

AMICUS CURIAE

Presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Controversia Constitucional 280/2023

Organizaciones firmantes del *Amicus Curiae*



Contenido

Siglas y abreviaturas

1. Resumen de hechos que motivan el presente *Amicus Curiae*
2. Contexto de omisiones del Legislativo respecto a la designación de otras altas responsabilidades públicas federales
3. Omisiones del Legislativo y competencia del tribunal constitucional
4. Afectaciones a los derechos humanos (derecho a la información y protección de datos personales) que genera la omisión del Legislativo
5. Efectos de la sentencia
 - A. Que se establezca un plazo límite para la designación de las personas comisionadas del INAI pendientes.
 - B. Que se permita al INAI sesionar con el número de integrantes de su pleno con los que actualmente cuenta.
6. Petitorios

Siglas y abreviaturas

CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COFECE	Comisión Federal de Competencia Económica
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CS	Comisión de Selección
DAI	Derecho de acceso a la información
FGR	Fiscalía General de la República
INAI	Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
JUCOPO	Junta de Coordinación Política
LFTAIP	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública
PEMEX	Petróleos Mexicanos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SEGALMEX	Seguridad Alimentaria Mexicana
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

1. Resumen de hechos que motivan el presente *Amicus Curiae*

Actualmente, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) tiene tres vacantes en su órgano de gobierno (su pleno) que le impiden cumplir con el quórum legal para sesionar. Las primeras dos se originaron con la conclusión de la responsabilidad de los entonces comisionados Óscar Guerra Ford y Rosendoevgueni Monterrey Chepov, el 31 de marzo de 2022; es decir, hace 489 días. La tercera, se produjo el 1° de abril de este año, con la conclusión de un integrante más, Francisco Javier Acuña Llamas, acumulando 124 días de retraso.

De acuerdo con la normatividad, la designación de comisionadas y comisionados de este órgano garante es una responsabilidad constitucional del Senado de la República. De tal manera, la Junta de Coordinación Política (JUCOPO) de este órgano legislativo instruyó a las comisiones unidas de Anticorrupción, Transparencia y Participación Ciudadana y de Justicia llevar a cabo la revisión y valoración de los perfiles inscritos, tanto en el proceso de 2022 como en el de este año. La decisión final de qué propuestas se someten al pleno de la Cámara alta recae en la JUCOPO.

De tal manera, el proceso de designación de dos integrantes del INAI, correspondientes a 2022, conformó un consejo de evaluación (ciudadano)¹, llevó a cabo entrevistas públicas, realizó una evaluación documental y del desempeño de las entrevistas, generó un dictamen que desglosa los puntajes de todas las personas aspirantes con una lista con las evaluaciones más destacadas². A pesar de que, desde el 1° de abril de 2022, las comisiones unidas arriba referidas aprobaron el dictamen, la JUCOPO tardó casi un año en someter las dos propuestas al pleno. El 15 de marzo de 2023, el Ejecutivo Federal las objetó.

Sin que el Senado hubiera concluido las designaciones correspondientes a 2022, el 22 de febrero de este año inició el proceso para cubrir una tercera vacante. A diferencia del ejercicio del año anterior, en esta ocasión las comisiones unidas no instalaron un consejo de evaluación (ciudadano) ni realizaron entrevistas públicas. Las evaluaciones de las personas registradas se basaron en la información entregada y sobre esta base el dictamen aprobado contiene una lista de aspirantes con los puntajes más altos de la

¹ Integrado por la Universidad Iberoamericana; el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; la Universidad de Guadalajara; el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey y el Núcleo de Organizaciones de la Sociedad Civil de la Alianza para el Gobierno Abierto, integrada por: Artículo 19; Causa Natura; Contraloría Ciudadana; Equis Justicia para las mujeres; Fundar, Centro de Análisis e Investigación; GESOC; Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir; Instituto Mexicano para la Competitividad; México Evalúa; Observatorio Nacional Ciudadano; Social TIC y Transparencia Mexicana.

² Senado de la República, LXV Legislatura, *Dictamen de las comisiones de anticorrupción, transparencia y participación ciudadana; y de justicia, por el que se propone a la Junta de Coordinación Política el listado de las y los candidatos que, con base en los principios de especialización e idoneidad, reunieron las condiciones de elegibilidad para ocupar el cargo de comisionada o comisionado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*, México, 1 de abril de 2022. Disponible en: https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/nombramientosLXV/NCINTAIPDP2022/1_dictamen.pdf

evaluación documental³. La JUCOPO señaló públicamente que no se habían llegado a acuerdos para concretar la designación¹², situación que persiste a la fecha.

Así, el Consejo Consultivo del INAI interpuso un amparo indirecto (1714/2022), el 11 de noviembre de 2022, frente a la omisión constitucional del Senado. A la fecha se han emitido distintas suspensiones que exigen a la JUCOPO, al Senado y a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión ejerzan sus facultades para que se designen a las/los comisionados faltantes. Sin embargo, las autoridades se han negado a cumplir y en su lugar han presentado 16 recursos contra las resoluciones de la jueza federal.

Por su parte, el INAI presentó, el 27 de marzo de 2023, la Controversia Constitucional 280/2023. El 2 de mayo de 2023, interpuso un recurso de reclamación por la negativa de la ministra Loretta Ortiz Ahlf de implementar la medida cautelar solicitada en el incidente de suspensión dentro de la Controversia en cuestión, por la omisión del Senado de la República de designar a tres personas comisionadas de este instituto y sin las cuales no puede operar su órgano de gobierno.

El objetivo de la revocación es que se pueda implementar, de manera provisional, la suspensión del artículo 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP) para efectos de que el INAI pueda sesionar con el número de personas comisionadas que ahora lo integran y estar en posibilidad de ejecutar todas y cada una de sus facultades encomendadas, que incluyen salvaguardar los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales.

