Tesis 1a./J. 4/2019).

Rusia, el movimiento anti-Putin, que inició el 5 de diciembre de 2011; en Brasil también hubo movimientos derivados del descontento en el marco de la copa del mundo, y no menos importante, el movimiento #YoSoy132 en México (Rivera, 2016: 192-137).

- 7) Se garantiza la protección de la esfera jurídica de las personas frente a los abusos de los medios de comunicación (Tesis 1a./J. 4/2019).
- 8) Se permita la contraposición a las ideas u opiniones.

76

Con el uso de las nuevas tecnologías, el Internet y las redes sociales, el comportamiento de los ciudadanos se ha visto modificado, aumentando su participación como sujetos virtuales poseedores de derechos, los cuales además son exigidos y positivizados mediante las reformas estudiadas y el criterio de la SCJN, del que se desprende que el derecho a la información permite:

- 1) Maximizar el campo de la autonomía personal.
- 2) Ejercer la libertad de expresión en sus componentes de libertad de pensamiento, libertad de expresión y derecho de réplica.
- 3) El ejercicio del derecho a la información es un mecanismo de control institucional.
- 4) El ejercicio del derecho a la información garantiza el derecho de participación de los ciudadanos en la vida pública.

Con ello se observa progresividad en el acceso a nuevas formas de gobierno que transitan de la gobernabilidad a la *gobermedia* mediante el ejercicio de la democracia en tiempos del derecho a la información.

Finalmente, en respuesta a la interrogante sobre cómo se traduce esta información y cómo es usada para materializar otros derechos, nos aventuramos a afirmar que la información obtenida por los ciudadanos reflejada en el ejercicio de su derecho a la información, a la comunicación y a la libertad de expresión, con el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, dan paso a la exigibilidad de otros derechos, como el derecho a deslegitimar las acciones gubernamentales, lo cual abre paso a nuevas formas de gobernar, como en el caso de *gobermedia*, término que deberá ser retomado en futuras líneas de investigación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBUQUERQUE LLORENS, Francisco, 2004, "Desarrollo económico local y descentralización en América Latina", *Revista de la CEPAL*, núm. 82, abril.
- BOISIER, Sergio, 2004, "Desarrollo territorial y descentralización: el desarrollo en el lugar y en las manos de la gente", *Eure*, vol. XXX, núm. 90.

- BORJA, Jordi, 2002, “Ciudadanía y globalización”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 22, febrero.
- CANTO CHAC, Manuel, 2008, “Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo”, *Política y Cultura*, núm. 30.
- CASTELLS, Manuel, 2012, *Comunicación y poder*, México, Siglo Veintiuno Editores.
- CASTRO CORIA, Eva Grissel, 2017, *Un nuevo estado de craticidad. El poder como ente antagonista de los derechos humanos*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (tesis de maestría). 77
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II/CIDH/RELE/INF. 1/09. ●
○
●
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS y ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2009, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>.
- ESCOBAR, Alejandro, 2004, “Participación ciudadana y políticas públicas. Una problematización acerca de la relación estado y sociedad civil en América Latina en la última década”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, núm. 8.
- FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda, 2015, “Debatiendo: la influencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos «Claude Reyes contra Chile» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9.
Humanrightsgeek, disponible en: <http://humanrightsgeek.blogspot.mx/2014/03/ley-de-telecomunicaciones-un-ataque.html?m=1>.
- ISUNZA VERA, Ernesto y HEVIA DE LA JARA, Felipe, 2006, *Relaciones sociedad civil-Estado en México: un ensayo de interpretación*, México, CEISAS, Cuadernos para la Democratización.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, 2009, *El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana*, México, IFAI, Cuadernos de Transparencia, núm. 17.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1946, Resolución 59: Convocatoria de una conferencia internacional de libertad de información, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/59%28I%29>.

EVA GRISSSEL CASTRO CORIA / CAROLINA ROSALES HUERTA

- PORRAS NADALES, Antonio, 2000, *La acción de gobierno: gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Madrid, Trotta.
- RAMÍREZ BROUCHOUD, María Fernanda, 2009, “Las reformas del Estado y la administración pública en América Latina y los intentos de aplicación del New Public Management”, *Estudios Políticos*, núm. 34.
- 78 RED EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES, *Propuesta de modificación a la iniciativa de Ley de Telecomunicaciones*, disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/comunicaciones_transportes/docs/Telecom/Posicionamiento_RDDD.pdf.
- RIVERA GONZÁLEZ, José Guadalupe, 2016, “El papel de las redes sociales en los nuevos movimientos sociales”, en IBARRA REYES, Rubén de Jesús (coord.), *Gobernabilidad y nuevos desafíos para el desarrollo social*, México, Fontamara.
 -
 -
- SANDOVAL BALLESTEROS, Irma, 2008, *Leyes de acceso a la información en el mundo*, México, INAI.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, 2014, *Diario de Debates*, 4 de julio, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/content/sp/dd/content/cale/diarios/62/2/TPE/PDF-WEB/TPE_No.1_4_JUL_2014.pdf.
- SODRÉ, Muniz, 1998, *Reinventando la cultura, la comunicación y sus productos*, Barcelona, España, Gedisa.
- STIGLITZ, Joseph, 2003, “El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 80, agosto.
- ZURBRIGGEN, Cristina, 2011, “Gobernanza: una mirada desde América Latina”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 38.

1. Marco normativo

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969, disponible en: <https://www.isstech.gob.mx/portal/pdf/marcoJuridico/pacto-de-san-jose.pdf>.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, disponible en: <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Diario Oficial de la Federación (DOF), “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, disponible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013.

2. Jurisprudencia

79

Tesis 1a. CDXX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, t. I.

Tesis 1a. CDXXV/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, t. I.

Tesis 1a. CLI/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 47, octubre de 2017, t. I.

Tesis 1a. CLII/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 47, octubre de 2017, t. I.

Tesis 1a./J. 4/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 63, febrero de 2019, t. I.

Tesis 2a. LXXXIV/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 34, septiembre de 2016, t. I.

Tesis 2a. XXXVIII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 67, junio de 2019.

Tesis P/J.54/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, junio de 2008, t. XXVII.

RETOS DE LA INCLUSIÓN DEL NOMBRE
DEL SOLICITANTE EN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS
EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ACCESO Y MEDIOS
DE IMPUGNACIÓN PREVISTOS EN LA LEY GENERAL DE
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN
*CHALLENGES OF THE INCLUSION OF APPLICANT'S NAME
IN THE REQUEST OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION
AND DISPUTE PROCEDURE UNDER THE MEXICAN GENERAL
ACT ON TRANSPARENCY AND PUBLIC INFORMATION ACCESS*



*Eduardo LIMA ESTRADA**

RESUMEN. De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública. En ese sentido, las leyes que regulan dicha materia plantean una serie de disposiciones para lograr ese fin, como son los requisitos para que los solicitantes obtengan información o, en su caso, impugnen las respuestas recaídas a las mismas. Entre dichos requisitos se encuentra el nombre, el cual juega un doble papel, ya que permite la identificación del solicitante y es un dato personal por sí mismo. Si bien su inclusión es de carácter optativo, es oportuno señalar como interrogantes: ¿a qué se debió que el nombre se incluyera en los requisitos para presentar una solicitud de acceso a la información?, ¿qué problemas han surgido a raíz de dicho requisito?, ante el carácter optativo de su inclusión en los requisitos actuales y la protección de datos personales, ¿es necesario que aún

* Maestro en derecho de las tecnologías de la información y comunicación con especialidad en protección de datos digitales por el Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación (INFOTEC). Actualmente es proyectista de protección de datos en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). founder@datospersonales.guru.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 24 de octubre de 2019.

EDUARDO LIMA ESTRADA

se prevea? O en su caso, ¿es posible prescindir totalmente del mismo? Para conocer las respuestas es importante aproximarnos a las razones de su inclusión en el marco legal, su evolución y su estado actual, así como identificar los retos que produce su inclusión en el entramado legal que comprende el derecho de acceso a la información pública, y finalmente señalar la justificación de su existencia o, en su caso, su desaparición.

82

●
○
●
PALABRAS CLAVE. Nombre, acceso a la información, principios de protección de datos personales, requisito, artificioso.

ABSTRACT. *In accordance with the Mexican Political Constitution, every person, without the need to accredit any interest or justify its use, will have free access to public information. In this sense, laws that regulate this right established several requirements for its compliance, such as filing the form to access to public information to dispute procedures. The name of the applicant is among these requirements, which plays a double role since allows its identification and represents a personal data on itself. Although its use is optional, it is appropriate to point out the following questions: What were the reasons to include it in the first place?; What problems does it generate?; considering that it is optional, in addition to personal data protection mandates, should we still include it or, if appropriate, can we dispense with it? In order to know the answers, it's important to approach to the reasons that included the name of the applicant as a requirement in legal framework, its evolution and current status, as well as the challenges that its inclusion represents to the right to access to public information, to lastly point at the justification of its existence or, if applicable, its elimination.*

KEYWORDS. *Name, access to public information, personal data protection principles, requirement, contrived.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información en México tuvo una evolución que transitó de su mera previsión en el texto constitucional como una garantía

individual hasta la elaboración de un marco legal que provee certeza jurídica a los interesados en obtener información pública respecto de los procedimientos de solicitud hasta la impugnación de las respuestas recaídas a éstas.

A lo largo de dicha temporalidad, los legisladores han incluido una serie de requisitos que se van flexibilizando para el ejercicio del derecho en cuestión, pero uno de ellos es notorio por su persistencia desde la creación de las primeras leyes en materia de transparencia y acceso a la información: el nombre del solicitante.

El nombre, también denominado “nombre propio” para diferenciarlo del común, se refiere a aquel sin rasgos semánticos inherentes que designa un único ser (RAE, 2014), de ahí que se pueda concluir que sea un dato personal de carácter identificativo (AEPD, 2018: 5), pues hace que su titular se distinga dentro de la colectividad que compone a la raza humana.

Dada su importancia, pareciera que su inclusión en los requisitos que se han previsto dentro del marco legal de acceso a la información se encuentra justificada; después de todo, hace posible la identificación de un solicitante para efectos de realizar una solicitud y, en caso de insatisfacción, su posterior impugnación.

Sin embargo, actualmente el artículo 124 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante LGTAIP) establece que la información relativa al nombre debe considerarse como opcional para la presentación de solicitudes de acceso a la información, mientras que el diverso 145 establece que no podrá ser motivo de requerir la aclaración del nombre que al efecto fuera proporcionado.

Lo anterior parece una contradicción, ya que por una parte se prevé su existencia como un elemento de identificación de los solicitantes, pero por otra se pretende prescindir del mismo, ante lo cual es importante cuestionar: ¿es necesaria su inclusión?

Ante tal panorama, el presente trabajo aborda, en su primer apartado, un breve estudio de la historia normativa del nombre en la legislación en materia de acceso a la información. En el segundo se identificará el doble impacto del nombre del solicitante como una condicionante artificiosa y como un dato personal susceptible de ser protegido en términos de la Ley General de Protección de Datos Personales (en adelante LGPDPPSO). Mientras que en el tercero se señalarán algunos casos que ejemplifican que el uso del nombre del solicitante tiene diversas finalidades que escapan a los fines del derecho de acceso a la información, esto al compararlo entre un periodo antes de la LGTAIP y con su posterior aplicación. Finalmente, se hace la propuesta de eliminación del nombre del solicitante como única solución, su impacto en la materia, así como reflexiones en



EDUARDO LIMA ESTRADA

torno al cumplimiento a las previsiones constitucionales de no requerir la acreditación de identidad ni justificar el interés y utilización de la información obtenida.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL NOMBRE DE LOS SOLICITANTES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

84

Si bien el marco normativo *per se* del derecho de acceso a la información en México nació ya entrado el siglo XXI, cabe señalar algunos antecedentes que sirvieron para el establecimiento del procedimiento para obtener información pública.

Uno de sus antecedentes se encuentra en el denominado “derecho de petición”, que se estableció en el artículo 8o. de la Constitución vigente como una prerrogativa para que cualquier ciudadano pudiese efectuar, de forma pacífica y respetuosa, una petición y recibir, en breve término, una respuesta.

El objeto de tal derecho puede ser muy amplio, ya que no sólo se agota con la mera petición de información, sino que puede ser utilizado para “solicitar informes, consultas, opiniones, resoluciones administrativas y/o jurisdiccionales, en relación con algún asunto de interés propio del peticionario; con la correlativa obligación de la autoridad de contestar por escrito y notificar su proveído en breve término al mismo” (Trapaga, 2007: 1).

El ejercicio de ese derecho implicó la existencia de una serie de estrategias para obtener una respuesta, lo cual derivó en litigios que en sus resoluciones establecieron criterios judiciales que dieron elementos para la tramitación de una petición.

Cabe resaltar que derivado de la resolución del Amparo en Revisión 544/77 por los integrantes del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se determinó que el interés jurídico en materia de derecho de petición se acreditaba, entre otras cosas, con el nombre de quien efectuó la petición (Tesis s.n.: común).

Por su parte, el Tercer Tribunal de la misma materia y circuito, al resolver el Amparo en Revisión 1413/90, puntualizó que, además del nombre, la firma de los solicitantes era necesaria para tener como presentada una petición (Tesis s.n.: administrativa).

Tal como puede observarse, el nombre se utilizó en el derecho de petición como un elemento *sine qua non* para su eficaz ejercicio; esto es, la persona interesada en ejercer la prerrogativa en análisis debía acreditar ser

una persona física cierta y determinada a través del señalamiento de su identidad con dos requisitos: nombre y firma.

Como se ha dicho, el ejercicio del derecho de petición era muy amplio, y quizá uno de sus puntos más controversiales era cuando se ejercía estableciendo el planteamiento para acceder a información generada por los entes públicos.

Un caso que es ilustrativo de ese punto es la petición que presentó un colectivo denominado Alianza Cívica a la Oficina de la Presidencia de la República el 29 de marzo de 1995, que versó sobre el organigrama y percepciones, y la cual fue contestada en cumplimiento a un amparo otorgado para tal efecto. Lo anterior significa que el derecho de petición podía ser utilizado para obtener información gubernamental, pero no siempre era contestada en breve término (Alianza Cívica, 2004).

Respecto al derecho de acceso a la información, su desarrollo interpretativo surgió a partir de la reforma constitucional de 1977 al artículo 6o., la cual, al ser analizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la circunscribió a una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de ese año, cuyo fin era permitir a los partidos políticos que expusieran la información inherente a los mismos a través de los medios masivos de comunicación; empero, su posterior interpretación se amplió a ser una garantía para los gobernados que les permitía obtener información veraz del Estado (Tesis P. XLV/2000).

En el ánimo de mantener esa intención inicial, se publicaron iniciativas que en 1980, 1995 y 1999 intentaron regular el derecho de acceso a la información pública, pero desde una óptica orientada a la transparencia del gasto de comunicación social y el desarrollo del derecho a la libertad de expresión en el marco de los procesos electorales (Navarro, citada en Gamboa, 2007, 6-9).

Los esfuerzos pudieron concretarse a través de la presentación de una iniciativa de la ley de la materia en 2001 a cargo del Ejecutivo Federal, quien señaló, respecto del procedimiento de acceso, que éste debía ser simple y no debía requerirse la acreditación de interés alguno para obtenerla. Dicha iniciativa, en su artículo 42, previó como requisito indispensable para la presentación de las solicitudes de acceso a la información, indicar el nombre del solicitante, y condicionaba la prevención a aquellos casos en que los detalles proporcionados para su búsqueda fueran insuficientes para encontrarla.

Dicha iniciativa derivó en la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que estableció, en su artículo 40, los requisitos para la presentación de solicitudes de ac-

EDUARDO LIMA ESTRADA

ceso a la información, los cuales conservaron el nombre como parte de sus requisitos; asimismo, contemplaba como motivo de prevención la entrega de datos insuficientes para localizar la información o el señalamiento de datos erróneos en la solicitud de acceso a la información.

