

PRINCIPIO DE MÁXIMA PUBLICIDAD: ENTRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Pseudónimo: Cristal

Sumario: I. Introducción. II. Revisión al principio de máxima publicidad desde la fenomenología de Schütz. III. El acceso a la información como derecho fundamental y su finalidad. IV. Rendición de cuentas como obligación de transparentar recursos públicos. V. A manera de corolario. VI. Fuentes consultadas.

Resumen: La obligación de transparentar y rendir cuentas la tienen todos los entes que ejercen recursos públicos; el Instituto Electoral del Estado de México es uno de ellos. En el presente estudio, a partir de la fenomenología de Alfred Schütz, se revisa el principio de máxima publicidad, respecto de las solicitudes de información y tres condiciones que la norma impone a la atención de éstas.

Se aborda también una de las finalidades del derecho de acceso a la información, partiendo de la premisa de que su *fundamentalidad* si bien descansa en la disposición del artículo 6o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), también se considera el bien jurídico protegido, que consiste –entre otros– en el derecho que tiene toda persona a atraerse información, informar y ser informada. Esto, con una reflexión sobre las bases que permiten percibir la evolución del derecho de acceso a la información, liberado de resistencias burocráticas, con un recobrado sentido democrático, en el que las solicitudes tengan la finalidad preponderante de buscar, recibir y difundir informaciones, complemento de la salvaguarda de otros derechos fundamentales como son, la libertad de expresión y los derechos electorales, dentro de la concepción democrática del Estado.

Palabras clave: Máxima publicidad, fenomenología, derecho de acceso a la información, rendición de cuentas (*accountability*).

I. Introducción.

Existe una relación histórica entre el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, puesto que, esencialmente, ambos aluden a las prerrogativas de buscar, recibir y difundir informaciones; repercuten en el ejercicio de derechos político electorales como el de votar y ser votado, pues la información sirve para premiar o castigar a los malos y buenos funcionarios.

Desde 1977, año de la reforma en la que se introdujo en el artículo 6o de la CPEUM la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información, hasta la fecha, el derecho de acceso a la información evolucionó para llegar a un modelo cuyo catálogo de información pública de oficio se liberó para convivir coetáneamente con el modelo de protección de datos personales.

El camino transitado por el derecho de acceso a la información para el reconocimiento de su fundamentalidad fue sinuoso. La reforma a la entonces Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2006, dispuso el principio de máxima publicidad como herramienta hermenéutica de la propia ley. Un año después, ese principio se constitucionalizó como mecanismo de interpretación del derecho de acceso a la información (Puente 2016, 67 y 68).

Al interpretar el derecho de acceso a la información, el Máximo Tribunal Constitucional le otorgó una doble dimensión: individual, cuando maximiza el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de diversidad de datos, y social, cuando se utiliza como medio de control institucional, necesario para la rendición de cuentas (Jurisprudencia P.J. 54/2008).

Dentro de la literatura especializada, se encuentran estudios que abordan el derecho de acceso a la información y el principio de máxima publicidad desde la

perspectiva de su potencialización; en el presente estudio se revisa este último desde la fenomenología de Schütz, a partir del Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) como sujeto obligado.

II. Revisión al principio de máxima publicidad desde la fenomenología de Schütz.

El artículo 6o, apartado A, base I de la CPEUM, dispone que toda información poseída por cualquier autoridad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba recursos públicos o realice actos de autoridad, es pública, y que en la interpretación del derecho de acceso a la información deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

Ese principio se entiende como una herramienta de apoyo hermenéutico, de modo que se aplica únicamente respecto de la información pública y exceptúa la que tenga carácter de confidencial o bien, los datos personales (López-Ayllón 2008, 6-7). Asimismo, se trata de una disposición de carácter obligatorio para todos los sujetos que se encuentran dentro de este supuesto, lo que lleva a una interpretación restrictiva de las excepciones al derecho de acceso a la información.