El 13 de julio de este año, el Pleno de la SCJN determinó por mayoría de ocho ministras/ministros que el Senado de la República incurrió en una omisión por la falta de designación de las personas comisionadas del INAI, pues la ausencia de consensos que señala el Senado y la realización de algunas acciones encaminadas a cubrir las vacantes existentes no justifican el aplazamiento de su obligación de concretar las designaciones rezagadas.

En las exposiciones, se argumentó que, al constituir una obligación establecida en la Constitución, es menester del Senado de la República realizar las designaciones correspondientes para que el pleno del INAI se integre por las siete personas comisionadas de acuerdo con la norma fundamental. Pues al día de hoy, la falta de quórum ha afectado su funcionamiento, dejando en desprotección los derechos de acceso a la información y protección de datos personales.

³ Senado de la República, LXV Legislatura, *Dictamen de las comisiones de anticorrupción, transparencia y participación ciudadana; y de justicia, por el que se propone a la Junta de Coordinación Política el listado de las y los candidatos que, con base en los principios de especialización e idoneidad, reunieron las condiciones de elegibilidad para ocupar el cargo de comisionada o comisionado del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*, México, marzo de 2023, Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/65/2/2023-03-28-1/assets/documentos/DICTAMEN_INAI_2023.pdf

En este sentido, determinó que no existe una invasión de competencias y facultades de otro órgano -como refería el proyecto de sentencia inicial- pues la atribución de la designación de las personas comisionadas faltantes es una facultad soberana y discrecional, ya que no se busca incidir en la decisión concreta de las personas nombradas. Sin embargo, la soberanía de la decisión no comprende la posibilidad de dejar de nombrar, es decir, de omitir su competencia y responsabilidad.

Al acreditarse la inconstitucionalidad, se refirió que los efectos deben tener un carácter restitutorio que permita garantizar la protección de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales. Para solventar la falta de funcionamiento del pleno del INAI se propuso como una medida temporal y extraordinaria, en tanto que el Senado de la República designe a las personas faltantes, que el órgano garante pueda sesionar con el número de integrantes actuales.

2. Contexto de omisiones del Legislativo respecto a la designación de otras altas responsabilidades públicas federales

Las designaciones públicas son aquellas acciones, procesos y/o decisiones por medio de las cuales los órganos de gobierno seleccionan a quién o quiénes asumen altas responsabilidades públicas, como lo son las de comisionadas y comisionados del INAI. Harmon y Mayer⁴ refieren que quienes asumen altas responsabilidades públicas enfrentan decisiones que se toman en nombre del pueblo, afectan la vida y los derechos de las personas y emplean recursos públicos. Por lo que el hecho de quién, cómo y por qué una persona es designada es una decisión -o debiera serlo- de la más alta relevancia para la vida pública de cualquier país. Sin embargo, una situación de alarma desde hace tiempo es la no designación tanto por parte del Senado como por el Ejecutivo Federal, lo que evidencia no sólo un incumplimiento a sus obligaciones constitucionales sino una intencionalidad de debilitamiento institucional.

Así, el Senado registra un total de cien⁵ designaciones pendientes entre procesos no iniciados y procesos paralizados que han producido el mismo número de vacantes, entre las que se encuentran las del INAI. De un universo priorizado de 19 instituciones⁶

⁴ Comité de Participación Social Jalisco. Libro Blanco de Designaciones Públicas, México, octubre de 2020, p. 6.

⁵ De acuerdo con el documento de "Nombramientos pendientes 2023" del Senado de la República, publicado el 3 de febrero de 2023, más los procesos contabilizados en el universo priorizado por el Observatorio de Designaciones Públicas.

⁶ El universo prioritario se integra por: Banco de México, Instituto Nacional Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Instituto Federal de Telecomunicaciones, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, Comisión Federal de Competencia Económica, Comisión Nacional de Hidrocarburos, Comisión Reguladora de Energía, Fiscalía General de la República, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Tribunal Superior Agrario, Auditoría Superior de la Federación, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Comité de Participación Ciudadana y Comisión de Selección del Sistema Nacional Anticorrupción.

por el Observatorio de Designaciones Públicas se identifican designaciones rezagadas desde 2016, además de las que se van generando durante el año en curso. La siguiente imagen ilustra esta situación junto con los días de rezago en cada caso.



De este conjunto, la designación de las personas integrantes del INAI, el Consejo de la Judicatura Federal y la Comisión de Selección (CS) del Sistema Nacional Anticorrupción son responsabilidad exclusiva del Senado, el resto inician con el envío de una propuesta y/o terna por parte del Ejecutivo Federal y el Senado deberá ratificar o no. Acerca de las que corresponden al Senado exclusivamente, sólo una vacante de la CS no ha iniciado, pero del resto la JUCOPO ya tiene los dictámenes aprobados en comisiones.

Entre las otras designaciones que están sin resolverse se encuentran 39 vacantes que corresponden a tribunales electorales estatales y cinco de salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en la antesala de una próxima elección presidencial y las dos designaciones de magistraturas del TEPJF en octubre de este año. Lo anterior, sin considerar diversos órganos consultivos incompletos por esta parálisis inducida que ha provocado la omisión del Senado de la República de designar y cumplir con sus obligaciones legales.

Este rezago se contrapone además con lo establecido en el artículo 256 del Reglamento del Senado de la República, que prevé la facultad de iniciar los procesos de designación de manera anticipada para evitar que queden vacantes

cuando el nombramiento de qué se trata se refiere a la sustitución de [una o] un servidor público cuyo encargo termina en una fecha específica, la Mesa y las comisiones pueden realizar anticipadamente los procedimientos conducentes para cubrir en tiempo y forma la vacante.