86 En esos años se dio un cambio político que puede ser interpretado como una fragmentación del poder político, periodo en el que se genera la demanda y posterior implementación de políticas en materia de transparencia (Michener, citado en Peschard, 2017: 141), cuya consecuencia en México fue el establecimiento de un marco legal en la materia (Peschard, 2017: 141).

● Se observa que el derecho de petición y el derecho de acceso a la información tuvieron orígenes diferentes, ya que mientras uno de ellos fungió como un primer acercamiento del ciudadano con la autoridad para efectuar un requerimiento sobre un innumerable listado de tópicos relativos a la acción gubernamental, el derecho de acceso a la información nació como parte de un conjunto de prerrogativas que se consideraron aplicables a los procesos electorales, hasta convertirse en un derecho subjetivo reconocido en favor de los ciudadanos para obtener la información generada y en posesión del Estado. Sin embargo, ambos derechos convergen en la regulación de su ejercicio, ya que al compararlos se advierte que el nombre figuró como un requisito *sine qua non* para ejercitarlos; quizá su inclusión en el marco normativo en materia de acceso a la información se mantuvo como una reminiscencia del procedimiento establecido para el derecho de petición.

Esa circunstancia se mantuvo sin cambios hasta que en la LGTAIP se estableció que el nombre del solicitante adquiriría el carácter de opcional, y no como un requisito necesario para el trámite de una solicitud de acceso a la información.

III. IMPACTOS Y EFECTOS DE LA PREVISIÓN DEL NOMBRE DENTRO DEL MARCO NORMATIVO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Una vez que se ha explorado la historia de la inclusión del nombre en la legislación en materia de acceso a la información, debe señalarse que el tránsito de un requisito *sine qua non* a un requisito opcional obedeció a un tema de impacto en la tramitación de solicitudes de acceso a la información y su impugnación cuando se incluía ese requisito como obligatorio.

Inicialmente la construcción del marco legal en materia de transparencia se debió al establecimiento de una política pública, la cual es definida como una intervención de los órganos del Estado para corregir o modificar una situación social que ha sido reconocida como un problema social (Merino, 2008: 245). En este caso, para organizar los distintos procesos organizacionales de la administración pública conforme a la luz de premisas, valores e instrumentos que privilegian el papel estratégico y abierto de la información (Merino, 2008: 261).

Debe recordarse que dicha política se orientó inicialmente a la eficacia de la garantía contenida en el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) relacionada con el acceso a la información, lo cual se interpretó inicialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la obligación en el actuar estatal conforme a principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que tiene como consecuencia que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales. De esa manera, se establece el control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública, para lo cual es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control (*Claude Reyes y otros vs. Chile*: 46).

Es importante recordar que en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) quedó previsto que el nombre del solicitante era parte de los requisitos para la presentación de requerimientos de información pública.

Dicho requisito generó un entorpecimiento en el derecho de acceso a la información, tal como se señaló en la denominada “Declaración de Guadalajara”, producto de una reunión en torno a la materia de acceso a la información celebrada en 2005, cuyos trabajos concluyeron con una propuesta de reforma constitucional, que incluyera un procedimiento expedito en el cual no se requiriera demostrar personalidad o interés jurídico.

El 13 de diciembre de 2006 se presentó formalmente ante la Cámara de Diputados una iniciativa de reforma constitucional al artículo 60. de dicho pacto fundamental, en cuyo texto se señaló como uno de sus principios que para acceder a la información pública no se debe requerir al gobernado identificación o acreditación de un interés, y tampoco justificación de su posterior utilización. Ello implicó que debía atenderse a la naturaleza de la información y no al individuo que la solicita para determinar si la información es pública o clasificada.

La reforma constitucional en cita ha sido interpretada por la SCJN en el sentido de que las solicitudes de acceso a la información no deben tener



EDUARDO LIMA ESTRADA

como finalidad el demostrar el interés o la identidad del solicitante (Amparo en Revisión 467/2017: 19). De esa manera, al menos a nivel constitucional, el derecho de acceso a la información no debe contemplar como parte de sus elementos el nombre, ya que no es materia de la solicitud averiguar quién solicita la información.

88 Para dar vida jurídica plena a la reforma constitucional, en 2014 se presentó la iniciativa de la LGTAIP, en cuya exposición de motivos se insistió en retomar la finalidad de la reforma constitucional de 2007 en relación a que, como parte del procedimiento de acceso a la información, éste debería ser expedito y no se requiriera demostrar personalidad o interés jurídico; esto es, se atendiera al contenido de la información a proporcionar y no al sujeto que lo requiere, sin condicionantes artificiosas.

Aunque la exposición de motivos no expresa qué debe entenderse por una “condicionante artificial”, del contenido de ésta se desprende que las constituyen aquellas situaciones “que permitan a la autoridad, de manera discrecional, juzgar sobre la legitimidad del solicitante o del uso de la información” (Senado de la República, 2014).

Cabe recordar que el nombre de los peticionarios permite identificar a una persona determinada del conjunto de aquellas que fungen como peticionarias de información, y considerando los elementos previstos en la iniciativa en estudio, aquello haría que las autoridades se centraran en las personas y no en el contenido de la información, e inclusive que los órganos garantes no estudiaran la naturaleza de la controversia sobre la información requerida, pues por la ausencia de un nombre, la variación entre el manifestado en la solicitud y el recurso, o la mera sospecha de que no se tratara de un nombre real, se procediera a pedir la respectiva aclaración, bajo la advertencia que de no aclararlo se desecharía el medio de impugnación.

En conclusión, la existencia del nombre dentro del marco normativo en materia de acceso a la información se identificó como una condicionante artificial para el ejercicio de tal derecho, ya que permite valorar las solicitudes de acceso a la información a partir del solicitante y no de la información peticionada, mientras que en los medios de impugnación, impide entrar al fondo de la controversia derivada de la información entregada al supeditarla a la acreditación de la personalidad a través de la manifestación de un nombre conformado por el nombre de pila y apellidos.

Sin embargo, se permitió en la LGTAIP su previsión como un requisito de carácter opcional, lo cual parece una solución al problema que generó (identificado desde la Declaración de Guadalajara), pero que entraña un

nuevo problema que debe ser abordado desde la óptica de la protección de datos personales.

El 1o. de junio de 2009 se estableció la protección de datos personales como un derecho humano reconocido en la CPEUM; sin embargo, su regulación para los sujetos obligado se expidió hasta enero de 2017 con la publicación de la LGPDPPSO.

Como parte de la regulación expedida se establecieron los principios que son el camino para la protección efectiva de las personas cuando sus datos son tratados por un tercero como un límite a su tratamiento (Remolina, 2018: 76); esto es, los responsables del tratamiento, como lo son los sujetos obligados conforme a lo dispuesto en el artículo 3o., fracción XXVIII, de la LGPDPPSO, no tienen un campo de actuación amplio con los datos personales que recaban, ya que no deben tratarlos fuera de los principios establecidos en la propia norma.

Los principios fijados en el artículo 16 de la LGPDPPSO son el de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de datos personales. De ellos se destacarán dos: el de proporcionalidad y el de licitud.

Al respecto, es oportuno señalar que el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo 25 de la LGPDPPSO, consiste en que el sujeto obligado se encuentra constreñido a tratar los datos personales que resulten adecuados, relevantes y estrictamente necesarios para la finalidad que justifica su tratamiento, pero dicho principio no podría ser aplicable únicamente a los responsables del tratamiento en el sector público.

Por ejemplo, en el marco del derecho comunitario europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prevé que el principio en cita exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo legítimo propuesto por la normativa de la que se trata y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (C-58/08: 51).

Conforme a lo anterior, el principio de proporcionalidad no sólo abarca a los responsables en el sector público que traten datos personales, pues se amplía de tal manera que abarca a los productores de normas jurídicas, como los órganos parlamentarios.

En ese sentido, se estimaría que una norma cumple con el principio de proporcionalidad, y por lo tanto es apta, si cumple con los siguientes requisitos: *a*) que sea adecuada para alcanzar el fin que propone; *b*) que la intervención será necesaria en cuanto que no exista una medida alternativa menos gravosa para el interesado, y *c*) que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que no suponga un derecho excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública (De la Cámara, 2017: 14).



EDUARDO LIMA ESTRADA

Conforme a lo expuesto, el establecimiento en una norma de cierto tipo de recabo o tratamiento de información debe estar conforme al principio de proporcionalidad; esto es, si bien una norma jurídica puede justificar el tratamiento de datos personales conforme al principio de licitud, previsto en el artículo 17 de la LGPDPPSO, lo cierto es que debe encontrarse conforme al principio de proporcionalidad.

90 Por lo anterior, se puede concluir que la interrelación de los principios de protección de datos personales es innegable, al menos en previsión de un determinado tratamiento de datos personales desde una ley, ya que si bien existe una libertad estatal de establecerlo, tal examen debe encontrarse precedido de un examen previo a la luz del principio de proporcionalidad.

En el derecho mexicano, y conforme a lo establecido como jurisprudencia por la Primera Sala de la SCJN, el principio de progresividad en sentido positivo constituye para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos (Tesis 1a./J. 86/2017). Dicha circunstancia implica que el Estado tiene la

obligación inmediata de asegurar las condiciones que permitan, gradual y constantemente, la plena realización de estos derechos, al ser los derechos humanos inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre será posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no contaban (Picard y Useche, 2005: 431).

La existencia de dicho principio en el ordenamiento constitucional mexicano no veda que, en su carácter de redactores de una norma jurídica que tenga inmerso el tratamiento de datos personales para una actividad concreta —como lo es el ejercicio del derecho de acceso a la información—, los legisladores deban preservar el principio de proporcionalidad, pues si bien no fungirán como el responsable que deberá ejecutarlo, lo cierto es que le corresponde su salvaguarda en beneficio de los destinatarios de la norma, esto al aplicar el principio de progresividad en materia de derechos humanos.

En el caso concreto, al proponer la inclusión del nombre del solicitante e identificarlo como una condicionante artificiosa, lo ideal era aplicar un examen conforme al principio de proporcionalidad en materia de protección de datos personales. Ello para verificar la pertinencia de su inclusión en la LGTAIP, la cual dio plena vigencia a la reforma constitucional de 2007 para transitar a una protección más amplia conforme al principio de progresividad.

No es obstáculo a la anterior observación que la LGPDPPSO fuera publicada con posterioridad a la expedición de la LGTAIP, ya que la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos posibilitaba dicha circunstancia, tal como ya se ha señalado con anterioridad.

En ese sentido, si el derecho de acceso a la información tiene actualmente en uno de sus pilares la inexistencia de condiciones artificiosas para concentrar su ejercicio en la información requerida y no en la persona que la solicita, se advierte que la inclusión del nombre del solicitante no supera el primer punto del principio de proporcionalidad, ya que dicha medida, aun de carácter opcional, incumple el fin de eliminar una condicionante artificiosa, pues el carácter optativo de su cumplimiento no tiene el efecto inmediato de inhibir la conducta identificada como artificiosa. Esto es, que se centre en identificar al solicitante y no se vea inmersa en la información pedida, pues su sola inclusión podría contar con tal consecuencia indeseada.

Por lo tanto, la previsión en la LGTAIP respecto al recabo del nombre del solicitante, basado únicamente en su establecimiento legal —principio de licitud—, no colma el cumplimiento del principio de proporcionalidad, ya que, como se analizó en su oportunidad, no resulta adecuado ni relevante en el procedimiento de acceso a la información.

Por lo expuesto, es posible advertir que el legislador, al prever como opcional la inclusión del nombre del solicitante en los requerimientos previstos en la LGTAIP, viola el principio de proporcionalidad, pues su identificación como condicionante artificiosa no justificaría su tratamiento, aun con el carácter de opcional.

IV. ANÁLISIS DE CASOS RELACIONADOS CON LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DEL NOMBRE DE LOS SOLICITANTES

Tal como se analizó en el apartado anterior, el nombre del solicitante es identificado como una condicionante artificiosa; es decir, un requisito que inhibe la entrega de información al permitir al sujeto obligado deslindarse de su deber de permitir el acceso a la información que se genera, por lo que su uso puede ser calificado como indebido cuando se utiliza para dicho fin.

La utilización indebida del nombre en las primeras épocas de ejercicio del derecho de acceso a la información se concluye a partir de la reforma constitucional de 2007, ya que entre sus finalidades se encontraba proscribir la posibilidad de que, a través de ciertos requisitos, se pudiera entor-



EDUARDO LIMA ESTRADA

pecer el ejercicio del derecho de acceso a la información, lo cual quizá fue uno de los logros para la democracia y la libertad de expresión en México.

En relación con lo anterior, es oportuno señalar que el derecho de acceso a la información ha transitado a una etapa de utilización masiva por parte de los ciudadanos, ya que el número de solicitudes va en aumento. En el periodo que abarcó de 2003 a septiembre de 2018, han ingresado 1,703,222 solicitudes de acceso a la información (INAI, 2018: 38).

92 En ese universo de solicitudes, encontrar ejemplos que permitan colegir usos del nombre de forma indebida sería tan difícil como —popularmente se menciona— encontrar una aguja en un pajar. Sin embargo, algunos ejemplos han trascendido a la impugnación de las respuestas que se han otorgado a solicitudes de acceso a la información, los cuales sustentan el tema a tratar.

Para su descripción, se identifican dos grupos: uno concerniente a la utilización del requisito por parte de autoridades, y otro por parte de particulares. En el grupo de autoridades se encuentra un caso particular que ilustra cómo actúan las condicionantes artificiosas y el tratamiento de datos personales de forma indebida.

En un primer caso, un particular requirió conocer una sentencia dictada en una apelación tramitada ante la Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en la que el sujeto obligado señaló como impedimento, a través de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del conocimiento, que el solicitante había fungido como abogado patrono de las partes y que fue revocado de su encargo, por lo que no podía otorgársele el acceso a la información requerida al ser un tercero ajeno a la controversia.

Dicho caso derivó en el trámite del recurso de revisión ante el Instituto Veracruzano de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IVAI), en el que se manifestó como parte de los agravios la utilización indebida de los datos personales del solicitante por parte del sujeto obligado. El recurso fue declarado infundado, ya que dicho Instituto consideró que el entonces peticionario había aceptado que su nombre fuera utilizado para el trámite del recurso de revisión, y que incluso podía haberlo omitido, ya que no era necesario (IVAI, 2016: 13).

Del caso anterior puede destacarse que el nombre del solicitante tuvo una especial utilización, ya que la Unidad de Transparencia del IVAI lo remitió junto con la solicitud a la Sala que generó la información peticionada, la cual aludió que el nombre del peticionario coincidía con un abogado patrono que una de las partes tuvo en el desarrollo del proceso de apelación, motivo por el cual no debía otorgarse la información peticionada.

Se advierte que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz procedió a la elaboración de un perfil basado en datos que obraban en sus archivos; es decir, se efectuó una evaluación de una persona en función de sus características (Comisión Europea, 2010: 7), o dicho en otras palabras, se efectuaron actos tendentes a perfilar al solicitante.

El perfilamiento se efectuó al identificar a una persona a partir de su nombre y encasillarla a una cualidad que tuvo en el procedimiento del que surgió la información peticionada. Ello sirvió como sustento para negarle la información, por lo que en este caso se está en presencia del nombre del solicitante como una condicionante artificiosa del derecho de acceso a la información a partir del perfilamiento de su titular.

Lo anterior no fue analizado por el IVAI, ya que señaló que la finalidad de tratamiento correspondiente a la tramitación de la solicitud de acceso a la información agotó el tratamiento efectuado por el sujeto obligado, pero dicha finalidad no incluye la elaboración de perfiles de los solicitantes como parte del proceso de entregar la información peticionada.