El principio que se revisa entraña una obligación para que los legisladores se abstengan de multiplicar las excepciones al derecho de acceso a la información, y que los sujetos obligados las apliquen de forma selectiva.

Según López-Ayllón, las excepciones deben aplicarse sobre la base de la “prueba de daño¹”, de modo que al clasificar la información debe demostrarse que se actualiza alguno de los supuestos, como puede ser algún asunto vinculado con

¹ Entendida como la obligación que tiene la instancia responsable de proporcionar la información, de probar la causa que pone en riesgo el bien protegido por el supuesto de excepción, a través de una ponderación de los valores en conflicto, publicidad y seguridad o vida privada y patrimonio de las personas.

la seguridad nacional, o también, que proporcionar determinada información perjudique el interés público protegido (López-Ayllón, 2008, 7), lo que se traduce en un ejercicio de carácter obligatorio para los sujetos obligados de fundamentar y motivar sus determinaciones.

En cuanto a su interpretación, el principio de máxima publicidad se identifica, por analogía, con el principio *pro persona*, de tal suerte que aquél tendría dos sentidos: el normativo y el interpretativo (Kubli-García 2010, 861). En el primero, cuando existan dos normas que regulen el derecho de acceso a la información, deberá optarse por la que más favorezca divulgarla. En el segundo, cuando a la norma se le atribuyan dos o más sentidos, se optará por el que más favorezca a la publicidad.

La interpretación que se realice de las excepciones al derecho de acceso a la información será siempre restrictiva, de modo que, en caso de duda razonable, se privilegiará divulgar de la información.

En sí mismo, el principio de máxima publicidad mandata efectivizar el derecho que se consagra en el texto constitucional, cuya aplicación ha enfrentado resistencias burocráticas.

Para abordar el principio en comento, desde la fenomenología, primeramente se proporciona una definición de ésta como un “movimiento filosófico del siglo XX, que describe las estructuras de la experiencia tal y como se presentan en la conciencia, sin recurrir a teorías, deducciones o suposiciones procedentes de otras disciplinas” (Rizo 2009, 26). La fenomenología social parte de la idea de que los sujetos comprenden la realidad a partir de las experiencias e interacciones compartidas y comunicadas.

Para Schütz, el conocimiento de la realidad se verifica desde el lugar que los sujetos ocupan en el mundo; es precisamente desde ahí, que se lleva a cabo el *almacenamiento pasivo de experiencias*. En ese sentido, el *contexto de significado*, constituye un proyecto de acto intencional llevado a la acción a partir del cual se arriba al contexto de la experiencia. El contenido total de las

experiencias o percepciones es el contexto social de la experiencia (Schütz 1993 [1932], 105-106).

El enfoque fenomenológico aparta al sujeto de las imposiciones, pues busca obtener la experiencia desde la persona que la percibe y la interpreta, es decir, una conciencia del fenómeno desde los sujetos que la experimentan, que recupere la subjetividad para describir la forma en que el sujeto obligado, en este caso el IEEM, vive e interpreta el ejercicio del derecho de acceso a la información, desde la posición del contexto social de su experiencia al atender las solicitudes de información.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios (LTAIPEMM), dispone como obligaciones de los sujetos la creación de la *Unidad de Transparencia*, a través de la cual se realizan las solicitudes de información, así como de *servidores públicos habilitados*, que son las personas encargadas dentro de las unidades administrativas, de entregar la información.

En la atención de las solicitudes de información, la conciencia del fenómeno está dada por los sujetos que la experimentan, es decir, la Unidad de Transparencia (UT) y los servidores públicos habilitados. Los aspectos externos (imposiciones) están dados por la norma.

En el fenómeno de la atención de las solicitudes de información, la norma plantea algunas condiciones: la obligación de proporcionar información no comprende el procesamiento de la misma; el derecho de acceso a la información no está condicionado a que el solicitante acredite interés alguno o justifique su utilización; el acceso a los documentos que se encuentren en los archivos del sujeto obligado debe darse en el formato que el solicitante manifieste (LTAIPEMM, artículos 12, 16, y 160, 2016).

