

Título de la Ponencia: Optimizar la transparencia. El reto de fiscalizar a las autoridades y lograr el acceso a información de interés público generada por particulares.

Nombre del autor, grado académico y especialidad: Miguel Ángel Pulido Jiménez, Licenciado en Derecho (Tec de Monterrey, Campus Monterrey). Posgrado en Derecho Internacional Público (Unidad de Posgrado, UNAM), cursando. Especialidad en políticas de transparencia, derecho de acceso a la información y ejercicios de rendición de cuentas.

Resumen de la ponencia: La ponencia tiene como objetivo presentar un caso de acceso a la información en el que se usó la Ley Federal de Transparencia para mostrar la viabilidad de transformar el (o incorporar nuevos elementos al) paradigma de lo público, tradicionalmente restringido a la esfera gubernamental. En la ponencia se presenta el caso de las respuestas de la Profepa a 8 solicitudes de acceso a la información, presentadas por medio del SISI a partir de agosto de 2006, referentes a los documentos con los que dos empresas particulares cumplieron los requisitos para obtener la certificación del Programa Nacional de Auditoría Ambiental.

Ponencia:

Introducción

Con la aprobación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información (2002, en adelante la Ley o la Ley de Transparencia), parecía que escudriñar la actuación gubernamental (en la esfera federal) dejaba de ser un asunto deseable para convertirse en un asunto posible. Así, con todas sus implicaciones, pues de suyo es que la actuación de los órganos de Estado regulados por la Ley (llamados sujetos obligados) se da por distintos motivos y en diferentes dimensiones.

Según se desprende de los propios objetivos de la Ley reconocidos en su artículo 4, con ella se busca “proveer lo necesario para que toda persona puede tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos (fr. I); transparentar la gestión pública (fr. II); favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados (fr. IV); y contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y a la plena vigencia del Estado de derecho (fr. VI).

En este entendido, siempre que las personas actúen bajo la investidura pública, su desempeño debería estar en posibilidades de ser valorado por la ciudadanía,¹ lo mismo siempre que las instancias públicas ejerzan su *autoritas*, al margen de las razones que en ambos casos se hayan tenido para movilizar su aparato burocrático. Este asunto adquiere particular relevancia cuando se busca obtener información que siendo generada por particulares, está directamente relacionada con el desempeño de instancias públicas. O, visto desde otra perspectiva, cuando se busca información que se refiere a la actuación de particulares, pero que está depositada en instancias públicas, pues estas en su carácter de autoridad la obtuvieron para algún fin de Estado.

La investigación que me encuentro desarrollando, y cuyos avances aquí expongo, tiene el propósito de mostrar la viabilidad de transformar el paradigma de lo público, al menos en lo que hace a la información, normalmente restringido a aquello que atañe a la actuación gubernamental. Para ello se emplean un par de expresiones contenidas en la Ley. Una, ubicada en el artículo 1 ya mencionado pero que conviene repetir: aquella que fija como fin de la Ley “garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los” órganos públicos a nivel federal. La otra, contenida en el artículo 3, señala que será información “la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título.”

La investigación parte de dos problemas. El primero y principal, focalizado en el ámbito del derecho de acceso a la información, es el siguiente: probablemente, al momento de promulgar la Ley de Transparencia no se haya tenido en el horizonte una colisión entre la tradición privatista arraigada en México y el nuevo paradigma que sobre lo público supone clasificar toda la información en poder de la autoridad con ese carácter. En nuestro país suele entenderse que aquellos asuntos referidos a la actuación de particulares, aún cuando supongan la intervención de una autoridad o trasciendan a la vida de una comunidad, pertenecen a la esfera privada de las personas, sean físicas o morales. Se ha dado, por años y años, una apropiación patrimonialista indebida de muchos asuntos que son de carácter, interés o naturaleza pública. La cuestión de la información no es diferente.