Por lo tanto, se advierte que el recabo del nombre del solicitante no fue el único tratamiento del que fue objeto dicho dato personal, sino que también fue utilizado para efectuar un procesamiento que resultó ajeno a la tramitación de la solicitud y que derivó en un perfilamiento del solicitante.

En un segundo caso también es posible advertir resoluciones en las cuales el nombre del solicitante fue importante, pues su ausencia o duda dio lugar al desechamiento del recurso de revisión o su sobreseimiento. Esto último se refiere a dar por concluida una controversia sin analizarla, ante la existencia de un impedimento.

Hasta antes de la entrada en vigor de la LFTAIP fue posible advertir que antes de que el nombre del solicitante fuera un campo opcional, el entonces Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información (IFAI) requirió en más de una ocasión que los particulares señalaran su nombre completo.¹ O bien, en 2015, previo a la abrogación de la LGTAIPG, se desprende que se efectuó una prevención en relación con el nombre en doce ocasiones,² de las cuales fue desahogada en sólo tres casos, lo que

¹ Véanse las resoluciones de los recursos de revisión promovidos por el entonces IFAI en los expedientes: 2462/05 (Comisión Nacional del Agua); 1863/05 (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), y 3737/11 (Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación).

² Véanse las resoluciones de los recursos de revisión promovidos por el INAI e IFAI en los expedientes: RDA 5930/15 (Comisión Nacional del Agua); RDA 4856/15 (Servicio de Administración Tributaria); RDA 3315/15 (Comisión Nacional Bancaria y de Valores); RDA 2210/15 (Secretaría de la Defensa Nacional); RDA 0376/15 (Administración Portua-



EDUARDO LIMA ESTRADA

implica que en el 75% de los casos seleccionados dicha prevención no fue atendida, y en consecuencia, se tuvo por no presentado el recurso de revisión respectivo. Incluso una de ellas se dio ya en 2016, la cual se tramitó conforme a las disposiciones de la LFTAIPG, pues la solicitud de acceso se presentó antes de la entrada en vigor de la LFTAIP.

94 Otro caso que resulta ilustrativo fue tramitado ya durante la vigencia de la LGTAIP ante el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales del Estado de Puebla (ITAIPUE), pues al no existir plena certeza de la identidad entre la persona solicitante, quien acudió al recurso de revisión —y pese a existir manifestaciones de la parte recurrente para aclarar tal circunstancia—, el recurso fue sobreesido ante la falta de legitimación; esto es, de la acreditación de la identidad de la persona inconforme (Recurso 165/CDHP-07/2019: 7 y 8).

El asunto de mérito tiene dos particularidades. La primera es que se tramitó conforme a una ley que se basó en la LGTAIP y sus postulados, entre los cuales se encuentra evitar condicionantes artificiosas. La segunda, que el litigio se dio por terminado por la falta de acreditación de un requisito que no era indispensable en el procedimiento de impugnación, como lo es el nombre del solicitante. Por su parte, merecen especial atención algunas formas en las cuales las personas solicitantes han utilizado tal requisito.

El 31 de octubre de 2017, el periódico veracruzano *Veraz* publicó una nota denominada “IVAI y los robos de identidad”, en la cual se denunciaba que se había utilizado el nombre de una de sus reporteras para solicitar información pública, por lo que se promovió un recurso de revisión identificado con el número IVAI-REV/1379/2017/I; a partir de eso, se expusieron una serie de temores derivados de esa circunstancia, en relación a que la persona titular del nombre había efectuado una serie de solicitudes que, por su naturaleza, podían ponerla en riesgo.

El caso expuesto corresponde a la suplantación de identidad, que conforme a lo señalado por la Agencia Española de Protección de Datos Personales sucede cuando una tercera persona actúa en nombre de una persona con fines maliciosos y se hace pasar por tal (AEPD, 2018: 10).

Conforme a los antecedentes de ese caso, se desprende que si bien no existe una violación al principio de licitud —el nombre se recabó en tér-

ria Integral de Manzanillo, S. A. de C. V.); RDA 0375/15 (Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S. A. de C. V.); RDA 0362/15 (Secretaría de Educación Pública); RDA 0082/15 (Hospital Regional de Alta Especialidad Ciudad Victoria “Bicentenario 2010”), y RDA 0019/15 (Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S. A. de C. V.).

minos de la legislación veracruzana de acceso a la información—, lo cierto es que la flexibilidad de la materia en cuanto a la identidad de las personas que solicitan información pública aumenta el riesgo de suplantación de identidad.

Como se dijo al analizar la evolución normativa del derecho de acceso a la información, ésta se produjo a partir de un momento de fragmentación del poder político que en México se había caracterizado por la persecución de opositores (como en el periodo denominado “Guerra Sucia”), derivándose en que la información pública permitiera la vigilancia del poder público por parte de los ciudadanos, pero, por otro lado, ello también los pone en estado de vulnerabilidad frente a las entidades estatales.

Lo anterior representa un reto mayor para los periodistas, a quienes han requerido que se efectúen medidas adicionales de protección, ya que la “promoción de la seguridad de los periodistas no debe estar limitada a una acción posterior a los hechos. Mucho más debe hacerse para establecer mecanismos de prevención y medidas que aborden las causas profundas de la violencia contra los periodistas y la impunidad” (UNESCO, 2019).

En ese sentido, se encuentra que además de las condicionantes artificiosas, en cuanto a la libertad de expresión, los mecanismos de transparencia y acceso a la información derivados de la política pública en la materia en países con transiciones políticas, existe el riesgo de remanentes de conductas propias del régimen político previo, como lo es la represión a quienes ejercen la libertad de expresión o la ausencia de medidas de protección efectivas que derivan en un completo estado de indefensión.

En el presente caso, la reportera que denunció la suplantación de identidad temía que el mal uso de su nombre podría ponerla en riesgo por la actividad que desempeñaba. Dicho temor se basa en dos factores identificables a partir de su narrativa: su identificación como periodista a partir de su nombre y las condiciones a las que se enfrenta en el desarrollo de su profesión, ya que México es uno de los países con más periodistas asesinados (ONU, 2018).

Por lo anterior, se advierte con precisión que la previsión legal del nombre del solicitante tiene un efecto negativo en las medidas de protección de periodistas, ya que hace relativamente sencillo que cualquiera suplante su identidad, alertando a quienes cuentan con medios y recursos para ponerlos en riesgo.

Finalmente, se observa que los particulares utilizan el apartado relativo al nombre con diferentes seudónimos. Por ejemplo, en los listados de recursos de revisión existentes en la página del Instituto de Transparencia,



EDUARDO LIMA ESTRADA

Acceso a la Información, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México (INFODF)³ se advierten nombres tales como “Anónimo Salazar”, “SABERESMIDERECHO”, “UAMSITO”, entre otros. En el sitio web del órgano garante local de Puebla, se advierten otros tales como “Observatorio BUAP”⁴ y “ACTIVA TRANSPARENCIA A. T.”.⁵

96 Es claro que existe una persona cierta y determinada tras el ejercicio de dichas solicitudes de acceso a la información, quienes han optado por la elección de un seudónimo en lugar de su nombre de pila para el ejercicio de ese derecho; esto quizá para evitar represiones o prácticas dilatorias a partir de la vinculación de su nombre con cierto tipo de solicitudes de acceso a la información.

● Sin embargo, un primer punto corresponde a que dichas personas ejercen su autodeterminación informativa, que hace referencia a la prerrogativa que todo individuo tiene frente a cualquier ente público o privado, por la cual nadie debe introducirse, sin autorización expresa, en aquellos aspectos que no son públicos para conocerlos, conservarlos, procesarlos y/o transmitirlos, independientemente de que dicha acción le cause o no algún daño o molestia (Riande, 2013: 8).

● Sin embargo, tal circunstancia puede generar suplantación de identidad, tal como se analizó en el caso de la periodista veracruzana, aunado a que no es una garantía de que se preste mayor atención a la información que fue peticionada que al seudónimo. Asimismo, puede vulnerar derechos de propiedad intelectual o resultar ofensivo para algunos particulares.

V. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Para garantizar un recurso efectivo en materia de acceso a la información se han emprendido esfuerzos para simplificar tanto la tramitación como la impugnación de las repuestas otorgadas, esto a través de la identificación de condicionantes artificiosas.

A pesar de dichos esfuerzos, el nombre del solicitante tiene como principal reto constituir un requisito que, pese a ser opcional, no pierde su distinción de condicionante artificioso, ya que sigue cumpliendo con el punto

³ Véanse las resoluciones emitidas en: <http://www.infodf.org.mx/index.php/resoluciones-emitidas-por-el-infodf.html>.

⁴ Véase <https://itaihue.org.mx/transparencia/documentos/notificaciones/2017/20190604.pdf>.

⁵ Véase <https://itaihue.org.mx/transparencia/documentos/notificaciones/2017/20190621.pdf>.

de identificación de la persona, aun si ésta hace uso de un seudónimo. El riesgo es latente y existen ejemplos de cómo su utilización aún es un obstáculo en el ejercicio del derecho de acceso a la información; además, constituye un factor de riesgo para sus titulares, sea por el riesgo inherente de la actividad que desempeña (como se vio en el ejemplo del ejercicio periódico), o por el riesgo de suplantación de identidad. Lo anterior impacta en la protección de datos personales de sus titulares, pues no resultaba adecuada su inclusión ante los retos ya mencionados.

97

Por los motivos expuestos, se considera que no resultaba necesaria la inclusión del nombre del solicitante dentro de los requisitos previstos en la LGTAIP para la presentación de solicitudes de acceso a la información ni para la impugnación de las respuestas que resultaran de las mismas.

En consecuencia, se propone la eliminación definitiva del nombre como parte de las solicitudes de acceso a la información y de los recursos de revisión, todos presentados en el marco de la LGTAIP, a través de dos vías:

- Mediante la inaplicación de lo previsto en los artículos 124, fracción I, y 144, fracción II, de la LGTAIP y sus correlativas a nivel federal y local por parte de los órganos garantes en materia de acceso a la información en el momento en el que se ventile una controversia derivada del nombre del solicitante, ya que contravienen lo previsto en el artículo 6o. constitucional.
- A través de una reforma a los artículos 124 y 144 de la LGTAIP, en la que se elimine el nombre como parte de los requisitos en ellos establecidos, señalando que para efectos de identificación del solicitante la Plataforma Nacional de Transparencia expedirá un número único de solicitante, que será distinto al número de folio que se asigne a la solicitud, el cual no estará disponible para el sujeto obligado y únicamente podrán conocer la persona solicitante y el órgano garante.

Cualquiera de las propuestas ayudaría a que el nombre del solicitante no sea utilizado en su perjuicio; garantizaría que cualquier otro medio de identificación no fuese utilizado para fines diversos al trámite de solicitudes de acceso a la información; abonaría a la total anonimidad de quien ejerza su derecho de acceso a la información, y, finalmente, ello eliminaría eficazmente dicha condicionante artificiosa.

EDUARDO LIMA ESTRADA

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 2018, *Protección de datos y prevención de delitos*, disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-proteccion-datos-y-prevencion-de-delitos.pdf>.
- 98 ALIANZA CÍVICA, 2004, “La controversia por el derecho a la información: el caso de Alianza Cívica y la presidencia de la República de Ernesto Zedillo”, en IFAI, *El derecho de acceso a la información en México: un diagnóstico de la sociedad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2309/3.pdf>.
- ○ ● CÁMARA, Mar Antonino de la, 2017, “Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 4, mayo-agosto, disponible en <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/08/7.-Mar-Antoni-no..pdf>.
- DECLARACIÓN DE GUADALAJARA, *La transparencia y el futuro de la democracia en México*, disponible en: <http://www.cotai.org.mx/descargas/La%20transparencia%20y%20el%20futuro.pdf>.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia, 2007, *Transparencia y acceso a la información pública. Estudio de antecedentes, marco jurídico actual, derecho comparado de diversos países y de las entidades federativas, y de las iniciativas presentadas en el tema*, México, Cámara de Diputados, Centro de Documentación y Análisis.
- GUERRERO MARTÍNEZ, Claudia, 2017, “IVAI y los robos de identidad”, *Periódico Veraz*, 31 de octubre, disponible en: <https://periodicoveraz.com/ivai-los-robos-identidad/>.
- INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 2007, *Reforma al artículo 6o. constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*, México, IFAI, disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/ModificacionArt6.pdf>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 2018, *Informe de labores 2018*, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/feb/Inai-20190226.pdf>.
- MERINO, Mauricio, 2008, “La transparencia como política pública”, en ACKERMAN, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*, México, Siglo XXI Editores.

RETOS DE LA INCLUSIÓN DEL NOMBRE DEL SOLICITANTE EN LOS REQUISITOS...

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2018, “México, el país con más periodistas asesinados en los dos últimos años”, *Noticias ONU*, 2 de noviembre, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/11/1444752>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, CIENCIA Y CULTURA, 2019, “Seguridad de periodistas”, disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/seguridad-de-periodistas/>.

99

PESCHARD, Jacqueline, 2017, *Grandes problemas. Transparencia: promesas y desafíos*, México, México, El Colegio de México-UNAM.

PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, 2005, “El principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la Constitución vigente”, *Provincia*, núm. especial, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/555/55509914.pdf>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2014, *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <https://dle.rae.es/>.

REMOLINA ANGARITA, Nelson, 2018, en SOLANGE MAQUEO, María (coord.), *La Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*, México, INAI.

RIANDE JUÁREZ, Noé Adolfo, 2013, “El derecho a la autodeterminación informativa”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, año V, núm. 13, disponible en: <http://cesmdfa.tjfa.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/elderechoalaaautodeterminacion.pdf>.

TRAPAGA REYES, Jesús, 2007, “Elementos estructurales del derecho de petición”, en COMITÉ DE INFORMACIÓN, GESTORÍA Y QUEJAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, *El derecho de petición en México*, Foro llevado a cabo en la Cámara de Diputados, Ciudad de México, abril, disponible en: <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/89866/260298/file/PONENCIA%20DEL%20MAESTRO%20JESUS%20TRAPAGA%20REYES%20FORO%20EL%20DERECHO%20DE%20PETICION%20EN%20MEXICO.pdf>.

Marco jurídico

A. Internacionales

Caso C-58/08, 2010, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=>

EDUARDO LIMA ESTRADA

79665&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c
id=8218814.

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.

100 COMISIÓN EUROPEA, 2018, “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, disponible en: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?doc_id=49826.

● COMISIÓN EUROPEA, 2016, “Opinion 02/2016 on the publication of Personal Data for Transparency purposes in the Public Sector”, disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2016/wp239_en.pdf.

● COMISIÓN EUROPEA, 2010, “Dictamen 3/2010 sobre el principio de responsabilidad”, disponible en: <https://sontusdatos.org/wp-content/uploads/2013/04/ce-dictamen-3-2010-principio-de-responsabilidad.pdf>.

B. Leyes

SENADO DE LA REPÚBLICA, 2014, “Iniciativa de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/cogati/eventos/docs/Iniciativa_LGTAIP.pdf.

C. Jurisprudencia

Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2017, t. I.

Tesis 1a./J. 86/2017(10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2017, t. I.

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

Tesis aislada (administrativa), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, julio-diciembre de 1990, t. VI, segunda parte-1 (emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, número de registro: 224476).

Tesis aislada (común), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vols. 103-108, sexta parte (emitida por el Primer Tribunal

Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, número de registro: 252818).

D. Sentencias

Amparo en Revisión 467/2017, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=215782>.

101

E. Recursos de revisión

2462/05 (Comisión Nacional del Agua), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2005/&a=2462.pdf>.

1863/05 (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2005/&a=1863.pdf>.

3737/11 (Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2011/&a=3737.pdf>.

RDA 5930/15 (Comisión Nacional del Agua), IFAI, disponible en: http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/sesiones_publicas/doctos/2015/&a=RDA%205930.pdf.