Se debe revisar el costo que implica para el IEEM el cumplimiento de las condicionantes impuestas por la norma. Esos aspectos externos marcan la experiencia en la atención de las solicitudes de información, conforman el contexto

social al que se quiere arribar, pero antes se aborda el derecho de acceso a la información y su finalidad, para lograr un encuadre adecuado.

III. El acceso a la información como derecho fundamental y su finalidad.

El derecho de acceso a la información implica su definición como derecho fundamental. Para llegar a este punto, se desentraña su naturaleza, consistente en que toda disposición de derecho fundamental está prevista en una norma de derecho fundamental, es decir, existen disposiciones y normas de derecho fundamental.

La distinción entre disposiciones y normas de derecho fundamental traslada a una reflexión conceptual: la disposición se refiere a un texto normativo que no ha sido interpretado, mientras que la norma es la disposición interpretada que aclara cuáles son las conductas ordenadas, prohibidas o permitidas (Carbonell 2006, 5). El derecho de acceso a la información es una norma de derecho fundamental, pues ha sido interpretado gracias a la herramienta hermenéutica que se contiene en el principio de máxima publicidad.

La naturaleza de fundamental otorgada a un derecho está relacionada con el bien jurídico protegido por el derecho, de modo que si se trata de bienes básicos entonces se está en presencia de un derecho fundamental.

Desde el punto de vista formal, el derecho de acceso a la información es fundamental pues se encuentra previsto en el artículo 6o de la CPEUM; además de ello, está contenido también en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según la cual es la garantía que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

En la garantía de atraerse información se encuentra la sustancia del derecho de acceso a la información, pues ésta incluye las facultades de acceso a los archivos, registros y documentos públicos (Villanueva 2006, 65). El derecho a la información conforma una prerrogativa de la persona para examinar datos,

registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas o que disponen y ejercen recursos públicos.

Existe una vertiente que afirma que el derecho de acceso a la información es una reformulación moderna de las libertades de expresión e imprenta, que comprende tres facultades interrelacionadas; la de buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones o ideas (López-Ayllón 2000, 162-163); se trata de un derecho más amplio que el de expresión, pues no solo incluye la búsqueda, sino también la facultad de recibir información.

Miguel Carbonell sostiene que el derecho de acceso a la información tiene por objeto la protección de bienes básicos en dos maneras: una relacionada con darle sustancia a otros derechos fundamentales, como son la libertad de expresión, los derechos electorales y la concepción democrática del Estado contemporáneo; la segunda está en el valor autónomo que tiene la información como bien jurídico (Carbonell 2006, 6-7).

Es cierto que el derecho de acceso a la información presentó un conjunto de “restricciones fundacionales” que obstaculizaron que se consolidara desde 1977 – año en el cual se aprobó la reforma al artículo 6o de la CPEUM– hasta abril de 2002, en que se aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

De esas restricciones, una es la que se caracterizó por un comportamiento poco comprometido de los sujetos obligados que generó *resistencias burocráticas* y el *manejo patrimonialista* de la información pública (Escobedo 2006, 65); ambas han comenzado a desaparecer como consecuencia de la ampliación al catálogo de información pública.

Esas restricciones dieron origen un tratamiento del derecho de acceso a la información que intenta potencializarlo a la luz del principio de máxima publicidad, lo que le da un enfoque que siempre se ubica desde la postura del solicitante de información pública y no desde la perspectiva del sujeto obligado.

IV. Rendición de cuentas como obligación de transparentar recursos públicos.

En contraposición con el derecho de acceso a la información se encuentra la obligación de rendición de cuentas. Ambos se ubican dentro de la concepción democrática del Estado, puesto que la libertad de expresión precisa de ciudadanos que puedan acceder a documentos y archivos públicos (Carbonell, 2006, 7), en ello reside en el valor autónomo que tiene la información.