¹ Ver artículo 4 de la LFTAIPG

El segundo problema que trato de abordar se refiere a la urgente necesidad de replantear el paradigma de lo público en términos más generales, de forma especial cuando hablamos del interés general. Para ello propongo, como punto de arranque, abandonar la tendencia que típicamente lo ha relacionado con el conjunto de hechos y acciones que suceden en el ámbito gubernamental o como consecuencia directa de la aplicación de la ley. La actividad empresarial de gran escala suele estar en una zona de penumbra entre lo público y lo privado, si nos acogemos a nuevos criterios como impacto ambiental, económico, social, comunitario, etc. Por ello, en los términos que más adelante abordaré, decidí incorporar este elemento al trabajo que estoy desarrollando.

Así, son dos los ejes rectores en función de los cuales presento mis resultados preliminares: la relación entre agentes gubernamentales o de Estado (públicos) y agentes privados (sociales o ciudadanos); y el conjunto de características (o criterios) que permiten que las relaciones se consideren de carácter público y/o de carácter privado. Conviene mencionar que al usar la Ley de Acceso a la Información como dispositivo principal para documentar lo anterior, se dieron las condiciones para un nuevo planteamiento: ¿es posible que la valoración del desempeño de las instancias públicas por parte de la sociedad pueda ser obstaculizada por otros particulares? En este caso concreto, por considerar que sus derechos no son salvaguardados por el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).

Para ello, me baso a su vez en tres interrogantes claves: 1. ¿qué determina la naturaleza pública de la información en poder de los órganos de Estado? 2. ¿qué límites del acceso a la información consideramos como válidos en términos democráticos? ¿Es válido que agentes privados impidan conocer asuntos de interés público? 3.- ¿Puede ser la relación de ciertos asuntos con la afectación y vigencia de otros valores constitucionalmente protegidos un elemento más que ayude a delimitar qué entendemos por asuntos públicos?

Sobre la información: las razones para pedirla, las (sin) razones para negarla y el curso del debate.

En agosto de 2006 se presentaron 8 solicitudes de acceso a la información a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), vía el Sistema de Solicitudes de Información (SISI), referentes a los documentos con los que dos empresas particulares: Met Mex Peñoles, con sede en Torreón, Coahuila; y Dupont, en

distintas ciudades, cumplieron los requisitos para obtener la certificación del Programa Nacional de Auditoría Ambiental.

La Profepa dio trámite a las solicitudes negando la información, su argumento, el mismo para todas las solicitudes, pues en esencia eran similares, descansaba en tres razones principales, que la información había sido entregada por un particular sin que mediara obligación legal y clasificándola como confidencial al entregarla, que, además, la información era considerada como confidencial por una ley y que la información requerida consistía en secreto industrial o comercial.

Frente a este escenario, se presentaron recursos ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), por considerar, dicho brevemente, que los particulares no pueden clasificar la información, pues eso depende de la naturaleza de los documentos y no de la voluntad de los gobernados, que no existe disposición legal que expresamente considere la información solicitada como confidencial, que la información reviste de carácter público por encontrarse en los archivos de una dependencia de la administración pública federal, que documenta la actuación de una autoridad y que, debido a la relevancia que tiene para el medio ambiente y la salud, entre otros derechos, se debieron elaborar versiones públicas en las que se protegiera sólo la información sobre la que existiera alguna restricción.

La discrepancia en las formas de valorar el carácter de la información por parte de la Profepa y la nuestra se desliza a lo largo de las interrogantes recién planteadas. Abordemos la primera: ¿qué determina la naturaleza de la información en poder de los órganos de Estado? En nuestra opinión, en los términos previstos por el artículo 3 de la Ley, la información requerida tiene el carácter de público y debe ser entregada, en los términos excepcionales de elaboración de versiones públicas que prevé la Ley Federal de Transparencia y sus disposiciones reglamentarias, pues se encuentra en documentos adquiridos por “cualquier título” por un sujeto obligado. Dado que existe una máxima que establece que donde el legislador no distingue, no hay por que distinguir, debemos entender la expresión “cualquier” con toda su fuerza semántica. Conviene dejar claro que no forman parte de esta regla general las condiciones inconstitucionales, pensemos, por ejemplo, que se obtenga información mediante tortura, pues esta no tendrá carácter público, por obvias razones.