El derecho internacional ha establecido un conjunto de estándares para que los procesos de designación reúnan condiciones que se traduzcan en perfiles idóneos y con ello se fortalezca el funcionamiento de las propias instituciones. La CIDH subraya que estos elementos deben garantizarse “en los requisitos, en el procedimiento y en la determinación de las calificaciones para la selección y nombramiento”⁷. Se refiere a la igualdad de condiciones y no discriminación, a la selección con base en el mérito y capacidades, a la publicidad y transparencia y a la participación ciudadana⁸. De tal manera, estos estándares son una referencia obligada para los Estados en el desarrollo de mejores designaciones públicas, pero también una guía para la revisión, readecuación y emisión de nuevos marcos legales.

Por lo que la resolución de la SCJN en este asunto debe apuntar a que estos procesos de designación se cumplan, por ser parte del diseño constitucional, se apeguen a estándares internacionales en la materia y se establezca una base para mejorar las prácticas legislativas en este ámbito.

3. Omisiones del Legislativo y competencias del tribunal constitucional

El poder político se ha separado tradicionalmente en tres órganos: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, cada uno con facultades exclusivas que le otorga la Constitución y atribuciones que son competencia de dos o más poderes. En el caso del Congreso de la Unión, cada una de las cámaras tiene facultades asignadas por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Mientras que a la Cámara de Diputados le compete, por mencionar algunas actuaciones, la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo, la revisión de la Cuenta Pública y/o la designación de varias/varios funcionarios federales estipulados en su Reglamento; a la Cámara de Senadores le corresponde el análisis de la política exterior desarrollada por el Ejecutivo, la ratificación de los tratados internacionales y convenios diplomáticos, la proclamación de la desaparición de poderes de una entidad federativa, erigirse en Jurado de Sentencia para los juicios políticos efectuados contra personas servidoras públicas que cometan alguna falta u omisión y/o la designación de altas responsabilidades públicas establecidas en la Constitución, entre otras funciones⁹.

Además de legislar, una atribución central del Congreso es su función de control. Precisamente, una de las más representativas es el nombramiento y/o designación de

⁷ OEA, CIDH, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia e fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, CIDH, 2013, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>

⁸ Checa Gutiérrez, Marcia Itzel, Entre las buenas prácticas y las resistencias para mejores procesos de designaciones de altas responsabilidades públicas, National Democratic Institute, 2022, disponible en <https://ndicentroamerica.org/entre-las-buenas-practicasy-las-resistencias-para-mejoresprocesos-de-designacion-de-altasresponsabilidades-publicas/>

⁹ Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, *La conformación del Poder Legislativo y las facultades institucionales del Senado de la República*, agosto 2018, pp. 1.

quienes ocupan la titularidad y/u otra alta responsabilidad pública en los órganos constitucionales autónomos y la ratificación de personas servidoras específicas de la Administración Pública Federal.

Precisamente, el artículo 6° de la CPEUM, apartado A, fracción VIII, le otorga una de estas funciones de designación al Senado, que es la relacionada con el organismo garante del acceso a la información pública. Sin embargo, como se ha hecho referencia en el capítulo de hechos, se alega en el presente caso que el Senado ha incurrido en omisión constitucional debido a la falta de designación de tres personas comisionadas del INAI, bajo la justificación de una ausencia de consensos políticos y la realización de algunas acciones encaminadas a cubrir las vacantes existentes, las cuales no justifican el incumplimiento de su obligación de concretar las designaciones.

De acuerdo con Fernández Rodríguez, la existencia de las omisiones con relevancia jurídica es un hecho incuestionable y ha dado lugar a la realización de diversos análisis de la problemática, no sólo desde el punto de vista constitucional sino en ámbitos administrativos, penales o de otra índole¹⁰. Para este autor, el vocablo “omisión” hace referencia a una actividad o inacción, a un dejar hacer o de decir algo, en virtud de que la conducta humana puede estructurarse de dos maneras: una positiva (“*facere*”) y la negativa (“*non facere*”). Tanto una situación como la otra son, en condiciones normales, manifestaciones de voluntad que se exteriorizan de diferente manera¹¹.

Por otro lado, Néstor Pedro Sagües indica que “aludimos a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstinencia de conducta”¹². Por su parte, Rodrigues Machado¹³ habla de omisiones en las funciones legislativa, política o de gobierno, administrativa y jurisdiccional. Al respecto, el académico brasileño, Gomes Canotilho, afirma:

A omissão legislativa significa que o legislador no faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. No se trata, pois, apenas de um simples negativo no fazer; trata-se, sim, de no fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu estrito e rigoroso sentido, deve conexasse com uma exigência concreta constitucional de acção (verfassungsrechtliche Handlungsgebote).

¹⁰ Fernández Rodríguez, José Julio, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, Civitas Ediciones S.L., p. 3. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23510.pdf>

¹¹ Idem.

¹² Sagües, Néstor Pedro, *Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial, Ius et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 5, pp. 39 y ss.

¹³ Rodrigues Machado, Marcia, “Inconstitucionalidade por omissão”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de So Paulo*, núm. 30, diciembre de 1988, p. 42.

Así, estos autores coinciden en que la inconstitucionalidad por omisión se materializa cuando un órgano del Estado no ejecuta una obligación constitucional, ya sea expresa o tácitamente. Esta expresión se basa en el principio de la supremacía constitucional, significando que el Poder Legislativo no puede eludir sus obligaciones dilatando indefinidamente una obligación impuesta por la Constitución Política.

Villaverde Menéndez¹⁴ menciona que el examen de la constitucionalidad de una omisión legislativa no se reduce a la mera falta de desarrollo de normas constitucionales por parte del Poder Legislativo basado en el no actuar, como se espera por parte de la/el legislador. La omisión legislativa se convierte en inconstitucional únicamente cuando el órgano legislativo “con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución, de donde se sigue que el objeto de control, en este caso, no es la conducta del órgano, pues no se verifica la corrección de su acción u omisión, sino las consecuencias que de éstas se derivan”¹⁵.

Siguiendo con este autor, la vulneración de las normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general, con lo que se incluiría la no emisión de determinados actos políticos, actos administrativos e, incluso, la no emisión de decisiones judiciales.