El acceso de los ciudadanos a los documentos y archivos del IEEM se realiza de la forma en que la norma lo prevé, es decir, a través de la UT, que recibe las solicitudes de información y los servidores públicos habilitados, que se encargan de responderlas².

De acuerdo con el Sistema de Información Pública de Oficio Mexiquense (IPOMEX), la UT tiene siete servidores públicos de carácter permanente, cuyas remuneraciones mensuales brutas cuestan al IEEM \$378,014.00 (Trescientos setenta y ocho mil catorce pesos). En un primer momento, esta cantidad representa el costo inicial del cumplimiento a la obligación de rendición de cuentas.

El gasto en recursos humanos y materiales se relaciona también con dos de las condiciones que impone la norma al fenómeno de atención a las solicitudes de información, puesto que la obligación de proporcionar lo solicitado, dista de comprender su procesamiento, pero el acceso a los documentos que se encuentren en los archivos del IEEM debe darse en el formato que el solicitante lo requiera.

La protección que el sistema jurídico mexicano otorga al derecho fundamental de acceso a la información carece de un análisis de costo. Visto

² La UT del IEEM se creó el 19 de enero de 2018, y se realizaron modificaciones a la normatividad interna –Manual de Organización y Reglamento Interno– para dotarla de estructura. Según el Manual de Organización, la UT cuenta con las Subjefaturas de Transparencia y Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales, éstas a su vez cuentan con los Departamentos de Obligaciones de Transparencia y de Protección de Datos Personales.

desde la teoría del costo de los derechos (Holmes y Sustain 2011, 35), se trata de un interés que califica como derecho, ya que el sistema legal utiliza recursos colectivos –presupuesto público– para defenderlo.

Las solicitudes de información que recibe el IEEM se atienden a través del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX), lo que implica que invariablemente, los documentos que se envíen como anexos de las respuestas deben elaborarse en versiones públicas –cuando contengan datos personales– para así remitirlos de forma electrónica.

Esa actividad la realizan los servidores públicos habilitados a la par de las tareas propias de la función electoral. Al costo inicial habría que sumar las remuneraciones mensuales del personal, así como los recursos materiales que se emplean en la elaboración de las versiones públicas.

De forma paralela, la ley prevé que el derecho de acceso a la información no está condicionado a que el solicitante acredite el interés jurídico o justifique el porqué de la solicitud. Esta imposición es susceptible de difuminar la naturaleza de dicho derecho y de la obligación de rendición de cuentas, ambas interpretadas a la luz del principio de máxima publicidad.

El derecho fundamental de acceso a la información tiene un profundo sentido en la democracia, en la que los ciudadanos deben tener la capacidad de conocer y evaluar la conducta de los gobernantes, esto permite asignar responsabilidades y recompensas a malos y buenos funcionarios (Carbonell 2006, 8). El derecho de acceso a la información en el estado democrático no se entiende sin el concepto de *accountability*.

La implicación trasciende hasta el ejercicio del derecho político de votar y ser votado, donde los ciudadanos, candidato o votante, deben contar con la información que el Estado les proporcione para conocer sobre el desempeño del gobierno y diseñar una propuesta alternativa, en el primer caso, o razonar el sentido del voto, en el segundo.

La rendición de cuentas –*accountability*– se comprende como una manera para prevenir y corregir los abusos del poder en tres vertientes: para obligarlo a

abrirse al escrutinio público, para explicar y justificar sus actos, y para supeditarlos a la amenaza de sufrir sanciones (Schedler 2004, 9). Consecuentemente, el ejercicio del derecho humano de acceso a la información tiene inmanente un interés jurídico o justificación, que descansa en esas tres vertientes y que se contradice con el artículo 16 de la LTAIPEMM.

V. A manera de corolario.

El derecho de acceso a la información superó resistencias de los sujetos obligados, quienes por mucho tiempo fueron reticentes a él de forma espontánea, como reacción que proviene de una vivencia de la conciencia, al estilo en que Schütz define conducta (Schütz 1993 [1932], 85). Hoy existe una tendencia de la transparencia que se sigue propagando globalmente.