RDA 4856/15 (Servicio de Administración Tributaria), IFAI, disponible en: http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/sesiones_publicas/doctos/2015/&a=RDA%204856.pdf.

RDA 3315/15 (Comisión Nacional Bancaria y de Valores), IFAI, disponible en: http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/sesiones_publicas/doctos/2015/&a=RDA%203315.pdf.

RDA 2210/15 (Secretaría de la Defensa Nacional), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%202210.pdf>.

RDA 0376/15 (Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S. A. de C. V.), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%20376.pdf>.

RDA 0375/15 (Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S.A. de C.V.), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=../pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%20375.pdf>.

EDUARDO LIMA ESTRADA

RDA 0362/15 (Secretaría de Educación Pública), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=./pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%20362.pdf>.

RDA 0082/15 (Hospital Regional de Alta Especialidad Ciudad Victoria “Bicentenario 2010”), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=./pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%2082.pdf>.

102 RDA 0019/15 (Administración Portuaria Integral de Manzanillo, S. A. de C. V.), IFAI, disponible en: <http://consultas.ifai.org.mx/descargar.php?r=./pdf/resoluciones/2015/&a=RDA%2019.pdf>.

● 165/CDHP-07/2019 (Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla), ITAIPUE, disponible en: <https://itaipue.org.mx/transparencia/documentos/recursos/2019/20190165R.pdf>.

○
● IVAI-REV/1108/2016/III, Instituto Veracruzano de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, 2016, disponible en: <http://www.ivai.org.mx/resoluciones/2016/IVAI-REV-1108-2016-III.pdf>.

COMENTARIOS JURÍDICOS



PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CREDENCIAL
PARA VOTAR, A EXAMEN DE LA INFORMACIÓN
PÚBLICA. DERECHO A LA PRIVACIDAD VS. PRINCIPIOS
RECTORES DE LA FUNCIÓN ELECTORAL
*PROTECTION OF PERSONAL DATA ON ELECTORAL ID,
EXAMINING PUBLIC INFORMATION. RIGHT TO PRIVACY
VS. GUIDING PRINCIPLES OF THE ELECTORAL FUNCTION*

● ○ ●

*Víctor Hugo SERRANO MORALES**

RESUMEN. Este texto tiene por objeto analizar el precedente SUP-RAP-37/2013, además de incidir en la difusión del derecho a la autodeterminación informativa en la credencial para votar (en adelante CPV). Este derecho tiene su génesis en una decisión jurisdiccional de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante SS del TEPJF), resolución que desechó el acuerdo CG/732/2012 presentado por el entonces Instituto Federal Electoral (IFE). La decisión jurisdiccional obligó a la autoridad electoral administrativa a realizar un método de ponderación mediante un *balancing test*, entre el “derecho a la privacidad del individuo *versus* los principios rectores de la función electoral”. El texto se divide en cuatro momentos: contextualización del caso concreto, análisis de datos cuantitativos, ejercicio social y una conclusión.

PALABRAS CLAVE. Autodeterminación informativa, credencial para votar, ponderación, progresividad, maximización.

* Licenciado en derecho por la Universidad del Valle de México. Practicante judicial en el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), Juzgado Noveno de Distrito de Procesos Penales Federales en Ciudad de México; *moralesh_990@hotmail.com*.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2019.

Fecha de dictamen: 28 de octubre de 2019.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

106

ABSTRACT. *The objective of this text is to analyze the SUP-RAP-37/201-3 precedent, as well as having an influence on the promotion of the right to informative self-determination on the electoral ID. This right has its origins in the Superior Chamber of the Electoral Judicial Court resolution which rejected the agreement CG/732/2012 presented by the Federal Electoral Institute (IFE). Such decision forced the administrative electoral authority to perform the weighing method through a balancing test between the “right to privacy of the individual versus the guiding principles of the electoral function”. The text is divided into four stages: contextualization of the concrete case, analysis of quantitative data, social exercise, and conclusion.*

KEYWORDS. *Informative self-determination, electoral ID, weighing, progressivity, maximization.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como fin principal difundir el derecho a la autodeterminación informativa y buscar que el lector sea un multiplicador activo de esta prerrogativa. Tiene como primer momento la contextualización de lo ocurrido el 29 de mayo de 2013, cuando la SS del TEPJF resolvió el recurso de apelación SUP-RAP-37/2013, siendo el actor del recurso el Partido Acción Nacional (PAN). Dicha sentencia es actualmente relevante por las siguientes cuestiones: *a*) por el tema de la protección de datos personales (autodeterminación informativa), y *b*) por los principios rectores de la función electoral como parte de la maquinaria del derecho positivo en derecho electoral.

En un segundo momento se analiza el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa por parte de las y los ciudadanos. La investigación se sustenta con los datos obtenidos de la autoridad administrativa en materia electoral mediante proveído del 30 de julio de 2018, ministrados por el secretario técnico normativo en su carácter de enlace de transparencia.

De este cúmulo de datos se obtienen hallazgos que permiten tener una visión objetiva del grado activo en el ejercicio de la prerrogativa ahora en estudio. Para tener una mejor interpretación del caso concreto se proponen un par de gráficas, teniendo como primera variante la siguiente pre-

gunta: ¿cuántas CPV se han expedido con datos visibles?, y como segunda variante: ¿cuántas CPV se han expedido con los datos no visibles?

Para un tercer momento, se propone un ejercicio social a manera de encuesta pública creada para obtener información cuantitativa, intitulada: “Derecho a la autodeterminación informativa, obligación de consultar de forma expresa y por escrito sobre la incorporación de los datos de calle, número exterior y número interior del domicilio de las y los ciudadanos. Protección de datos personales en credencial para votar”. La encuesta se realizó con el programa *Survey Monkey* versión *basic*, y se distribuyó a través de redes sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn, así como un código QR que podría escanearse con un teléfono inteligente y ayudar en este trabajo de investigación cuantitativa, destacando que con la ayuda de la participación ciudadana se lograron las primeras 100 respuestas.

107



En un cuarto momento se muestra (anexo 2) el instrumento conocido como “Solicitud individual de inscripción o actualización al padrón electoral y recibo de la credencial”, que es el medio por el cual la autoridad electoral administrativa realiza la consulta verbal y por escrito a las y los ciudadanos al momento de realizar su trámite de registro ante las diferentes juntas locales del Instituto Nacional Electoral (INE) de su localidad.

Por último, se verterán algunas conclusiones y se realizará una crítica propositiva en favor de una maximización efectiva del derecho estudiado, haciendo énfasis en el principio de maximización como mandato de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas de los derechos político-electorales. Se destaca el uso de las acciones justiciables como medio de defensa del derecho a la autodeterminación informativa, ya que permite el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (en adelante JDC) y el litigio estratégico.

II. RESOLUCIÓN EN CUESTIÓN SUP-RAP-37/2018

Contextualización del caso concreto

El 21 de noviembre de 2012, el Consejo General del IFE (CG del IFE) aprobó mediante proveído identificado como CG732/2012 por el cual se modificaba en ese momento el modelo de la CPV que la Dirección Ejecutiva del Registro de Electores (DERFE) expide a las y los ciudadanos. Posteriormente, el 21 de noviembre siguiente, el CG del IFE aprobó el proveído identificado como CG733/2012, por el cual se instruyó a la DERFE

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

a realizar un estudio técnico y jurídico sobre la viabilidad de la inclusión, o no, de la calle, número interior y exterior, de manera impresa en el cuerpo de la CPV, de acuerdo con el considerando tercero de la resolución, el cual termina así: "...no resulta conveniente codificar o cifrar la calle, número exterior e interior de los ciudadanos en la credencial para votar".

108 Este texto se citó en el proveído impugnado y se hizo valer en el escrito de demanda a manera de motivación como concepto de agravio. Posteriormente, en la sesión extraordinaria del 22 de febrero de 2013, la Comisión del Registro Federal de Electores (CRFE) aprobó someter a la consideración del CG del IFE el proyecto de acuerdo por el cual se aprobaba mantener visible los datos personales, de calle, número exterior y número interior del domicilio de las y los ciudadanos en su CPV. Fue así como el 27 de febrero de 2013, el CG del IFE aprobó, mediante el proveído identificado como CG84/2013, mantener visible los datos personales del domicilio de las y los ciudadanos en su CPV.

Este hecho motivó que el PAN impugnara el multicitado proveído el 5 de marzo de 2013. Posteriormente, el 11 de marzo siguiente, el Partido la Revolución Democrática (PRD) se apersona como tercero interesado; es decir, que el PRD tenía como pretensión esencial que el acto o resolución impugnado por el PAN subsistiera tal como lo había decidido el CG del IFE.

Posteriormente, el 29 de mayo de 2013, la SS del TEPJF resolvió el recurso de apelación promovido por el PAN en contra del acuerdo identificado como CG84/2013. La SS del TEPJF estimó conducente revocar el proveído del CG del IFE, para que en plenitud de sus atribuciones determinara de manera fundada y motivada (luego de llevar a cabo un ejercicio de ponderación) si en el nuevo modelo que se proponía para la CPV se deberían mantener visibles los datos del domicilio completo de las y los ciudadanos o, en su caso, era factible encriptarlos o codificarlos.

Es así como el 18 de octubre de 2013 la DERFE exhibió a la CRFE proveído mediante estudio realizado sobre la incorporación de los datos del domicilio en CPV, teniendo como pretensión principal proponer elementos de análisis para el cumplimiento de la sentencia de la SS del TEPJF en el recurso de apelación identificado como SUP-RAP-37/2013. El 23 de octubre siguiente, el CG del IFE aprobó modificar el acuerdo impugnado a fin de que a partir de ese momento se empezara a consultar de forma expresa y por escrito a las y los ciudadanos sobre la incorporación visible de su información personal correspondiente a la calle, número exterior y número interior de su domicilio en el anverso de su CPV, y que en todos los

casos, esos datos se incluyan de forma cifrada en el anverso de la misma CPV, en acatamiento a lo ordenado por el TEPJF.

A continuación se cita el derecho a la protección de datos personales, que puede leerse en el artículo 16, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM):

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

109

Y para mayor abundamiento en materia electoral, pueden leerse a continuación los criterios del TEPJF: “La credencial para votar con fotografía es, esencialmente, el documento oficial necesario para ejercer el derecho al voto el cual, además y en forma accesoria, sirve como medio de identificación oficial (Jurisprudencia XV/2011).”

III. JUECES Y POLÍTICA

Se destaca la importancia de la democracia en la justicia abierta como modelo de gobernanza en la participación y gestión de los integrantes del TEPJF, que con sus decisiones buscan aumentar la confianza en los tribunales en materia electoral y, consecuentemente, acercar a los ciudadanos de a pie a que conozcan sus decisiones jurisdiccionales.

La magistrada Janine M. Otálora Malassis reflexionó sobre la función judicial en materia electoral, afirmando que ésta tiene un sentido público; es decir, la administración de la justicia tiene un enfoque cada vez más cercano a los comportamientos sociales que a las normas destinadas a disciplinarlos, lo que convierte a los jueces constitucionales en actores político-sociales. De acuerdo con la magistrada, “la ley se utiliza cada vez más no solo para disciplinar comportamientos, sino también para adelantar y guiar el desarrollo social y económico” (citada en Gama y Soriano, 2017).

Por otra parte, del *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* se destaca que “las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esta generalidad contrae profundas implicaciones, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles, los otros suelen quedar cuestionados

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

110 porque convierte a la sentencia en un formato legislativo” (Ferrer *et al.*, 2014: 646). Un importante papel de las obligaciones *erga omnes* en el Estado constitucional es la internacionalización de los derechos fundamentales. La protección y defensa de los derechos humanos dejan de ser actos de competencia exclusiva de los Estados y se transforman en obligaciones *erga omnes* de éstos frente a la comunidad internacional, de forma que en esta materia los Estados están vinculados por normas imperativas del derecho internacional, cuya violación origina una verdadera responsabilidad internacional (González, 2011: 27).

● Pero ¿qué es la justicia abierta? De acuerdo con lo expuesto por los magistrados Felipe de la Mata Pizaña y Reyes Rodríguez Mondragón,

○ Como parte del movimiento de Gobierno abierto, esto implica justamente que el ciudadano se sienta además cómodo, atendido, que sea parte de la institución. Claro, es el que manda, eso debe quedarnos claro a los funcionarios públicos y en ese sentido, debe ser casa de cristal, vamos a decirlo, de bolsillo de cristal pasamos a casa de cristal. Siéntanse en casa, esa es la idea justamente del Gobierno Abierto (De la Mata y Rodríguez, 2018).

No pasa inadvertido recordar que en el Estado mexicano el Poder Judicial de la Federación (PJF) se deposita en una Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en tribunales colegiados y unitarios de circuito y en juzgados de distrito. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 94 de la CPEUM. En materia de protección de datos personales, estos órganos jurisdiccionales tienen la calidad de garantes, ya que después de la reforma constitucional al artículo 16 de la CPEUM (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de julio de 2007), se da inicio a la regulación de los datos personales en posesión de particulares, creándose así el proceso de acceso de rectificación, cancelación y oposición de datos personales, prerrogativas también conocidas como derechos ARCO. En este sentido, es verdaderamente importante que las y los ciudadanos comprendan la importancia de los datos personales y conozcan cómo protegerlos, especialmente durante el ejercicio activo del derecho a la autodeterminación informativa en la CPV, cuyo fin *prima facie* es la seguridad nacional *lato sensu*.

Ante este contexto, se puede afirmar que las fronteras acerca de lo que la justicia puede o no puede hacer frente a la política pública se están moviendo. Cada día se amplían más las atribuciones del PJF para actuar como árbitro entre el poder político y la ciudadanía, mediante resoluciones jurisdiccionales como medio de control de las decisiones políticas,

de manera que sean éstas cada vez más compatibles con la CPEUM. La politización de la justicia hace referencia al proceso del Poder Judicial sobre el espacio de las políticas públicas, avances que se manifiestan en: *a)* un aumento de los temas sobre los que la política no puede decidir; *b)* la facultad de revisión de las normas secundarias a través del control de constitucionalidad y convencionalidad; *c)* inaplicación de leyes ejerciendo el control difuso, y *d)* legitimidad para la resolución de conflictos político-electorales, por sólo enmarcar los más relevantes para el caso mexicano.

111

IV. APLICACIÓN DE LA LEY DE PONDERACIÓN O *BALANCING TEST* PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

¿Qué es un test de proporcionalidad? De acuerdo con Zarig, “un test no es otra cosa que la construcción de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list* (Zarig, citado en Vázquez, 2016: 29). Por otra parte, el ministro en retiro, José Ramón Cossío, menciona que “La ponderación se entiende sencillamente como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso” (Amparo Directo 28/2010).

Retomando la decisión jurisdiccional ahora en estudio, se estimó que el CG del IFE emitiera un nuevo acuerdo y determinara, en plenitud de atribuciones, de manera fundada y motivada, llevar a cabo un ejercicio de ponderación. Éste consiste en que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1993: 160); para el caso en estudio versa sobre el nuevo modelo que se proponía para la CPV, donde se pretendía: *a)* mantener los datos visibles del domicilio completo del elector o, en su caso, *b)* su posible encriptación o codificación.

En este caso el ejercicio de ponderación corrió a cargo del CG del IFE. Para resolver el conflicto, por un lado, colocó el derecho a la privacidad del individuo (principio en estricto derecho), y por el otro lado, los principios rectores de la función electoral (regla secundaria), que de acuerdo con González, “la conexión entre ambos tipos de normas (reglas y principios) se da en un doble sentido: las primeras son configuradas y delimitadas por los principios, y los segundos son extraídos de las mismas reglas para adquirir relevancia” (2011: 9). En un Estado constitucional, el ordenamiento jurídico se encuentra fuertemente irradiado por los principios constitucionales,

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

de modo que la propia Constitución exige vinculaciones entre principios y reglas, donde las segundas deben tener excepciones que los principios transluce para alcanzar soluciones justas.