Al respecto, Carbonell¹⁶ plantea que al encontrarse en marcha un procedimiento legislativo al mismo tiempo se produce una fiscalización de una inactividad vulneradora de la norma básica a causa del no desarrollo del precepto que intenta desarrollarse en ese procedimiento legislativo abierto y todavía no finalizado. Nuestro argumento es que la fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión debe continuar en la medida en que no se sabe cómo acabará el susodicho procedimiento y si al término del mismo va a tener posibilidad de eficacia plena.

Otro elemento considerable en relación con la omisión legislativa es que la inactividad debe conectarse a un “período excesivamente prolongado”¹⁷. Lo anterior es una expresión que puede entenderse como un tiempo irrazonablemente largo y que *a priori* carece de concreción, por lo que queda en manos del órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo teniendo presente las diversas circunstancias que existan, circunstancias de variada naturaleza.

Aunado a la presencia de una inactividad legislativa y a un plazo excesivamente prolongado, para que exista una omisión legislativa se debe estar ante un precepto

¹⁴ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 3 y 4.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Carbonell, Miguel, compilador, “En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2003, p. 29.

¹⁷ Fernández Rodríguez, José Julio, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, Op. Cit. 5, p. 17.

obligatorio y concreto de desarrollo: algo conocido como “encargos al legislador” basado en una exigencia constitucional que requiere de un proceder concreto.

De esta manera, para que se produzca una omisión inconstitucional es esencial la presencia de un encargo a la/el legislador, porque una omisión tendrá relevancia jurídica sólo cuando exista un precepto jurídico que establezca una conducta deseada por parte de la/el legislador y precisamente dicha omisión lesione tal precepto.

Aunado a lo anterior, para Villaverde si la actividad legislativa implica una injerencia estatal en la esfera privada de las personas, por lo tanto, la omisión legislativa también lo es, debido a que las/los integrantes del órgano legislativo (diputados y senadores) lo son en virtud de haber triunfado en una competencia electoral “en la que se expresó, de una u otra forma, el único titular de la soberanía: el pueblo¹⁸”.

Este autor, menciona que lo relevante no es probar el cumplimiento o incumplimiento de un deber por parte del Poder Legislativo sino cuando dicho incumplimiento contradice formalmente la Constitución. Además, tampoco basta con constatar que simplemente no se cumplió el deber en un momento dado, sino que además ese incumplimiento crea una situación contraria a la Constitución, ya que de no ser así la actitud de la/el legislador puede ser inadecuada desde la perspectiva del desarrollo de la Constitución, pero no contraria a la misma.

En el presente caso, la falta de designación de las tres vacantes del INAI y como apuntó la Corte en la sesión de 13 de julio, sí se considera una omisión del legislativo y una inactividad del procedimiento de designación por parte del Senado, que ha causado situaciones contrarias a la propia Constitución. Si bien la legislación no especifica un plazo límite para la designación en comento, el análisis de la omisión por parte del Senado debería ser interpretado bajo una óptica de razonabilidad, tomando en cuenta los estándares relacionados con un plazo razonable, y sobre todo, que sus efectos no acarreen violaciones a los derechos humanos de las personas.

Por otra parte, en relación con la competencia del tribunal constitucional, la Constitución no sólo crea al Estado y lo divide en órganos, sino que le atribuye a dichos órganos diversas facultades y obligaciones, de la misma forma que al regular la relación entre las personas y el Estado, consagra derechos y obligaciones de las primeras y límites a la acción del segundo. Por otra parte, en tanto que la Constitución es producto de la actividad del *poder constituyente*, es ajena a la voluntad de los sujetos normados a los cuales les es *impuesta*. Y, finalmente, la propia Constitución prevé mecanismos para forzar el cumplimiento de las obligaciones que impone y resguarda los derechos que consagra, además de establecer sanciones a quienes se resistan a cumplirla o realicen conductas no permitidas por la misma. Entonces, puede afirmarse

¹⁸ *Op. Cit.* 14.

que la Constitución es una norma jurídica o, mejor dicho, un conjunto de normas jurídicas supremas, fundamentales.

Bajo esta lógica, se parte de que uno de los principios fundamentales en que descansa el derecho constitucional es el de la supremacía de la Constitución, que es la cualidad que tiene esta normativa jurídica de dar validez a un orden jurídico nacional y, por lo tanto, ser la fuente de última validez de un ordenamiento¹⁹. Es decir, la Constitución no es un documento subordinado a la voluntad política de las/los gobernantes en turno: su fuerza normativa obliga y vincula, y en consecuencia la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infra constitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional²⁰.

Precisamente, la Constitución es la que coloca a la/el legislador en una particular posición política y jurídica, que lo hace un órgano constitucional dotado del mayor grado de legitimidad en el seno de un Estado fruto de su representatividad estructurada a través del sistema electoral²¹. Sin embargo, pese a esa posición especial, la/el legislador es un órgano sujeto a control, ya que está sometido a la Constitución que lo crea y que además, lo dota de plena legitimidad democrática.

Este sometimiento constitucional es el fundamento del control de sus actos por parte de la justicia constitucional, la cual, al no estar dotada de ese mayor valor democrático que la Constitución otorga a la/el legislador, debe ceñir su control a términos estrictamente jurídicos, por cuanto aquel mayor valor democrático del Poder Legislativo le habilita justamente para ser éste quien pueda tomar decisiones basadas exclusivamente en criterios de oportunidad.

Como se ha mencionado, el punto de partida es la supremacía de la Constitución y el indispensable control jurídico sobre la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos como mecanismo irrenunciable para hacer valer aquella supremacía impuesta por el principio democrático. Este control debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no esperadas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional y declarando inconstitucional ese silencio, de ser el caso, expulsando del ordenamiento la norma implícita inconstitucional que dicho silencio ha creado²².

¹⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, Op. Cit. 5, p. 138 y 142.