La vivencia de la conciencia de los sujetos obligados evolucionó como un efecto de la aplicación del andamiaje jurídico regulador del derecho de acceso a la información. Hoy, todos cuentan con portales de transparencia cuyos estándares de cumplimiento son evaluados por los órganos garantes.

La observancia del derecho de acceso a la información sigue generando un alto costo para los sujetos obligados, que si bien puede estimarse justificado por tratarse de la protección a un derecho de corte fundamental, debe de equilibrarse en función de su naturaleza y los objetivos que su ejercicio conlleva; la relación costo-beneficio de ésta podría maximizarse al transitar a un esquema que recupere el sentido democrático que tiene de fondo.

La tendencia global, impulsada por la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA), planteó en el Plan de Acción 2013-2015 líneas de acción bajo cinco grandes objetivos, entre los que destacó el de *Datos Abiertos para el Desarrollo* (Alianza México 2018). Parte de este último es la elaboración de una política, entre cuyos compromisos se incluya la iniciativa de fomento al uso de datos en la sociedad y el gobierno.

Las características de una política de datos abiertos deben dirigirse hacia arquetipos en los que la información sea de fácil acceso en línea, disponible de manera gratuita, que reduzca los costos públicos de atención, fomente el uso y reutilización de los datos que en ella se contienen. Su enfoque, como la propia AGA lo reconoce, debe fortalecer la competitividad y la innovación, pero fundamentalmente al mejoramiento de los servicios públicos y el incremento de la eficiencia gubernamental.

Esta última parte es donde se recupera el sentido democrático del derecho de acceso a la información, pues los gobernados tienen el derecho a buscar, recibir y difundir información como insumo para una sociedad participativa, crítica, indispensable para el fortalecimiento de la democracia.

VI. Fuentes consultadas

AGA. Alianza para el Gobierno Abierto. ¿Qué es la alianza para el gobierno abierto? Disponible en <http://gobabiertomx.org/alianza-mexico/> (consultada el 10 de octubre de 2018).

Carbonell, Miguel, 2006. El Derecho de Acceso a la Información como Derecho Fundamental. En *Democracia, Transparencia y Constitución: Propuestas para un debate necesario*, coord. Sergio López-Ayllón, 3-18. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Federal de Acceso a la Información.

CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2018.

Escobedo, Juan, 2006. Obstáculos fundacionales a la Información Pública Estatal. En *Democracia, Transparencia y Constitución: Propuestas para un debate necesario*, coord. Sergio López-Ayllón, 3-18. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Federal de Acceso a la Información.

Holmes, Stephen y Cass Sustein, 2011. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Kubli-García, Fausto, 2010. El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano. En *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, coords. Jorge Carpizo y Carol B. Arriaga, 839-865. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

LTAIPEMM, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios. 2018.

López-Ayllón, Sergio, 2000. El Derecho a la información como derecho fundamental. En *Derecho a la Información y Derechos Humanos*, coord. Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, 157-181. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

----- 2008. La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales? En *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana. Razones, significados y consecuencias*, coord. Pedro Salazar, 1-33. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Federal de Acceso a la Información.

Puente de la Mora, Ximena, 2016. "Reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3 (julio-diciembre): 63-99.

Rizo, Marta, 2009. "Sociología fenomenológica y comunicología: Sociología fenomenológica y sus aportes a la comunicación interpersonal y mediática". *Revista Fronteiras* 11 (enero-abril): 25-32.

Schedler, Andreas, 2008. *¿Qué es la rendición de cuentas?* México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Schütz, Alfred, 1993 [1932]. *La construcción significativa del mundo social. Introducción a la Sociología Comprensiva.* Argentina: Paidós.

Villanueva, Ernesto, 2006. *Derecho de la Información.* México: Cámara de Diputados-Universidad de Guadalajara-Miguel Ángel Porrúa.