Después de haber realizado el ejercicio de ponderación ordenado en la sentencia jurisdiccional, el 21 de noviembre de 2012 el CG del IFE aprobó, mediante el proveído identificado como CG732/20129, modificar el modelo de la CPV que la DERFE expide a las y los ciudadanos. En el considerando ocho del referido proveído se puede leer lo siguiente:

- -
 -
- Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Finalmente, en el considerando cuarenta y cuatro el estudio señala que no existía impedimento legal o técnico para que los datos personales de la dirección de las y los ciudadanos se incorporarán de manera cifrada en la CPV. Es decir, que la visibilidad y legibilidad de estos datos en la credencial no era necesaria para ninguna de las dos funciones legales que se atribuyen a la CPV: sufragar e identificarse.

Cabe hacer mención que el 5 de noviembre de 2013, el proveído identificado como CG293/20129, que en su texto protegía los datos personales de las y los ciudadanos, fue impugnado por parte del PRD y el Partido del Trabajo (PT), aduciendo falta de motivación y violación de normas constitucionales y legales. Éste se resolvió de forma definitiva el 23 de enero de 2014, al declarar la SS del TEPJF infundados e inoperantes los agravios hechos valer por ambos partidos políticos, confirmándose así el proveído CG292/2013 y su diverso CG293/2013, ambos del CG del IFE.

Cabe destacar que el procedimiento de consultar al ciudadano, cuando tramita su CPV, si desea que su domicilio figure en forma visible o encriptada en el anverso de su CPV, se puso en marcha desde principios de 2014.

V. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CREDENCIAL PARA VOTAR A LA LUZ DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En esta parte del trabajo se interpreta la información pública proporcionada por la autoridad administrativa electoral, IFE. Los datos cuantitativos per-

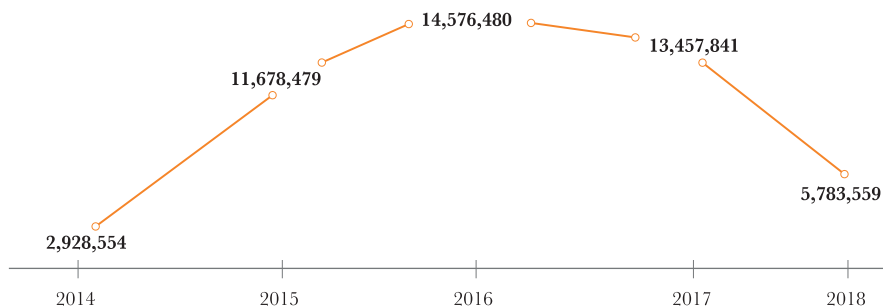
miten tener como margen de inicio la anualidad en que se expide el primer documento con los datos protegidos (en 2014). Las variantes propuestas son, por un lado, el número de CPV con datos visibles, y por otro lado, el número de CPV con datos no visibles. El trabajo se limita a 2018, tal como se muestra en la siguiente tabla.

Año	Domicilio visible		Total
	Sí	No	
2014	2,928,554	168,085	3,096,639
2015	11,678,479	566,484	12,244,963
2016	14,576,480	561,827	15,138,307
2017	13,457,841	523,583	13,981,424
2018	5,783,559	267,250	6,050,809
Total	48,424,913	2,087,229	50,512,142

FUENTE: datos obtenidos de la información pública proporcionada por la DERFE.

Los resultados de la variante 1, “¿Cuántas CPV se han expedido con datos visibles?”, y la variante 2, “¿Cuántas CPV se han expedido con los datos no visibles?” se exponen a continuación. Estas dos cuestiones se responden de los hallazgos encontrados de los trámites registrales realizados por anualidad en las treinta y dos entidades federativas.

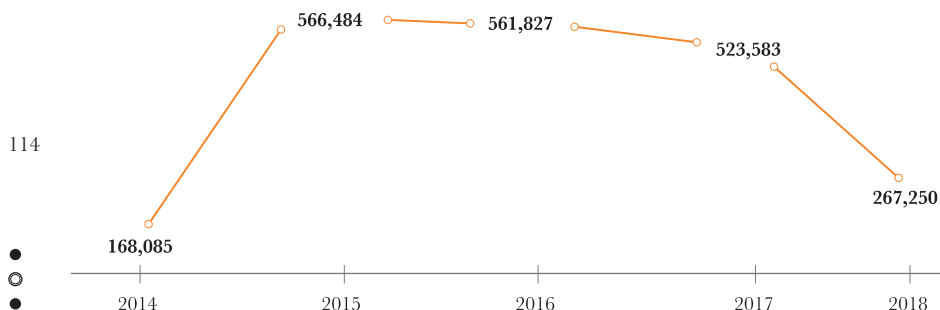
GRÁFICA 1. ¿CUÁNTAS CPV SE HAN EXPEDIDO CON DATOS VISIBLES?



FUENTE: elaboración propia con base en datos proporcionados por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores.

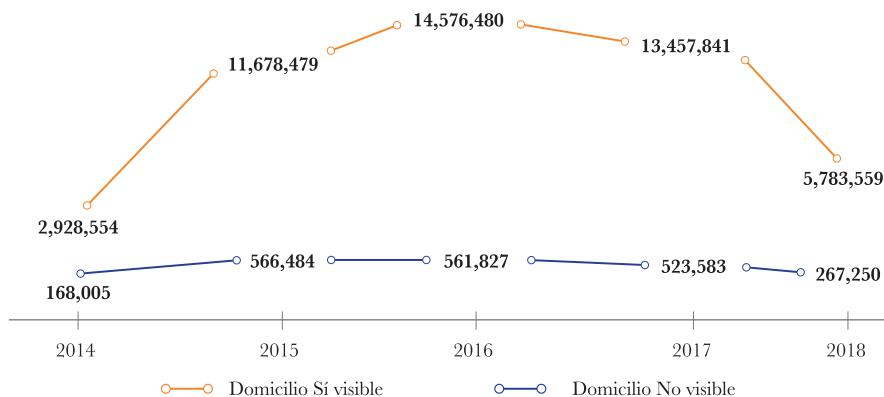
VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

GRÁFICA 2. ¿CUÁNTAS CPV SE HAN EXPEDIDO CON LOS DATOS NO VISIBLES?



FUENTE: elaboración propia con base en datos proporcionados por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores.

GRÁFICA 3. COMPARATIVO ENTRE LAS VARIANTES 1 Y 2



FUENTE: elaboración propia con base en datos proporcionados por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores.

Hallazgos

Se parte de un conjunto de datos que seguramente son preocupantes, pero sobre todo deben de ocuparnos de las cuestiones propuestas. Para cada variante se obtienen cantidades por anualidad, y para una mejor lectura de éstos se graficaron las cantidades encontradas, identificando cada uno mediante los números 1 y 2. Para matizar estos hallazgos se propone

la gráfica señalada con el número 3, a manera de lograr un comparativo entre ambas variantes. Se constata con esta acción la tendencia entre cada hallazgo: variante 1, “¿Cuántas CPV se han expedido con datos visibles?”, 48,424,913, y variante 2, “¿Cuántas CPV se han expedido con los datos no visibles?”, 2,187,229.

Con los resultados se proponen las siguientes preguntas que podrían resultar interesantes para los lectores: ¿por qué no imaginar las tendencias entre cada variante de un cincuenta por ciento entre cada una de éstas?, ¿sería que en este supuesto de un cincuenta por ciento entre cada variante se lograrían cambios que impacten en la sociedad?, y si hubiera cambios, ¿éstos pudieran impactar en materia de seguridad personal y nacional?, ¿son las instituciones financieras o crediticias quienes más requieren que la CPV tenga visible la dirección de los ciudadanos?, ¿las personas jurídicas violan derechos humanos al solicitar la CPV con datos personales visibles como requisito para realizar algún trámite?, ¿la práctica incorrecta de utilizar la CPV como comprobante de domicilio es una costumbre entre los ciudadanos?, ¿el acto de solicitar la CPV como comprobante de domicilio viola derechos humanos?, ¿se transgrede la esfera jurídica del ciudadano al negar un servicio público o privado por no tener el domicilio visible en la CPV?

115



Al ser la protección de los datos personales en la CPV un tema medular, estas cuestiones son de respuesta individual y colectiva; por lo tanto, de ser el caso, se invita cada uno a realizar un trabajo de introspección.

VI. PRINCIPIOS EN ESTRICTO DERECHO. DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE GARANTÍA

Vázquez menciona que la principal función de la argumentación a partir de los principios es conformar la pretensión de justicia y verdad en la resolución del caso con ayuda de herramientas que establecen parámetros y límites de la interpretación del derecho (Vázquez, 2016: 5). Herramientas como el principio *pro homine*, los *test* de razonabilidad y proporcionalidad, abren camino a una progresividad y maximización de los derechos humanos, sin olvidar que el campo de la profesionalización, la investigación y defensa estratégica de los derechos humanos son también una herramienta poderosa con la que cuentan los grupos sociales organizados para lograr cambios con impacto en las normas y políticas públicas.

Respecto a la obligación de garantizar en el caso concreto, se retoman dos categorías propuestas por Sandra Serrano y Daniel Vázquez (2011: 241):

- 1) Creación de la maquinaria institucional:¹ en esta parte se materializa el trabajo del Poder Legislativo en una positivación del derecho en una ley secundaria en materia electoral como parte del catálogo de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) en su artículo 156, que a la letra versa: “con relación a su domicilio, los ciudadanos podrán optar entre solicitar que aparezca visible en el formato de su credencial para votar o de manera oculta, conforme a los mecanismos que determine el CG”.
- 2) En este punto se invoca la obligación que recae en el Estado, que para el caso concreto es obligación de la autoridad administrativa electoral (el hoy Instituto Nacional Electoral, antes IFE) por conducto de sus juntas locales, para que éstas, a su vez, asuman su obligación al numeral anterior, utilizando su poderío institucional que deberá ser cumplimentado estrictamente acorde con el principio de maximización al derecho de autodeterminación informativa en la CPV, mediante una constante difusión, promoción y capacitación de las y los servidores públicos de las juntas locales que son el primer contacto con el ciudadano que solicita su CPV. Garantizar es la obligación que no sólo tiene el objetivo de mantener el disfrute del derecho, sino también el de mejorarlo y restituirlo en caso de violación (Serrano y Vázquez, 2011: 241).

<i>Obligaciones generales</i>	<i>Principios de aplicaciones</i>	<i>Elementos institucionales</i>	<i>Deberes</i>
Respetar	Contenidos	Disponibilidad	Verdad-investigación
Proteger	Progresividad	Accesibilidad	Sanción
Garantizar	Prohibición de regresión	Calidad	Reparación
Promover	Máximo uso de recursos disponibles	Aceptabilidad	

FUENTE: Serrano y Vázquez, 2011: 240.

En este sentido, la obligación de garantizar no sólo tiene el objetivo de mantener el disfrute de los derechos, sino también el de mejorarlos de manera progresiva, maximizando y restituyendo en caso de graves violaciones. Por ello, en materia electoral, una de las figuras jurídicas para defender los

¹ La creación de mecanismos de exigibilidad es transversal y se aplica a todos los tipos de obligaciones.

derechos político-electorales corresponde al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (en adelante JDC),² medio de defensa que se puede ejercer mediante acción litigiosa que se promueve ante las juntas distritales de las entidades federativas, que en términos del artículo 62.1 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) se sabe que “las juntas locales ejecutivas son órganos permanentes que se integran por: el Vocal Ejecutivo y los vocales de Organización Electoral, del Registro Federal de Electores, de Capacitación Electoral y Educación Cívica y el vocal secretario”.

117

Las y los ciudadanos pueden exigir la protección de sus derechos político-electorales mediante el JDC. El Estado mexicano ha considerado que “el recurso efectivo para proteger derechos políticos en México es el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano” y argumentó sobre su “efectividad, sencillez, accesibilidad y rapidez” (*Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). Dicho JDC tiene como principal pretensión restituir a los ciudadanos el uso y goce de sus derechos a través de su protección legal y constitucional; su fundamento se encuentra en los artículos 41, base VI, y 99, párrafo cuarto, fracción V, de la CPEUM, así como en los artículos 79 a 85 de la LGIPEE.

Es así como la obligación de garantizar implica

...el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental (maquinaria legal con fines de mejorar el derecho) 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 (Corte IDH, citada en Serrano y Vázquez, 2011: 241).

VII. PARTICIPACIÓN SOCIAL

Con la creatividad puede encontrarse la manera de enriquecer las labores de investigación y defensa estratégica de los derechos humanos y fundamentales, aprovechando en todo momento el potencial de las TIC, que con su alto poder informativo permiten a la sociedad hacer las sugerencias que se consideren convenientes; por ejemplo, mediante acciones ciudadanas, como el litigio estratégico (también conocido como litigio de impacto). Por

² Véase el instrumento en el anexo 1.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

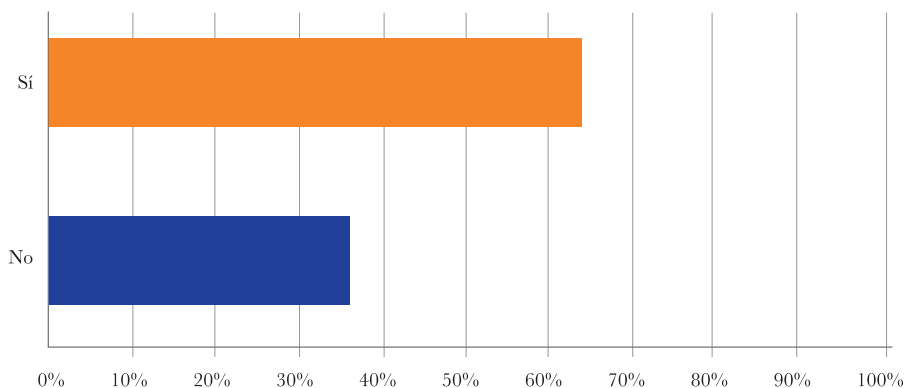
esta vía se pueden lograr mejoras en la impartición de justicia en materia de derechos humanos, derechos civiles, derechos político-electorales, derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos de una sociedad sedienta de justicia ante violaciones graves. Esto no significa que toda violación de derechos humanos y fundamentales pueda o deba ser tratada a través del litigio estratégico.

118 Es así como se propuso un ejercicio de participación ciudadana mediante una encuesta —la cual fue publicada y distribuida en redes sociales para su respuesta— intitulada: “Derecho a la autodeterminación informativa, obligación de consultar de forma expresa y por escrito sobre la incorporación de los datos de calle, número exterior y número interior del domicilio de las y los ciudadanos. Protección de datos personales en credencial para votar”.

Enseguida se dará cuenta de las primeras cien respuestas alcanzadas. Cabe mencionar que la encuesta permanecerá abierta con fines de continuar este trabajo de investigación cuantitativa, cuya pretensión primordial es seguir obteniendo datos del derecho en escrutinio. Al final de la exposición se comparte el código QR para que el lector pueda responder el ejercicio social propuesto.

GRÁFICA 4. CUANDO HAS ACUDIDO A TRAMITAR TU CREDENCIAL PARA VOTAR, ¿TE HAN DADO A ELEGIR SI DESEAS QUE APAREZCAN TUS DATOS PERSONALES?