²⁰ Rodríguez Ortega, Julio Armando, *Ponencia: La Omisión legislativa en Derechos Humanos*, Congreso REDIPAL VIRTUAL IX, Abril 2016. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/TEMA2/T2_CRV-IX-10-16.pdf

²¹ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Op. Cit. 14.

²² Ídem.

Los controles, por lo tanto, integran lo que se ha llamado “defensa de la Constitución” o “garantías constitucionales”, que son instrumentos de naturaleza eminentemente procesal o procedimental que tienen como objetivo reparar y, en su caso, castigar el trastorno de la normalidad constitucional. Dichos instrumentos tienen que estar previstos en el ordenamiento constitucional, incluso darle identidad también. Aunque no operan correctamente, se utilizan de manera esporádica, con el fin de remediar el rompimiento de los límites del sistema constitucional a través de estos controles.

En primer lugar, lo que se controla no es la inactividad de la/el legislador sino las consecuencias jurídicas de su inactividad; del mismo modo que el control constitucional ejercido sobre su ley lo es sobre el producto normativo de la actividad del Poder Legislativo y no sobre esa misma actividad o sobre el órgano constitucional propiamente dicho. En segundo lugar, la posición constitucional del Legislativo e incluso su *plus* democrático no le hacen inmune cuando conculca la Constitución, de hecho pueden infringirla simplemente guardando silencio. Para que ese silencio sea lesivo de la Constitución no es necesario que afecte a aquellos deberes, explícitos o no, de legislar que la Constitución pueda imponerle (sin perjuicio de que así pueda ser y sea éste el caso más evidente y sencillo de omisión inconstitucional), ya que basta con que su silencio constituya una indebida forma de cierre de la apertura constitucional propia de las Constituciones democráticas, o, más simplemente, su silencio mantenga o cree situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.

Por ello, la función de la jurisdicción constitucional no es controlar la actividad de la/el legislador (o precisamente su inactividad) sino las normas que la/el legislador crea o no mediante sus actos legislativos o mediante su inactividad. Si es así, lo que es objeto de su función, porque así lo exige el principio democrático (que no el de división de poderes), es asegurar la supremacía jurídica de la Constitución mediante el control de constitucionalidad de las normas que emanan del Poder Legislativo (y no el control del Legislativo en sí mismo).

Así pues, si de la inactividad legislativa se trata de un silencio de la/el legislador (silencio u omisión absoluta) o de un silencio de la ley (silencio u omisión relativos), se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, norma que obviamente estará “implícita” (por oposición a la “explícita” que es la recogida en el texto de la ley) en ese silencio no hay inconveniente técnico alguno para que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma emanada de la inactividad de la/el legislador, como lo hace de las que emanan de su actividad. En un caso u otro lo que controla la jurisdicción constitucional no es más que la constitucionalidad de las normas que emanan del Poder Legislativo, lo que se corresponde con su función en un sistema constitucional democrático²³.

²³ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Op. Cit. 14.

En segundo lugar, es el reconocimiento de los papeles políticos lo que inevitablemente asume la jurisdicción constitucional como órgano de control (en defensa de la supremacía de la Constitución) de los poderes clásicamente “políticos”. Determinar si una ley es o no constitucional es, desde luego, una operación jurídica. Pero al mismo tiempo posee también una naturaleza política de manera imprescindible en tanto acto de control entre poderes. Demás está decir que si la sentencia de un tribunal constitucional tiene efectos expansivos, ya que debe ser seguida por los otros tribunales del país, ya por derogar la ley inconstitucional, esa entidad política se acrecienta. Paralelamente, interpretar la Constitución (una norma que es, sobre todo y según la feliz expresión estadounidense, un instrumento de gobierno), exige también en quien realiza tal tarea, entre otras cualidades políticas, medida, perspectiva histórica y contextual, un buen manejo de la ideología constitucional y la aptitud de medir las consecuencias y verificar los resultados de su acto de control²⁴.

La legitimidad de los tribunales constitucionales y admitido que sólo ellos (y no cualquier jueza/juez, como ocurriría en un sistema difuso) son competentes para determinar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión; el respeto al principio de división de poderes lo único que exige es que dichos tribunales no dicten normas legales provisionales. Nada hay que objetar a ello. Es más, en aquellos escasos ordenamientos que admiten la existencia de la inconstitucionalidad por omisión los órganos jurisdiccionales competentes se limitan a emitir recomendaciones y a solucionar los casos particulares que se les presentan²⁵.

Precisamente, para Tena Ramírez, una violación a la Constitución debe ser prevenida y reparada, lo que quiere decir que, además de preservar la Constitución observándola voluntariamente, tiene que existir un medio constitucional de protección contra las transgresiones²⁶. Por su parte, Fix Zamudio reconoce que la denominada “protección de la Constitución” es el aspecto fisiológico de la ley fundamental, lo que quiere decir que se trata del funcionamiento adecuado de los órganos del poder. Sin embargo, puede existir un *funcionamiento inadecuado*, que significa una “patología” constitucional, que implica que: “los límites constitucionalmente señalados al poder no han cumplido con su cometido, han dejado de ser eficaces”. Ante esta situación de “anormalidad”, refiere el autor que es la propia Constitución la que prevé mecanismos reparadores del orden jurídico supremo²⁷.

²⁴ Rodríguez Ortega, Julio Armando, *Ponencia: La Omisión legislativa en Derechos Humanos, Op. Cit. 20*.

²⁵ Tajadura Tejada, Javier, *La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*, en Carbonell, Miguel, compilador, “En busca de las normas ausentes”. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2003, p. 285

²⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 491.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993, p. 259.