Así las cosas, la titularidad de la información es de la sociedad pues se trata de información pública según lo establece la Ley sin importar quién la haya generado. En

todo caso, y una vez determinada que se trata de información pública, podríamos revisar si su conocimiento se encuentra restringido por alguna razón válida según la excepcionalidad de criterios aceptables en sociedades democráticas. Pues bien, el 14 de febrero de 2007, el pleno del IFAI resolvió dos de los recursos presentados. En ellos se conoció de información solicitada a la empresa Dupont. Las ponencias estuvieron a cargo del comisionado Alonso Gómez Robledo y en las resoluciones, aprobadas por tres comisionados (el pleno presentaba una vacante, en espera de la ratificación de la comisionada Peschard y el comisionado Guerrero presentó una excusa para conocer del caso, por ser miembro honorario de la organización en la que trabaja la recurrente), en principio se revoca la clasificación de la información como confidencial, al advertir que en efecto no hay disposición legal que así lo establezca en forma expresa. Dicho en otras palabras se reconoce el carácter público de la información depositada en los archivos de la Profepa.

Agotado el punto de la naturaleza original de la información (aquella que viene por una regla de aplicación generalizada) conviene abordar nuestra segunda interrogante ¿qué límites del acceso a la información consideramos como válidos en términos democráticos? En su respuesta la Profepa alega que no se puede dar acceso a la información por que su conocimiento está restringido en virtud del secreto industrial. Como ya mencioné, en nuestra opinión la Ley no sólo permite la elaboración de versiones públicas, sino que en este caso se debieron elaborar.

Desconocer que la información solicitada puede guardar algún nexo con los secretos industrial o bancario nunca fue intención o argumento esgrimido en la petición original, tampoco en los recursos. Desde el principio, la petición se basó en la posibilidad de elaborar versiones públicas, mientras que en el recurso se pidió al pleno del IFAI hacer valer el principio de publicidad como medio de optimización de un valor protegido por la ley, el acceso a información. Resulta que en la misma resolución de los dos casos en los que se revoca la confidencialidad de la información, el IFAI confirmó que el acceso a la información sobre la empresa Dupont se encontraba restringido en virtud de que en ella se encontraba información relacionada con el secreto industrial.

En nuestra opinión, que exista información relacionada con el secreto industrial en un documento, cualquiera que este sea, no es razón suficiente para negar el conocimiento del resto de la información ahí contenida. Sin duda alguna, el IFIA debió realizar un análisis concienzudo de la información, con criterios técnicos y a partir de la evaluación de los documentos, teniéndolos a la vista. Sin embargo, los comisionados

nunca tuvieron a la vista la información clasificada, no conocieron su contenido por fuente directa y la resolución se contenta con por validas afirmaciones del particular que sostienen que esa información es secreto industrial.

Lo que es peor, el IFAI abandona criterios aperturistas sostenidos en otros casos, por ejemplo cuando ordena a Pronósticos para la Asistencia Pública a elaborar versiones públicas de documentos que contenían información sobre proveedores en tecnología, aún cuando esos documentos incluían información altamente relevante en términos de ventajas competitivas. También lo ha hecho en casos relacionados con la empresa Coca Cola y otras más. Las versiones públicas han sido una forma de armonizar el derecho de acceso a la información y las restricciones válidas en sociedades democráticas. Negar de forma draconiana el acceso a toda la información constituye un retroceso significativo que hoy día nos encontramos combatiendo vía juicio de amparo.

Más aún, la elaboración de versiones públicas es un imperativo si consideramos los bienes jurídicos tutelados y que son comprometidos en la actuación de la Profepa: el respeto al medio ambiente y garantías sobre el derecho a la salud. Aquí es donde resulta pertinente nuestra tercera interrogante ¿el interés por conocer ciertos asuntos del ámbito privado en virtud de su relación con otros valores constitucionalmente protegidos puede ser un elemento más que ayude a delimitar qué entendemos por asuntos públicos? En el caso concreto que nos ocupa, ¿conocer información sobre los niveles de cumplimiento de la normatividad ambiental por parte de Dupont y Met Mex Peñoles es una razón válida para hablar de que esa información es de carácter público? El vínculo entre el derecho constitucional al medio ambiente y el también derecho constitucional a la salud, a nuestro entender, sí lo son.