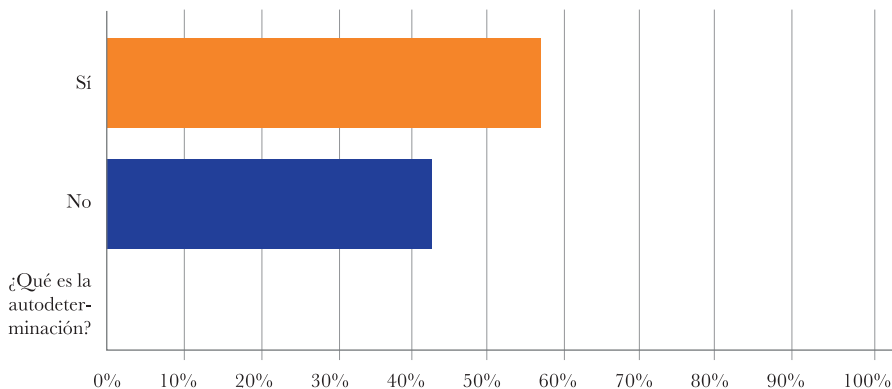
Respondieron: 99 No respondieron: 03



FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

GRÁFICA 5. ¿SABES QUÉ ES EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE DATOS PERSONALES EN TU CREDENCIAL PARA VOTAR?

Respondieron: 99 No respondieron: 03

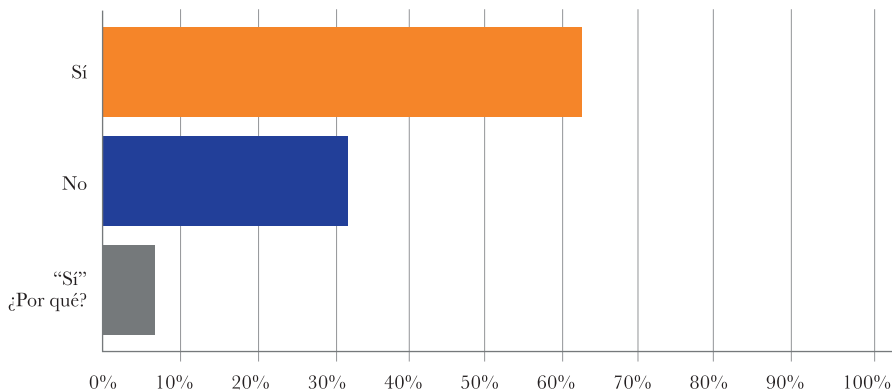


119

FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

GRÁFICA 6. SI EN ESTE MOMENTO TE OFRECIERAN OCULTAR TUS DATOS PERSONALES EN TU CREDENCIAL PARA VOTAR, ¿LO HARÍAS?

Respondieron: 97 No respondieron: 05

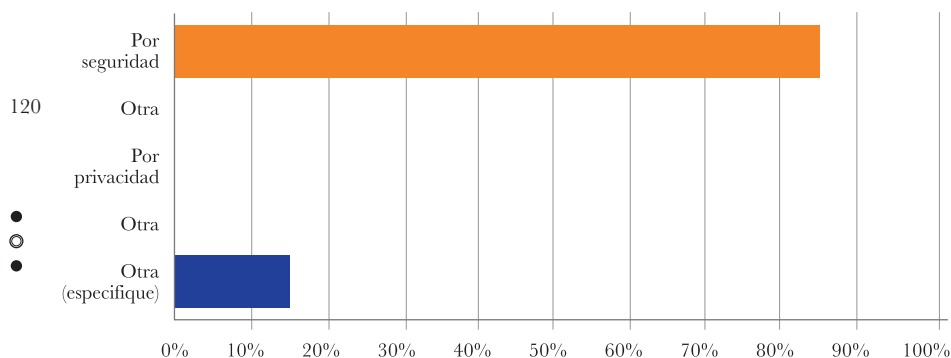


FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

GRÁFICA 7. SI DECIDISTE OCULTAR TUS DATOS, ¿CUÁL FUE EL MOTIVO GENERAL PARA HACERLO?

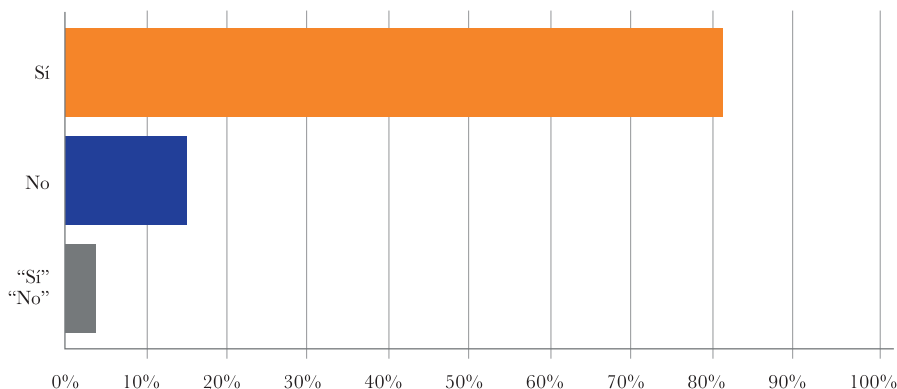
Respondieron: 94 No respondieron: 08



FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

GRÁFICA 9. EL PODER OCULTAR TUS DATOS PERSONALES EN LA CREDENCIAL PARA VOTAR FORMA PARTE DEL “DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DE LAS PERSONAS”, QUE ES JUSTAMENTE EL PODER ELEGIR PROTEGERLOS O NO; EN MATERIA ELECTORAL HA SIDO ADOPTADA POR EL TEPJF DESDE 2013. SI EN ESTE MOMENTO TE VOLVIERAN A PREGUNTAR SI DESEAS OCULTAR TUS DATOS PERSONALES DE LA CREDENCIAL, ¿QUÉ RESPONDERÍAS?

Respondieron: 100 No respondieron: 02

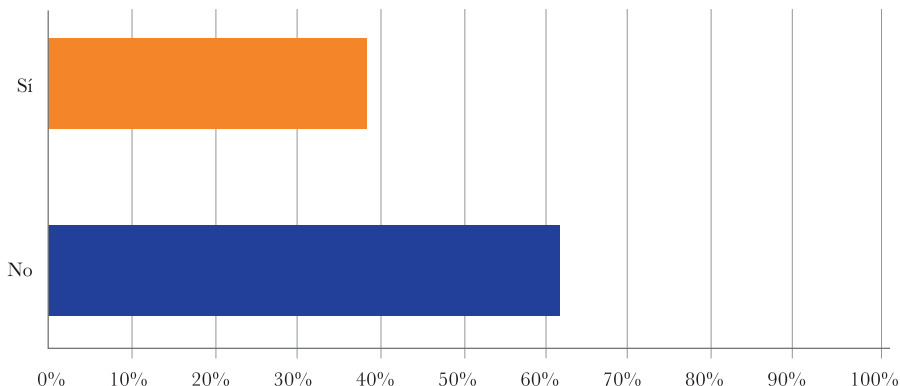


FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CREDENCIAL PARA VOTAR, A EXAMEN...

GRÁFICA 10. ¿EN EL INSTITUTO ELECTORAL DE TU COMUNIDAD EXISTE LA DIFUSIÓN DE ESTE DERECHO?

Respondieron: 73 No respondieron: 29



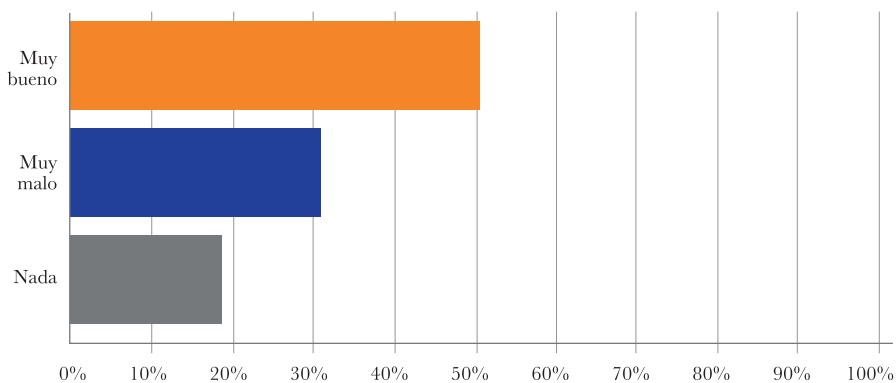
121



FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

GRÁFICA 11. ¿CÓMO CONSIDERAS LA DIFUSIÓN DE ESTE DERECHO EN TU LOCALIDAD?

Respondieron: 73 No respondieron: 29

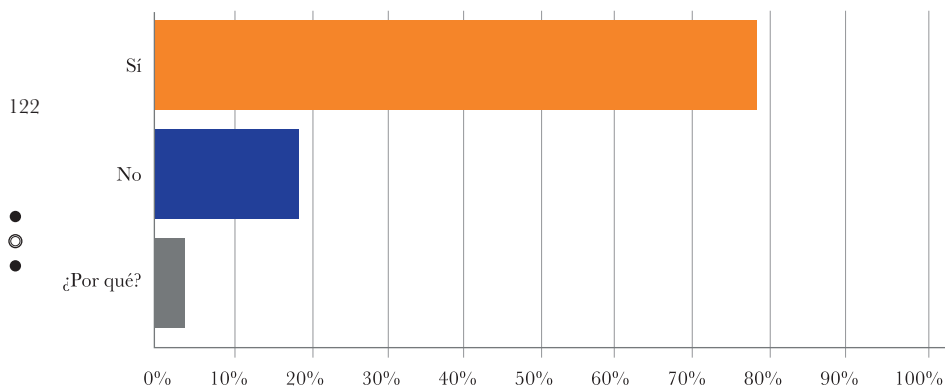


FUENTE: elaboración propia con datos de la encuesta.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

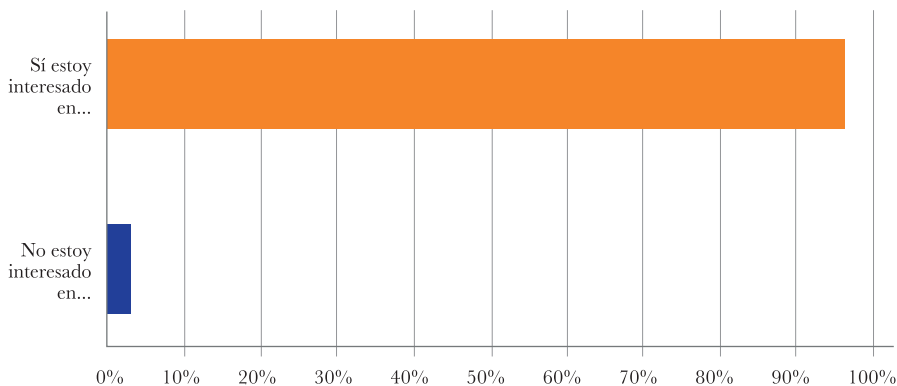
GRÁFICA 12. ¿CONSIDERAS PRÁCTICO EL OCULTAR TU INFORMACIÓN EN DOCUMENTOS PERSONALES?

Respondieron: 73 No respondieron: 29



GRÁFICA 13. PARA MÁS INFORMACIÓN, ¿TE INTERESARÍA CONOCER LA RESOLUCIÓN SUP-RAP-37/2013 DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN?

Respondieron: 60 No respondieron: 42



IMAGEN



Escanea el código QR y contesta

123



De los datos aquí hallados puede saberse que el derecho a la autodeterminación informativa no se encuentra en una maximización deseada, y su nivel de difusión es mínima en relación a que es un derecho fundamental positivo en el derecho electoral. La maquinaria debe activar sus engranes como principio de mandato de optimización; el punto más importante, sin duda, es la encriptación de datos personales por motivos de seguridad.

VIII. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN CREDENCIAL PARA VOTAR

El derecho a la autodeterminación informativa se refiere a la prerrogativa que las y los ciudadanos tienen ante cualquier ente público o privado de que no se inmiscuyan, sin autorización expresa de ellas y ellos o por mandato de ley y/o jurisdiccional, en los aspectos de su entorno privado, para conocerlos, conservarlos, procesarlos, y/o transmitirlos, independientemente de que dicha acción le pueda causar o no alguna molestia (Ferreira, 2016: 72).

Desde su creación, la CPV se consolidó como un instrumento para ejercer el derecho al sufragio, y por costumbre, como medio de identificación en la realización de trámites administrativos. Es un documento oficial con una vigencia de diez años; es decir, es un instrumento necesario en la vida política de las y los ciudadanos, ya sea de forma activa o pasiva en materia de derechos político-electorales (Jurisprudencia XV/2011).

Para poder ejercer este derecho, las personas necesitan la calidad jurídica de ciudadano, mandato normado por la CPEUM en sus artículos 34 y 36, fracción I. En este sentido, el efecto coercitivo de la máxima ley

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

124 obliga a las personas a inscribirse en la DERFE, y, en su caso, informar a éste de su cambio de domicilio dentro de los treinta días siguientes a que ello ocurra, tal como lo marca la LGIPE en su artículo 130, primer párrafo. Es así como en la CPV las y los ciudadanos pueden optar entre solicitar que aparezca visible u ocultar la dirección de su domicilio, conforme a los mecanismos que determine el CG del IFE. Esta obligación puede identificarse en el artículo 156, párrafo cuarto, de la LGIPE, garantía que se hace saber mediante el instrumento conocido como “Solicitud individual de inscripción o actualización al padrón electoral y recibo de la credencial”, a través del cual la autoridad electoral administrativa realiza la consulta verbal y por escrito a las y los ciudadanos al momento de realizar su trámite ante el organismo público local electoral (OPLE) de su localidad. Para enriquecer esta parte se muestra el instrumento en el anexo 2.

Puede inferirse que el derecho a la autodeterminación informativa no se ejerce activamente por las y los ciudadanos, lo cual podría interpretarse como una ineficacia al principio de maximización por parte de la autoridad administrativa electoral, ya que de los hallazgos obtenidos ahora se conoce el nivel del ejercicio de este derecho por anualidad. Partiendo del primer documento expedido con los datos personales protegidos de 2014, se identifica también a la autoridad obligada de cumplir con el principio de maximización, aunado a que ahora se conoce el derecho positivo en la materia: la LGIPE, en capítulo el IV, “De la credencial para votar”, artículo 156, párrafo cuarto, regla secundaria creada a partir de la resolución SUP-RAP37/2013.

Es así que puede determinarse que la encargada de difundir y promover el derecho de proteger los datos personales de las y los ciudadanos es el INE (antes IFE) por conducto de las juntas locales y distritales. Ante este caso, una maximización perfecta de los derechos político-electorales se logra al momento en que las y los ciudadanos tienen la facultad plena de ejercer este derecho, sin limitaciones, ni restricciones; para el caso concreto, se identifican dos limitantes que obstaculizan el ejercicio activo a la autodeterminación informativa en la CPV, además de identificar acciones que pudieran maximizar el derecho a la autodeterminación informativa.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CREDENCIAL PARA VOTAR, A EXAMEN...

<i>Limitantes</i>	<i>Acciones de maximización</i>
Desinformación del derecho a la autodeterminación informativa y sus alcances en materia de seguridad nacional. — En las juntas locales y distritales no existe información en este sentido.	Difusión activa del derecho a la autodeterminación informativa en la CPV en: — Radio. — Televisión. — Redes sociales. — Propaganda. — Talleres. — Carteles. — Etcétera.
Falta de capacitación de los servidores públicos en las juntas locales y distritales: — No existe el compromiso de explicar alcances y consecuencias en la protección de datos personales en la CPV.	Capacitación constante a los servidores públicos de las juntas locales y distritales con impacto en: — Mayor conocimiento del derecho fundamental de protección de datos personales en la CPV. — Mayor seguridad de los ciudadanos en la protección de datos personales. — Disminución de delitos en robo de datos personales.

125



FUENTE: elaboración propia.

IX. CONCLUSIÓN

De la decisión de los jueces constitucionales de la SS del TEPJF ahora se sabe que se ordenó a la autoridad administrativa electoral que dentro de sus facultades realizará un ejercicio de proporcionalidad, colocando así: *a)* mantener los datos visibles del domicilio completo del elector, o en su caso *b)* encriptarlos o codificarlos.