4. Afectaciones a los derechos humanos (derecho a la información y protección de datos personales) que genera la omisión del Legislativo

La omisión del Senado -de acuerdo con la determinación de la SCJN en su sesión del 13 de julio de este año- de designar a tres personas comisionadas del INAI tiene serias repercusiones en distintos ámbitos, pues imposibilita al pleno del órgano garante de transparencia ejercer sus facultades de manera plena. De acuerdo con el artículo 35 de la LFTAIP el INAI está impedido ahora de:

- Resolver los recursos de revisión que la ciudadanía presenta cuando los sujetos obligados no transparentan o entregan la información solicitada.
- Solventar los recursos de protección de datos personales que la ciudadanía presenta cuando los sujetos obligados ponen en riesgo su derecho a la intimidad y confidencialidad.
- Atraer los recursos de revisión de los órganos garantes de transparencia de las entidades federativas cuando se trata de temas relevantes de acceso a la información.
- Emitir recomendaciones a los sujetos obligados cuando no cumplen con sus obligaciones de transparencia.
- Interponer controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad ante decisiones que atentan contra los derechos de acceso a la información y protección de datos personales.

Lo anterior es grave, pues al día de hoy se registran 7570 recursos de revisión²⁸ sin poderse resolver, es decir, 7570 personas afectadas directamente que se ven imposibilitadas para acceder a su derecho a saber. De tal manera, la omisión deliberada del Senado tiene como consecuencia directa la obstaculización a la garantía de múltiples derechos humanos, como los de acceso a la información, de protección de datos personales y de libertad de expresión. Además, por el relevante rol que funge como derecho llave, se está imposibilitando indirectamente el acceso a otros derechos, como a la salud, la seguridad social, al trabajo, la justicia, la verdad, a un medio ambiente sano o a la participación ciudadana, por mencionar sólo algunos.

El 9 de julio, uno de los comisionados del INAI refirió²⁹ que del total de recursos de revisión interpuestos -pendientes de resolución- ya se tiene un proyecto para 4767 de

²⁸ INAI [@INAIMexico] (2 de agosto de 2023). El Pleno del INAI cumple 124 días sin contar con el quórum legal para sesionar. A la fecha tenemos 7 mil 570 recursos en materia de acceso a la información y de protección de datos personales pendientes de votación [GIF adjunto]. https://twitter.com/INAIMexico/status/1686750047260512257?t=IQHsMA_EuT9YIAS-Cqmp7w&s=19

²⁹ Alcalá, Adrián [@AdrianAlcala75]. (9 de julio de 2023). Hoy se cumplen 100 días sin que el Pleno del @INAIMexico pueda sesionar legalmente, te comparto algunos datos de los temas más comunes en los recursos de revisión en materia de #Accesoalainformación y protección de #DatosPersonales [video adjunto]. https://twitter.com/AdrianAlcala75/status/1678097147034583040?t=_jGn2sqDyqU3VnxlOp2yDw&s=19

ellos. De este universo, el 44% se relaciona con trámites que llevan a cabo los sujetos obligados y un 11% corresponde a información respecto a las condiciones laborales de las personas solicitantes. De los recursos en materia de protección de datos personales, el 55% versan sobre información vinculada con pensiones, el 33% acerca del acceso a datos personales y un 8% relativo a expedientes médicos. Es decir, la imposibilidad de atender los recursos de revisión está afectando directamente trámites sensibles para las personas, como sus indemnizaciones, incapacidades o pensiones, al mismo tiempo impide que las constantes negaciones de información por parte de las instituciones públicas sean resarcidas o sancionadas.

En este sentido, la omisión deliberada de designar tres personas comisionadas del INAI por parte del Senado incumple con lo dispuesto en la Constitución y diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano. Entre ellos, el artículo primero constitucional, referente a que todas las personas gozarán de los derechos humanos contenidos en la Constitución y que todas las autoridades (incluida la Cámara alta) tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; el sexto sobre el derecho de acceso a la información; el séptimo relativo a la libertad de expresión; el 14 sobre que ninguna persona puede ser privada de sus libertades y derechos; y el 16, que establece la protección de los datos personales en relación con el 49 relativo a la división de poderes y demás aplicables de la Constitución.

Asimismo, viola lo dispuesto en los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En relación con este último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala -en una consulta hecha por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)- que "ningún derecho reconocido por la Convención [Americana] puede ser suspendido a menos que se cumplan las condiciones estrictas señaladas en el artículo 27.1³⁰", es decir, únicamente en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte.

Que se permita al INAI sesionar con el número de integrantes de su pleno con los que actualmente cuenta.

"[...] 4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de [las personas]. Los Estados están obligados a garantizar el

³⁰ "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social." Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, CIDH, art. 27. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas. [..]”

La situación se agrava frente al contexto actual de transparencia y acceso a la información en el país, donde las limitantes de información son cada vez más recurrentes por parte de los sujetos obligados. De acuerdo con datos del INAI, durante los primeros cuatro años de la actual administración federal, el número de recursos de revisión interpuestos por falta de transparencia del Estado se ha incrementado de manera exponencial, de 2018 a 2022 aumentaron un 125%³¹, lo que habla de estrategias institucionales para negar información. De hecho, tan sólo en el primer año de gobierno, el número de quejas creció 57% en comparación con 2018. Mientras que de 2021 a 2022 aumentaron en 48% y 16% las impugnaciones recibidas ante el INAI por falta de respuesta de los sujetos obligados³².

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en

*Tesis número P./J. 43/2003, Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVIII, Agosto de 2003. Tesis:. Página: 1296, de rubro y contenido: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO SE TRATE DE OMISIONES, LA OPORTUNIDAD PARA SU IMPUGNACIÓN SE ACTUALIZA DÍA A DÍA, MIENTRAS AQUÉLLAS SUBSISTAN. El artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece plazo específico para la promoción de la controversia constitucional respecto de omisiones, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza **crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se genera y reitera día a día, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma.** Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista”.*

En este sentido, es importante tener presente que el derecho de acceso a la información constituye un derecho fundamental para que las personas estén informadas respecto al sentido de la toma de decisiones de las instituciones públicas, y con esa base, participen en el escrutinio público de las mismas, toda vez que

[e]l acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite contar con un debate público sólido e informado. De esta manera, el acceso a la información habilita a las personas para asumir un

³¹ El número total de recursos de revisión en 2018 fue de 10 912, mientras que en 2022 se interpusieron 24 650.