Para comprender mejor de qué tipo de información hablamos, conviene hacer una breve referencia al Programa Nacional de Auditoría Ambiental. Este programa se desarrolla por mandato del artículo 38 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que establece que se “desarrollará un programa dirigido a fomentar la realización de auditorías.” Las auditorías (que son los procedimientos sobre los que se requirió la información) a su vez, son procedimientos que buscan identificar, evaluar y controlar los procesos industriales que pudiesen estar operando bajo condiciones de riesgo o provocando contaminación al ambiente, comprobando el grado de cumplimiento de los aspectos tanto normados como los no normados en

materia ambiental.² En el caso del Programa Nacional de Auditoría Ambiental las auditorías tienen una característica distintiva, se someten a ellas de manera voluntaria empresas que buscan obtener el certificado Industria Limpia.

De acuerdo a la Profepa, entre los beneficios que obtienen las empresas al ingresar a este Programa están: la evaluación integral de los procesos de (la) organización y su impacto con el medio ambiente; mejorar la imagen de (la) empresa ante la sociedad; el uso del logotipo del certificado a que se hace acreedor; y el reconocimiento por parte de las autoridades. Para ello, como se precisó, de forma voluntaria las empresas se inscriben, cubren los costos de un auditor aprobado por la Profepa y se comprometen a cumplir los términos de un Convenio de Concertación.³ Todo esto es determinante para comprobar que se está cumpliendo con la normatividad vigente, razón por la que la misma información puede ser obtenida de manera coactiva. En función de estos argumentos es que consideramos que en efecto, la información, al ser de interés público, debe ser conocida en su máxima oportunidad.

Agentes públicos y agentes privados. Esfera pública y esfera privada. ¿Dos relaciones unívocas y perfectamente coincidentes?

Como se mencionó, durante el desarrollo de este trabajo de documentación se dieron las condiciones para reflexionar con mayor profundidad sobre las posibilidades que existen para que sean particulares quienes interfieran en la interacción entre la sociedad y los órganos de Estado. Este vínculo que surge (y probablemente defina en si mismo) del carácter de lo público, se puede ver lesionado por colisiones entre pretensiones de carácter privado (legalmente protegidas) e intereses públicos considerados como valores constitucionales.

Conviene regresar a algunas referencias concretas sobre el caso que hemos venido exponiendo para dejar claro este último aspecto a tratar. Una vez presentados los recursos ante el IFAI hubo dos reacciones por parte de las empresas que entregaron información a la Profepa en el marco del Programa y que fue solicitada vía SISI. Met Mex Peñoles presentó un recurso de Amparo contra la Ley de Transparencia por considerar que no respeta la garantía de audiencia. La lectura de Met Mex Peñoles, una empresa involucrada en una de las polémicas más álgidas sobre contaminación ambiental por plomo, es que el IFAI puede resolver a favor de una persona una

² Ver <http://www.profepa.gob.mx/Profepa/AuditoriaAmbiental/ProgramaNacionaldeAuditoriaAmbiental/>

³ Idem

controversia sobre acceso a la información que les pertenece a ellos y que está en poder de la Profepa (o de cualquier otra autoridad), violando con ello sus garantías individuales. La imponente acción jurídica de Peñoles no contiene ninguna consideración sobre las razones por las que se entrega esa información a las autoridades ambientales (por ejemplo, justificar que se respeta el medio ambiente y que se cumplen las leyes ambientales).