<i>Proporcionalidad</i>			<i>Resultado</i>
Mantener los datos visibles del domicilio completo del elector	vs.	Encriptarlos o codificarlos	Derecho fundamental

Como resultado de este ejercicio de ponderación, se crea el derecho fundamental a la autodeterminación informativa en la CPV. Pero esto no termina aquí; este largo trabajo de lucha social realizado mediante la acción interpuesta ante el órgano jurisdiccional de la materia, en el orden ya explicado, deja a la ciudadanía la tarea de poner a trabajar esta máquina jurídica que protege el derecho de protección de datos personales en materia electoral.

126 Lo anterior es así dado que, en el trascurso de los años, se puede observar que los ciudadanos utilizan más su CPV como medio de identificación. Si se parte del hecho de que una elevada proporción de ciudadanos se interesa por obtener su credencial, y una mucho menor proporción la emplean para votar —como lo demuestran los significativos porcentajes de abstencionismo que suele haber en las elecciones—, este punto permite ver una puerta hacia una constante arena de estudio social, jurídico y antropológico para conocer más acerca del nivel activo y pasivo del voto en México.

En mi opinión, debería estudiarse la obligación coercitiva al voto, dado que una vez emitida la CPV, existe de hecho y derecho la obligación legal y material de la ciudadanía a ejercer su derecho al sufragio efectivo, en tanto que el fin principal de este documento es el voto y que, de no existir una acción activa de parte del gobernado, el Estado debiera sancionar al actualizarse la negativa de parte del obligado. Sin duda, este tema despierta algunos intereses encontrados que en otro momento se abordarán.

El principio de privacidad se encuentra vinculado al de intimidad, es así que la autodeterminación informativa es la vía para la protección de datos personales en la CPV, íntimamente relacionada al tema de seguridad en sentido *lato sensu*. En este derecho fundamental no solamente existe un componente de carácter nacional, sino también uno estrictamente de carácter internacional, impuesto por el cambio global en el uso de las TIC y las acciones en materia de derecho internacional. Por ende, las y los ciudadanos tenemos el derecho fundamental a una vida privada, que se transforma en una libertad negativa de rechazar u oponerse al uso de información personal, y ésta evoluciona al concepto de la libertad positiva, que permite supervisar el uso de la información personal en manos de personas jurídicas o físicas. Ambos principios, para el caso mexicano, son protegidos por la CPEUM;³ es decir, son derechos fundamentales, sin pasar por alto que son derechos

³ Tesis aislada 1a. CXVI/2012 (10a.). DOMICILIO. SU CONCEPTO PARA EFECTOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. a) El domicilio ...es cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar; será el destino o uso que se le dé a un lugar, lo que constituya "el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos". b) Resultan ...irrelevantes la ubicación, la configuración física, su carácter de mueble o inmueble, el tipo de título jurídico que habilita su uso o la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. c) De esta forma, el domicilio ...ha de entenderse de modo amplio y flexible, ya que se trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse —de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1o. Constitucional— a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad y a la intimidad de la persona, ya que en el domicilio se concreta la posibilidad de cada individuo de erigir ámbitos privados que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado.

reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte (Tesis XLIX/2014).

Pero ¿cómo pueden hacerse justiciables los derechos político-electorales en caso de violaciones graves? A primera vista, se debe saber si se encuentra ante una vulneración injustificada que limite la libertad individual o colectiva de los ciudadanos y que el responsable sea alguno de los órganos del poder público local, estatal o federal, o, en su caso, que los responsables sean algunas entidades de naturaleza privada (empresas). Para este segundo escenario debe saberse que el profesor John Ruggie, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, identificó tres formas en que una empresa puede verse involucrada en la aparición de consecuencias negativas sobre los derechos humanos (ONU, 2012: 18):

- 1) Puede provocarlas por sus propias actividades.
- 2) Puede contribuir a ellas por sus propias actividades, bien directamente o a través de alguna entidad externa (gubernamental, empresarial o de otro tipo).
- 3) Puede que, aunque no provoque las consecuencias negativas ni contribuya a ellas, se vea involucrada porque estén causadas por una entidad con la que mantiene una relación comercial y esté vinculada a sus propias operaciones, productos o servicios.

La violación de derechos humanos está inserta en un contexto político, histórico, económico, social y cultural que debe ser estudiado de manera multidisciplinaria, para que la incidencia a través de estos mecanismos pueda rendir los frutos deseados (Carvalho y Baker, 2014: 470).

Por excelencia, el litigio estratégico es una herramienta poderosa en la defensa de los derechos humanos y fundamentales. Además, está íntimamente vinculado a la educación jurídica y al surgimiento de las llamadas “clínicas en defensa de los derechos humanos” (Carvalho y Baker, 2014: 471); la defensa se profesionalizó, haciendo de esta acción litigiosa una institución de grupos organizados que han logrado cambios sustanciales en la esfera jurídica, en la educación de la defensa de los derechos humanos.

Para quienes deseamos formarnos como defensores en materia de DDHH, debemos saber que en un Estado de derecho constitucional se es enemigo de los excesos y de las omisiones; por una parte, Zagrebelsky dice que quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo; la novedad que contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a



VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución (Zagrebelsky, 2016: 33 y 34).

128 Por otra parte, González afirma que es un reto del derecho, que intenta establecer criterios objetivos, pero choca con la realidad al no lograr establecer parámetros matemáticos, ya que con ello sólo se propugna una labor mecanicista del intérprete, con lo que se pierde la debida atención sobre el contexto y las circunstancias particulares de cada caso, elementos que no sólo dan significado a los principios, sino que los delimitan (González, 2011: 55).

-
-
-

Por último, Enrique Cáceres muestra un lado nada favorable en la práctica del derecho, al señalar que desafortunadamente, en buena medida, la actual forma de vida de la comunidad jurídica en nuestro país está basada en fantasmagorías pseudo-teóricas elaboradas sin ningún rigor epistémico, teórico ni metodológico. A la larga, esto trae como consecuencia otras formas de vida y juegos del lenguaje a espaldas del derecho, y lo verdaderamente grave, como afirma el jurista, es que hace posible que se puedan ganar juicios penales sin saber derecho penal, o juicios laborales sin saber derecho del trabajo. El autor termina diciendo que lo único que se requiere es conocer el lenguaje del regateo económico que sustenta a la corrupción (Cáceres, 2016: 7). A lo anterior se añadiría que existen pseudo defensores de derechos humanos que utilizan sólo argumentos retóricos, que piensan que los derechos humanos son un constructo de moda, o que basta con leer un libro de teoría para saber cómo defenderlos.

Por tanto, no hay duda de que el lenguaje del derecho como fenómeno lingüístico permite la aproximación a un escenario donde los actores ejercen un control de las acciones propias y de los demás involucrados, logrando así un control auténtico y eficaz de nuestras pretensiones. Incursionar en el campo de la estructura argumentativa, dogmática jurídica, teoría de los principios, proporcionalidad, derechos humanos, derechos fundamentales, ponderación, verdad fáctica, sistema jurídico débil, crisis de la soberanía, discrecionalidad judicial, equidad, entre otros, no sólo es una obligación, es ya una realidad en la defensa de los derechos humanos.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN CREDENCIAL PARA VOTAR, A EXAMEN...

ANEXO I. INSTRUMENTO

DEMANDA DE JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO

C. PRESIDENTE DE LA H. SALA REGIONAL COMPETENTE DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN PRESENTE

FECHA

DD	MM	AAAA
----	----	------

DATOS DEL CIUDADANO

NOMBRE: _____

NOMBRE(S) _____ APELLIDO PATERNO _____ APELLIDO MATERNO _____

FECHA DE NACIMIENTO: _____ SEXO: H M

DD MM AAAA

DOMICILIO

Por mi propio derecho, ciudadano(a) mexicano(a) en pleno goce de mis derechos político-electorales, señalo como domicilio en el extranjero y datos de contacto para oír y recibir notificaciones y documentos, el ubicado en:

DOMICILIO (CALLE Y NÚMERO COMO SE ACOSTUMBRA EN EL PAÍS EN DONDE RESIDE EN EL EXTRANJERO) _____

CIUDAD _____ LOCALIDAD/POBLACIÓN: _____

CÓDIGO POSTAL _____ ESTADO/PROVINCIA/DEPARTAMENTO _____ PAÍS _____

DATOS DE CONTACTO

TELÉFONO: _____ E-MAIL: _____

RESIDENCIAL CELULAR/MÓVIL

Con fundamento en los artículos 1, párrafos primero, segundo y tercero, 35 fracción I, 36 fracción III, 41 párrafo segundo, base VI, párrafo primero y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, numeral 1, inciso a) de la Convención Americana de Derechos Humanos; 25, inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como, 7, 9, 329, 330, numeral 1, inciso a), 333, numeral 1 y 334, numeral 1 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, y 79, 80, 83, numeral 1, inciso a) y demás aplicables de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, interpongo la presente Demanda de Juicio para la Protección de Derechos Político-Electorales del Ciudadano, en contra del acto de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Nacional Electoral, que a continuación se precisa:

HECHOS Y ACTOS IMPUGNADOS

- La determinación y notificación por la que se declaró improcedente mi Solicitud Individual de Inscripción o Actualización al Registro Federal de Electores para la Credencialización en el Extranjero, aun y cuando realicé los trámites necesarios en tiempo y forma tal como lo dispone Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.
- Otros (especificar) _____

PRECEPTOS LEGALES VIOLADOS

Artículos 1, párrafos primero, segundo y tercero, 35 fracción I, 36 fracción III, 41 párrafo segundo, base VI, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 23, numeral 1, inciso a) de la Convención Americana de Derechos Humanos; 25, inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como, 7, 9, 329, 330, numeral 1, inciso a), 333, numeral 1 y 334, numeral 1 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

AGRAVIOS

- La resolución me causa agravio en razón de que se me niega la Inscripción a la Sección del Padrón Electoral de los Ciudadanos Mexicanos Residentes en el Extranjero y a la Lista Nominal de Electores Residentes en el Extranjero, lo que en consecuencia vulnera mi derecho fundamental a votar desde el extranjero.
- La no incorporación o exclusión indebida de la Sección del Padrón Electoral de los Ciudadanos Mexicanos Residentes en el Extranjero y de la Lista Nominal de Electores Residentes en el Extranjero me causa agravio, pues tal determinación vulnera mi derecho fundamental a votar desde el extranjero.
- La no expedición de mi Credencial para Votar desde el Extranjero.

PRUEBAS

- Se ofrecen todos aquellos documentos que exhibi al solicitar mi Credencial para Votar desde el Extranjero, y que obran en poder de la autoridad electoral, mismos que solicito se envíen a la Sala Regional Competente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación junto con el Informe Circunstanciado.
- Presunciones legal y humana.
- Instrumental de actuaciones.
- Otro (s) documentos(s) que se anexan (especificar) _____

Por lo anteriormente expuesto a la H. Sala Regional Competente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, solicito atentamente:

PRIMERO. Admitir, sustanciar y resolver la presente Demanda de Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano Mexicano Residente en el Extranjero de acuerdo a lo solicitado.

SEGUNDO. Ordene al Instituto Nacional Electoral se me incorpore en la Sección del Padrón Electoral de Ciudadanos Mexicanos Residentes en el Extranjero y se me expida la Credencial para Votar con Fotografía desde el Extranjero.

TERCERO. Notificarme la resolución respectiva a través de los mecanismos más expeditos.

PROTESTO LO NECESARIO

--

FIRMA O HUELLA

ANEXO 2. INSTRUMENTO

130





03010100001



SOLICITUD INDIVIDUAL DE INSCRIPCIÓN O ACTUALIZACIÓN AL PADRÓN ELECTORAL Y RECIBO DE LA CREDENCIAL

PARA USO EXCLUSIVO DEL RFE			
FECHA DE TRÁMITE	CLAVE ÚNICA DE ELECTOR	FOLIO NACIONAL	TIPOS DE TRÁMITE
ENTIDAD		DISTRITO	FOTOGRAFÍA
MUNICIPIO		SECCIÓN	
LOCALIDAD		MANZANA	
DOMICILIO			
CALLE		No. EXT.	No. INT.
COLONIA	C.P.	TIEMPO DE RESIDENCIA	
NOMBRE COMPLETO			
APELLIDO PATERNO		APELLIDO MATERNO	
		NOMBRE(S)	
DATOS GENERALES			
LUGAR DE NACIMIENTO	FECHA DE NACIMIENTO	EDAD	SEXO
			No. DE CERTIFICADO DE NATURALIZACIÓN Y FECHA
ESCOLARIDAD			
OCCUPACIÓN	CURP	GEMELO	TIPO DISCAPACIDAD
MEDIO DE IDENTIFICACIÓN	DOCUMENTO DE IDENTIDAD CON FOTOGRAFÍA	COMPROBANTE DE DOMICILIO	DOC. ANEXA
()	()	()	FC AT DR
INSTITUCIÓN NÚMERO DE ACTA Y FOLIO LIBRO, TOMO Y FOLIA ENTIDAD FEDERATIVA SINDICATO O REPRESENTACIÓN FUNCIONARIO AUTÓNOMO GOBIERNO FEDERAL FECHA DE EMISIÓN			HUELLA DEDO MANO DERECHA HUELLA DEDO MANO IZQUIERDA
			FUNCIONARIO ELECTORAL QUE APLICA
BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD MANIFIESTO			
<p>QUE SOY MEXICANO, MAYOR DE EDAD, CON UN MODO HONESTO DE VIVIR Y QUE TENGO CAPACIDAD PLENA DE MIS DERECHOS POLÍTICOS.</p> <p>QUE LOS DATOS QUE ASIENTO EN ESTE DOCUMENTO SON CIERTOS Y ATIENEN A LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 129, 130, 135, 136, 138, 139, 140, 142, 150 Y DEMÁS RELATIVOS Y APLICABLES DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, DE TAL MANERA QUE MI DOMICILIO CORRESPONDE CON EL LUGAR EN QUE RESIDO ACTUALMENTE, ASÍ COMO LOS DATOS PERSONALES QUE MANIFIESTO SON VERDICOS Y DEBEN PREVALECER POR ENCIMA DE CUALQUIER OTRO QUE SE HUBIERAN ASSENTADO ANTERIORMENTE ANTE ESTA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.</p> <p>QUE ME DOY POR ENTERADO DE LAS PENAS QUE SE IMPONEN A QUIENES ALTERAN EL REGISTRO FEDERAL DE ELECTORES Y LOS LISTADOS NOMINALES QUE CONFORME AL ARTÍCULO 411 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SON DE PRISIÓN DE 3 A 7 AÑOS Y UNA MULTA DE 70 A 200 SALARIOS MÍNIMOS VIGENTES EN EL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO DEL DELITO DE FALSIEDAD EN DECLARACIONES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 247 FRACCIÓN I, DEL MISMO CÓDIGO PENAL, QUE IMPONE LAS SANCIONES DE 4 AÑOS DE PRISIÓN Y DE 100 A 300 DÍAS MULTA.</p> <p>QUE ESTOY ENTERADO QUE CONFORME AL ARTÍCULO 155 DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES, DE NO ACQUIRIR A RECIBIR MI CREDENCIAL PARA VOTAR SE PROCEDERÁ A DESTRUIR EL FORMATO RESPECTIVO Y A LA CANCELACIÓN DE LA PRESENTE SOLICITUD.</p>			
			FIRMA
SOLICITO QUE MIS DATOS DE CALLE, NÚMERO EXTERIOR Y NÚMERO INTERIOR CORRESPONDIENTES AL DOMICILIO QUE PROPORCIONO.			
SI SEAN VISIBLES <input type="checkbox"/>		NO SEAN VISIBLES <input type="checkbox"/>	
			FIRMA
ENTREGA DE LA CREDENCIAL PARA VOTAR		MEDIO DE IDENTIFICACIÓN	DECLARO LA IMPOSIBILIDAD DE REGRESAR MI CREDENCIAL ANTERIOR PORQUE ME FUE RODADA O HASTA EXTRAVIADA.
DÍA _____ MES _____ AÑO _____ FECHA DE ENTREGA FIRMA CIUDADANO AÑO DE REGISTRO _____ NÚMERO DE EMISIÓN _____ AÑO DE EMISIÓN _____ OCR _____		<input type="checkbox"/> LECTURA DE HUELLA DACTILAR <input type="checkbox"/> FORMATO DE CREDENCIAL PARA VOTAR	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
NOMBRE DEL FUNCIONARIO ELECTORAL QUE ENTREGA CREDENCIAL			FIRMA
FECHA DE TRÁMITE	SOLICITUD INDIVIDUAL DE INSCRIPCIÓN O ACTUALIZACIÓN AL PADRÓN ELECTORAL Y RECIBO DE LA CREDENCIAL COMPROBANTE DE ENTREGA	SECCIÓN	
DÍA _____ MES _____ AÑO _____	 <p>03010100001</p>		
	FECHA DE ENTREGA SU CREDENCIAL SERÁ VIGENTE HASTA		
<p>¡IMPORTANTE! Sólo con la credencial que le entregamos podrá votar, por eso le recordamos que debe regresar por ella. Así, no sólo tendrá una nueva credencial, sino que gracias a ella aparecerá en la Lista Nominal de la casilla electoral donde le corresponde votar.</p> <p style="text-align: center;">PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES</p> <p>El Instituto Nacional Electoral, a través de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, es responsable del debido uso, tratamiento y protección de los datos de los ciudadanos que se incluyen en los listados nominales de inscripción y actualización en el Padrón Electoral, en términos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.</p> <p>Para mayor información, en la página www.ine.mx podrá consultar el manifestación de protección de datos personales recibidos por el Registro Federal de Electores.</p>			
INETEL 01 800 433 2000	A partir del _____ de 20 _____ podrá acudir al módulo a recoger su Credencial para Votar.	www.ine.mx	

X. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliográficas

ALEXY, Robert, 1993, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CÁCERES NIETO, Enrique, 2016, *¿¿Qué es el derecho?? Lenguaje y derecho*, México, Secretaría de Cultura-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CARVALHO, Sandra y BAKER, Eduardo, 2014, “Estrategias de litigio estratégico en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos/Sur*, vol. 11, núm. 20, junio-diciembre.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, 2016, “La credencial para votar y la protección de los datos personales”, en *Comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral*, núm. 73, disponible en: http://portales.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/CSTE_73_La%20credencial%20para%20votar.pdf.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo *et al.* (coords.), 2014, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GAMA LEYVA, Leopoldo y SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, 2017, *Diálogos para la justicia abierta*, México, Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, 2011, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, México, Novum.

INSTITUTO INTERAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS, 2017, *Diccionario electoral*, 2017, disponible en: https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1441/diccionario-electoral_tomo-ii.pdf.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2007, *Litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, México, disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/litigio_estrategico.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2012, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, guía para la interpretación*, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

RÍOS VEGA, Luis Efrén *et al.* (dir.), 2018, *Justicia abierta, educación jurídica y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch.

132 SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, 2011, *Curso IV. Fundamentos teóricos de los derechos humanos. Características y principios* (Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos), Comisión de Derechos Humanos, disponible en: https://cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/fundamentosteoricosedelosderechos.pdf.

VÁZQUEZ, Daniel, 2016, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ZAGREBELSKY, Gustavo, 2016, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

2. Acuerdos y decretos

AG84/2013, *Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se determina la modalidad en que serán incorporados los datos de calle, número exterior y número interior del domicilio de los ciudadanos en la credencial para votar*, disponible en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/handle/123456789/86931>.

AG732/2013, *Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se incorporan variantes mínimas al modelo de credencial para votar*, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5327877.

CG732/2012, *Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueba modificar el modelo de la credencial para votar*, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5281461&fecha=06/12/2012.

CG292/2013, *Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueba que se consulte de forma expresa y por escrito a los ciudadanos sobre la incorporación visible de los datos de calle, número exterior y número interior del domicilio en el anverso de la Credencial para Votar y, que en todos los casos, dichos datos se incluyan de forma cifrada en el reverso de la misma, en acatamiento a lo ordenado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la resolución del recurso*

de apelación con número de expediente SUP-RAP-37/2013, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5322860.

“Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”, 10 de febrero de 2014, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

“Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 20 de julio de 2007, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4994148&fecha=20/07/2007.

133

3. Formatos

“Formato de demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, disponible en: <https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFEv2/DERFE/DERFE-Formatos/Tramites/formato-jdc-extranjero.pdf>.

“Formato de solicitud individual de inscripción o actualización al padrón electoral y recibo de la credencial para votar”, disponible en: http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFEv2/DERFE/DERFEFormatosTramites/2014_SOLICITUD_INDIVIDUAL_CP%202014.pdf.

4. Sentencias, recursos y tesis

Amparo Directo 28/2010, “Voto concurrente del ministro José Ramón Cosío Díaz”.

Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM01.pdf>.

SUP-JDC-98/2010, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en: <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/sup/2010/jdc/sup-jdc-00098-2010.htm>.

SUP-RAP-37/2013, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en: <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2013/RAP/SUP-RAP-00037-2013.htm>.

VÍCTOR HUGO SERRANO MORALES

Jurisprudencia XV/2011, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral*, año 4, núm. 9, 2011.

Tesis I.3o.C.695 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008.

Tesis CCCXL/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, noviembre de 2015.

134 Tesis CXVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2012.

Tesis XLIX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2014.



5. Archivos multimedia

MATA PIZAÑA, Felipe de la y RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes [Tribunal Electoral TEPJF], (2018, enero 21). Nota Informativa – La Justicia Abierta Durango – Viernes 19 de enero 2018 – TEPJF [archivo de video], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EWtEYIF3enQ>.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



OBSERVATORIO DE TRANSPARENCIA LEGISLATIVA Y PARLAMENTO ABIERTO



*Lisandro Jesús VENTURA CASTILLO**

El reconocimiento del derecho de acceso a la información ha reconfigurado la relación entre representados y representantes, y fortalecido valores como la transparencia y la rendición de cuentas. Con el paso del tiempo, las instituciones legislativas se han modernizado y adaptado a esta nueva realidad, creando nuevos modelos de interacción con la ciudadanía. Es en este contexto donde adquiere relevancia y fuerza el modelo de parlamento abierto, y es por ello que el *Observatorio de transparencia legislativa y parlamento abierto* representa una oportunidad de reflexión sobre el posicionamiento de este modelo en México. Asimismo, busca el fortalecimiento y la difusión de la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas.

En las primeras páginas de la publicación se sitúan algunas reflexiones acerca del concepto de “parlamento abierto” y su evolución. En primer lugar, el *Observatorio* reflexiona acerca de la adopción de valores como la transparencia y la rendición de cuentas, ya que éstos han empoderado a la sociedad para que la ciudadanía se inmiscuya de manera más profunda y directa en la vida política y las decisiones que de ella emanan. Los valores antes enunciados, que parten del derecho a la información, han evolucionado y se han sofisticado. No se limitan a disponer de la información pública al alcance de los representados, sino que ahora se debe atender a la exigencia de que esta información sea clara y accesible para las personas interesadas; esto contempla desde el uso del lenguaje hasta los formatos en que se presenta. De esta manera, se espera proactividad por parte del ente público responsable de proporcionar dicha información.

* Egresado de la Licenciatura en Ciencias Políticas y Administración Pública; asistente de investigación en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM; *Lisandro-jesus@hotmail.com*.

LISANDRO JESÚS VENTURA CASTILLO

138 México cuenta con instrumentos jurídicos que abonan a hacer efectivo el derecho de acceso a la información y que refuerzan a la transparencia. Entre ellos se encuentra la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, la cual establece las condiciones mínimas en las que la ciudadanía puede requerir información pública y los términos en los que el sujeto obligado debe responder. Todos estos avances jurídicos, tecnológicos y políticos han facilitado la injerencia de la ciudadanía en las decisiones políticas de sus representantes. Bajo estas condiciones es que se ha configurado la estructura del parlamento abierto, el cual permite una mayor y más directa participación con el trabajo del Poder Legislativo.

-
-
-

El *Observatorio de transparencia legislativa y parlamento abierto* es un esfuerzo en conjunto por parte del Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la información y Protección de Datos Personales (INAI) y la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales (FCPyS) de la UNAM. Este trabajo fue coordinado por la doctora Issa Luna Pla y el doctor Khemvirg Puente Martínez, ambos destacados investigadores especializados en temas de transparencia legislativa, rendición de cuentas y democracia.

La publicación está dividida en dos grandes secciones: 1) parlamento abierto en los congresos locales de México, estudio 2019, y 2) estudio con la aplicación de la metodología de evaluación en materia de transparencia legislativa y parlamento abierto en el Senado de la República 2019.

La primera sección se divide en los siguientes sub-apartados: 1) parlamento abierto: contextualización y conceptos; 2) aspectos metodológicos del observatorio; 3) explicación de las decisiones de la selección tomadas para el estudio; 4) descripción de los casos seleccionados en los estados estudiados, y 5) apartados relativos a las observaciones y sugerencias, recomendaciones y anexos de recomendaciones.

Se introduce al lector a una discusión en torno a la crisis de credibilidad en las instituciones de la democracia representativa, derivada de la estrecha relación con los partidos políticos; también se reconocen los retos que enfrentan las legislaturas contemporáneas y las posibles alternativas para restablecer la confianza de los ciudadanos. Por otra parte, se aborda la relación de las legislaturas con la función de construir vínculos entre sociedad y autoridades, y se estudian los modelos de representación política en las democracias modernas, su adaptación, la participación de los ciudadanos y su evolución. Además, se analiza el concepto de “parlamento abierto” y la diferenciación entre parlamento abierto y transparente. En otro orden de ideas, se detallan las funciones del Poder Legislativo y su contraste con las dimensiones del parlamento abierto que se analizan.

A medida en se avanza en el texto, se resalta la relevancia de estudiar los casos locales, ya que, de acuerdo con el estudio, el Poder Legislativo ha sido estudiado mayoritariamente desde el ámbito nacional, lo que abre una ventana de posibilidades al estudio desde el ámbito estatal. Esta es otra de las razones por las que este estudio resulta muy enriquecedor, puesto que limitar el estudio de lo legislativo desde lo nacional invisibiliza muchas realidades que coexisten en el país a nivel local. Es importante señalar que la poca atención al ámbito local es resultado de diversas variables complejas que van más allá de que estos casos no resulten el foco de interés para los investigadores.

139

Se seleccionaron cuatro congresos locales: Jalisco, Nuevo León, Puebla y Yucatán, y de ellos se seleccionaron dos casos relevantes en procesos de parlamento abierto, incluyendo procesos legislativos y designaciones administrativas. En el caso de Jalisco, se estudiaron: 1) la designación de los comisionados ciudadanos del Instituto de Transparencia, Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Jalisco, y 2) la discusión y aprobación de la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de Jalisco. Para el caso de Nuevo León, se analizaron: 1) la conformación del sistema estatal anticorrupción, y 2) la discusión y aprobación de la Ley de Participación Ciudadana en el Estado de Nuevo León. En relación con Puebla, los casos seleccionados fueron: 1) la discusión y aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Puebla, y 2) la integración de la Comisión de Selección del Comité Estatal de Participación Ciudadana del Sistema Estatal Anticorrupción de Puebla. Finalmente, en Yucatán se analizaron: 1) el proceso de selección del fiscal general del estado de Yucatán, y 2) la reforma a la Ley de Transporte de Yucatán, en materia de transporte de pasajeros contratados.

Sobre el abordaje de los casos, el texto señala que las funciones que se analizaron a nivel estatal corresponden a procesos legislativo y de control. Como hallazgo se tiene que los cuatro estados comparten un buen marco normativo; no obstante, esto no ha garantizado la apertura a procesos parlamentarios, ya que el simple cumplimiento de responsabilidades legales (lo que marca un buen inicio en relación con la dinámica de parlamento abierto) es insuficiente dentro del concepto de “parlamento abierto”.

La obra presenta la información de manera lúdica y accesible. Por cada estado, primero se presenta una tabla acerca de la composición de sus congresos a través de legislaturas. Posteriormente, se presenta una tabla donde se condensa el nombre del caso, función a la que pertenece, comisión o área encargada y los aspectos más relevantes. Después, se desarrollan los



LISANDRO JESÚS VENTURA CASTILLO

hallazgos por dimensión del parlamento abierto. Finalmente, cada caso cierra con las fortalezas del procedimiento y sus áreas de mejora.

Los cuatro congresos presentaron buenas prácticas; no obstante, éstas se consideran excepcionales y no prácticas ordinarias. Al mismo tiempo, se reconoce que ha habido avances en las dimensiones de parlamento abierto (transparencia, participación ciudadana, innovación del uso de las tecnologías y responsabilidad e integridad parlamentaria).

140 Para la segunda sección del *Observatorio*, “Estudio con la aplicación de la metodología de evaluación en materia de transparencia legislativa y parlamento abierto en el Senado de la República 2019”, se estudiaron las funciones del Senado en las legislaturas LXII y LXIII, analizando un total de 2,296 procesos parlamentarios. De este universo se seleccionaron casos relevantes de las funciones divididas en cuatro categorías: legislativa, administrativa, de control y de relaciones exteriores.

De la función legislativa se seleccionó el paquete de leyes en materia de combate a la corrupción. En la función administrativa se analizó la ratificación de una vicepresidenta del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). En el caso de la función de control, se optó por el caso de dos comparecencias de funcionarios públicos con motivo del análisis de la obra “Paso express” en el estado de Morelos. Finalmente, en la función de relaciones exteriores se analizó la Reunión Interparlamentaria México-Estados Unidos.

Esta segunda sección del escrito se encarga de la aplicación de la metodología de evaluación en materia de transparencia legislativa y parlamento abierto en el Senado de la República 2019. Los casos del Senado se analizaron a través de indicadores de acuerdo con la función a la que pertenecían. Es decir, del universo de 2,296 casos, los pertenecientes a la función legislativa pasaron a través de 22 indicadores distribuidos entre las 4 dimensiones de parlamento abierto; los casos de la función administrativa se estudiaron a través de 23 indicadores; la función de control se analizó con 20 indicadores, y finalmente, la función de relaciones exteriores se observó a través de 16 indicadores.

En cuanto a la presentación de los casos de estudio del Senado, el proceso fue similar al de los congresos locales. Primero se presenta una tabla con la información sintetizada de los casos; posteriormente, se explica la relevancia del caso de estudio, su contextualización y descripción, y, finalmente, se presentan los hallazgos por dimensión.

A manera de cierre, es importante señalar que el *Observatorio* se presenta como un ambicioso estudio que aporta de manera considerable a la discusión de temas de transparencia legislativa al contrastar la realidad

nacional y la local en relación con sus prácticas de parlamento abierto. Reconocer el punto de partida en ambas dimensiones (nacional y local) es de vital importancia para avanzar y desarrollar las ventanas de oportunidad dentro de cada contexto. Mejorar los mecanismos de parlamento abierto en las legislaturas es, sin duda, una vía para fortalecer a las democracias modernas: contar con una ciudadanía informada, empoderada y participativa en dichos procesos enriquece la vida política de un país.

141

BIBLIOGRAFÍA DEL LIBRO RESEÑADO

PUENTE, Khemvirg y LUNA PLA, Issa (coords.), 2019, *Observatorio de transparencia legislativa y parlamento abierto*, México, INAI-UNAM.



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-

NORMAS DE PUBLICACIÓN

gas de fuentes en Internet. Se evitarán las citas textuales mayores a las 40 palabras, excepto en los comentarios jurídicos cuando sea estrictamente necesario.

144 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.