³² De acuerdo con los datos obtenidos en el apartado de datos abiertos de la Plataforma Nacional de Transparencia: https://www.plataformadetransparencia.org.mx/web/guest/datos_abiertos.

*papel activo en el gobierno, condición necesaria para el mantenimiento de una democracia sana.*³³

Es decir, el DAI se ve permeado en su dimensión individual y colectiva, pues -en muchas ocasiones- la información que se va aperturando beneficia tanto a la persona solicitante o a la que interpuso la impugnación como a la sociedad en su conjunto. La funcionalidad del INAI y sus determinaciones en materia de derecho a la información en México han permitido generar referentes importantes para garantizar el derecho a saber y el derecho a la verdad de la sociedad, respecto a casos de alto interés público y relevancia social, relacionados con violaciones graves a derechos humanos y combate a la corrupción. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que el derecho a saber la verdad

[...] es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para [las y] los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía.

Por ejemplo, sobre la masacre de Tlatlaya³⁴ y el caso Ayotzinapa. Respecto a este último, recientemente, en febrero de 2023, el INAI instruyó a la Fiscalía General de la República (FGR) a proporcionar información sobre 83 órdenes de aprehensión, así como de 21 órdenes de aprehensión sobre las cuales la autoridad habría desistido, relacionadas con la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural "Raúl Isidro Burgos", de Ayotzinapa. Pese a que la Fiscalía señaló que el nombre de los presuntos responsables e imputados constituye información reservada y confidencial. Ante la inconformidad de la persona solicitante por la respuesta otorgada por la FGR, el órgano garante mencionó que la información es de interés público y que se relaciona con actos considerados como graves violaciones a los derechos humanos, razón por la cual amerita aplicar una excepción a la reserva prevista en el artículo 112 de la Ley Federal de Transparencia³⁵.

³³ CIDH, Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2003, Relatoría Especial para la libertad de expresión, 2004, pág. 144. Disponible en línea:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202003.pdf>

³⁴ El 30 de junio de 2014, el Ejército mexicano abatió a al menos 22 personas en el municipio de Tlatlaya, Estado de México, a causa de un supuesto enfrentamiento con delincuentes. Desde la fecha de estos acontecimientos se ha denunciado la intención del gobierno de distorsionar la verdad, ocultar lo que realmente ocurrió sumado a la omisión del Estado de investigar y sancionar a los responsables. En virtud de estos hechos y a partir de las negativas de información pública que distintas personas recibieron de la entonces Procuraduría General de la República (PGR) para conocer sobre las ejecuciones extrajudiciales de civiles a manos del Ejército en Tlatlaya, es que el INAI determinó resolver sobre el interés público que enmarca este caso. Al respecto, el INAI señaló la importancia de entregar versiones públicas de la averiguación previa por tratarse de un caso de violaciones graves a derechos humanos, información que, conforme a los artículos 5 y 115, de la Ley General de Transparencia no puede reservarse. En *Amicus Curiae*. Recurso de Reclamación 229/2023-CA derivado del incidente de suspensión de la Controversia Constitucional 280/2023, presentado el 15 de junio de 2023.

³⁵ Shelma Navarrete, *INAI: FGR debe informar sobre 83 órdenes de aprehensión por caso Ayotzinapa*, en *Expansión*, 5 de febrero de 2023. Disponible en:

También en casos de corrupción el ejercicio del derecho a la información ha permitido aperturar varios de estos escándalos. Un ejemplo es el de los "agronitrogenados", en el que Alonso Ancira presuntamente otorgó sobornos de 3 millones y medio de dólares a Emilio Lozoya, entonces director de Petróleos Mexicanos (PEMEX), para favorecer a sus empresas con contratos públicos. En diciembre de 2013, PEMEX compró la planta de Agronitrogenados en condiciones de chatarra en 257 millones de dólares, cuando estaba valuada en 58 millones de dólares, casi 400% más de su valor. Para obtener la información se interpusieron ocho recursos de revisión³⁶ entre 2017 y 2020, dirigidos a seis³⁷ sujetos obligados en los que el INAI ordenó la entrega, pues se había negado por declaración de inexistencia o reservada. Finalmente, a través de la resolución de los recursos de revisión, fue posible acceder a la información sobre avalúos, contratos de crédito, contratos de compraventa e información sobre procedimientos de responsabilidad de personas servidoras públicas relacionadas con la operación, colocando la información al alcance de todas las personas para el escrutinio público.

Otro caso emblemático en esta administración es el de Seguridad Alimentaria Mexicana (SEGALMEX), pues tras la noticia del supuesto desvío de 9,500 millones de pesos y las denuncias alrededor del caso, el interés ciudadano sobre el mismo ha aumentado. Hasta el 28 de junio de este año, se registraron 408 solicitudes de información y 73 recursos de revisión interpuestos, de los que en el 65% se ordenaría la respuesta a la persona recurrente³⁸, situación que no puede concretarse por la parálisis inducida al pleno del INAI por parte del Senado.