Es importante subrayar que por Ley, la información confidencial y reservada está protegida. Así, el IFAI sólo podría resolver entregar a la ciudadanía información de carácter público. La desconfianza de Peñoles en que el IFAI pueda conciliar sus intereses de empresa (patrimonialistas) con los de la ciudadanía (fiscalizadores) lo llevaron a buscar anular de tajo el derecho a revisar la actuación de la Profepa. Si consideramos que la Profepa afirma que las auditorías avalan el cumplimiento del marco normativo, información que puede ser obtenida de manera coactiva, que los sellos otorgados mejoran la imagen de la empresa y que la Profepa gestiona recursos públicos, es indispensable que la sociedad cuente con elementos documentales para valorar su actuación. A través de un juicio de Amparo, es otro particular quién de momento ha nulificado esa posibilidad.

Dupont, la otra empresa involucrada en las solicitudes de acceso a la información, tomó una ruta distinta. En primera instancia, al conocer el recurso ante el IFAI, solicitó una recusa para que el comisionado Juan Pablo Guerrero no conociera del caso por ser la recurrente integrante de una organización de la que él, es miembro honorario. Una vez que el pleno aceptó la excusa del comisionado Guerrero y que se dio trámite al recurso, Dupont presentó diversos escritos ante el IFAI en los que defiende, con extraordinaria energía, lo que considera su derecho a negar información pues considera le pertenece y sólo le incumbe a ellos. Nuevamente, ninguna consideración sobre el impacto público de sus actividades, el derecho al medio ambiente, el beneficio (privado y patrimonialista) que obtienen de ostentar un sello (de carácter público y con cargos al erario) que avala son una empresa limpia y tampoco, la más mínima referencia, a que la información presentada en una auditoría, así sea voluntaria, tiene por objeto demostrar que su empresa no viola la legislación ambiental.

El recurso siguió su destino y el pleno del IFAI determinó que la información solicitada es reservada por un periodo de 12 años. Al margen de las opiniones sobre esta resolución, lo que es relevante es que en contra de ella se presentó una nueva acción judicial, por el mismo agente privado, que trasciende en la posibilidad de revisar la

actuación de las dependencias públicas. En esta ocasión, los esfuerzos jurídicos de Dupont, que tienen como consecuencia obstruir el derecho de acceso a información de carácter y de interés público, se volcaron en un Amparo que busca se revoque la resolución del IFAI que restringe por 12 años valorar la actuación de la Profepa y que en cambio, al considerar la información como confidencial, restrinja su conocimiento por tiempo indefinido. En primera instancia, presentamos argumentos en contra de la opinión de Dupont, tratando de hacer valer nuevamente los argumentos que aquí hemos venido señalando: publicidad de la información, factibilidad de realizar versiones públicas, hacer valer el principio de máxima publicidad y armonía con el interés público. A ambas partes el juez de Distrito nos negó el amparo. Ahora estamos en revisión ante un Colegiado, y hemos pedido a la Corte que atraiga el caso por tratarse de interpretación constitucional.

Por último y para terminar, es importante subrayar que por ley, la información confidencial y reservada está protegida. Así, el IFAI sólo podría resolver entregar a la ciudadanía información de carácter público. En nuestra opinión la desconfianza por parte de Peñoles (mostrada tratando de impugnar la constitucionalidad de la Ley de Transparencia) en que el IFAI pueda conciliar sus intereses de empresa (patrimonialistas) con los de la ciudadanía (fiscalizadores) lo llevaron a buscar anular de tajo el derecho a revisar la actuación de la Profepa. En el caso de Dupont, se busca hacer una interpretación restrictiva de la Ley, poniendo por encima aspectos formales sobre asuntos sustanciales. En ambos casos, de prosperar la visión de las empresas y lo que resultaría es que las auditorías realizadas en el marco del Programa Nacional representen una zona de opacidad (y se encuentren fuera del escrutinio ciudadano) a pesar de que avalan el cumplimiento del marco normativo, que los sellos otorgados mejoran la imagen de la empresa, que la Profepa funciona con recursos públicos y que la sociedad puede estar expuesta a altas condiciones de contaminación ignorando las consecuencias y las fuentes de posibles graves daños a la salud y al medio ambiente.