A lo anterior, se suma la publicación del Acuerdo por el que se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal realizar las acciones que se indican, en relación con los proyectos y obras del gobierno de México considerados de interés público y seguridad nacional, así como prioritarios y estratégicos para el desarrollo nacional de 2021, el cual pretendía calificar toda la información de grandes obras de infraestructura como de seguridad nacional sin previa prueba de daño. Este Acuerdo fue declarado inconstitucional por la SCJN, ante la controversia constitucional (217/201) promovida por el INAI. No obstante, horas después de esta resolución, el Ejecutivo Federal publicó el Decreto por el que la construcción, funcionamiento, mantenimiento, operación, infraestructura, los espacios, bienes de interés público, ejecución y administración de la infraestructura de transportes, de servicios y polos de desarrollo para el bienestar y equipo tanto del Tren

<https://politica.expansion.mx/mexico/2023/02/05/inai-fgr-debe-abrir-informacion-sobre-83-ordenes-de-aprehension-por-ayotzinapa>

³⁶ Guerra Ford, Oscar M, Resoluciones de recursos de revisión relacionados con el caso de la planta de fertilizantes: agronitrogenados, INAI, consultado el 24 de julio de 2023 en <https://inicio.inai.org.mx/nuevo/Agronitrogenados.pdf>

³⁷ Nacional Financiera, Secretaría de la Función Pública, Banco Nacional de Comercio Exterior, Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, Pemex Fertilizantes y la Auditoría Superior de la Federación.

³⁸ Del Río Venegas, Norma Julieta, *Sin INAI, perdida la oportunidad de conocer el fondo de caso Segalmex*, El Universal, consultado el 24 de julio de 2023 en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/norma-julieta-del-rio-venegas/sin-inai-perdida-la-oportunidad-de-conocer-el-fondo-de-caso-segalmex/>

Maya como del Corredor Interoceánico del Istmo de Tehuantepec, así como los aeropuertos que se indican, son de seguridad nacional y de interés público, representando un obstáculo para ejercer el derecho de acceso a la información y sin que el pleno del INAI tuviera la posibilidad de presentar alguna acción legal válida por la imposibilidad de tener quórum en su pleno.

De tal forma, la omisión del Senado aleja a la sociedad de su derecho a saber y pone en una situación de suma desprotección a las personas ante la vulneración de sus derechos humanos, al mismo tiempo que debilita una institución central para los controles democráticos y apertura del quehacer gubernamental. Respecto a esto, la Relatoría especial para la libertad de expresión señala que

[La] implementación efectiva [del derecho de acceso a la información] constituye un aspecto fundamental para la consolidación del derecho a la libertad de expresión, fomenta la lucha contra la corrupción, contribuye de manera decisiva al establecimiento de políticas de transparencia, necesarias para fortalecer las democracias y el respeto por los derechos humanos, así como promueve mercados económicos estables [y] justicia socioeconómica.³⁹

En este mismo sentido, contraviene el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo Escazú) ratificado por México en 2020 y que en su artículo 5, punto 18 determina que

Cada Parte establecerá o designará uno o más órganos o instituciones imparciales y con autonomía e independencia, con el objeto de promover la transparencia en el acceso a la información ambiental, fiscalizar el cumplimiento de las normas, así como vigilar, evaluar y garantizar el derecho de acceso a la información.

El hecho de que el INAI, órgano autónomo y garante de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales, tenga un pleno inoperante por la omisión de un tercero (el Senado) contraviene las obligaciones constitucionales que tiene el Senado de designar y estos compromisos internacionales. Asimismo, vulnera los derechos humanos de todas las personas que vivimos y transitamos en México.

Una situación grave y poco visible por la negación de información sensible son las afectaciones producidas por la limitación a concluir diversos trámites personales vinculados a derechos sociales. Al respecto, el 21 de junio, una persona comisionada del INAI refirió⁴⁰ que actualmente existe un recurso de revisión para atender la queja de

³⁹ OEA, CIDH, *Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), 2007, disponible en:

<http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

⁴⁰ Alcalá, Adrián [@AdrianAlcala75]. (14 de junio de 2023). Se cumplen 75 días sin quórum en el pleno @inainmexico. Hoy se habría resuelto un asunto donde se negó al titular el acceso a su #expedienteclínico.

una persona a la que se le negó el acceso a su expediente clínico para conocer los procedimientos que le fueron realizados dentro de la institución médica. Frente a la solicitud de información hecha, el sujeto obligado señaló que no era posible entregarle la información porque bajo su argumento, la persona continúa en tratamiento. Sin embargo, el INAI ha determinado que la titularidad del expediente le corresponde al paciente, por lo que las instituciones de salud están obligadas a facilitar el acceso a los mismos y tengan conocimiento de los procedimientos médicos que les han sido practicados. Así, la resolución del pleno del INAI resulta fundamental para que la persona que presentó la impugnación pueda acceder a una indemnización o incapacidad, por ejemplo.

Otro de los casos⁴¹ que están imposibilitados de resolución consiste en la solicitud de información de una persona hablante del idioma maya que pide la respuesta en la misma lengua indígena al Instituto Nacional de Antropología e Historia para que le informe de qué manera protegerá el Tren Maya el camino antiguo que parte del poblado de Kopchén, pues es importante para los usos y costumbres de las comunidades cercanas toda vez que cada año realizan una peregrinación que cruza con la ruta del tren. La información permitiría conocer si se está salvaguardando lo establecido en el artículo 2º constitucional, referente a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

La inoperancia del pleno del INAI también mantiene en incertidumbre a muchas personas que no han podido resolver trámites por la falta de información o de un documento que les ha sido negado. Tal es el caso⁴² de una madre de familia que solicitó información al Instituto Mexicano del Seguro Social sobre la pensión de invalidez que cobraba su hijo antes de fallecer, el Seguro Social le informó que dicho documento no obra en sus archivos. La resolución de la inconformidad sigue pendiente y afecta a los familiares de las personas occisas a acceder a los beneficios a los que legalmente tienen derecho. Por lo que, el aplazamiento diario de esta información repercute directamente en la vida cotidiana de miles de personas.

Tan sólo en 2023, los cinco sujetos obligados con mayor número de recursos de revisión interpuestos de acuerdo con el apartado de datos abiertos de la Plataforma Nacional de Transparencia, son el Instituto Mexicano del Seguro Social, la Secretaría de Educación Pública, la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, la

¿Sabías que puedes solicitar este documento, a través del derecho a la protección de #DatosPersonales, garantizado por el #INAI? [video adjunto].

https://twitter.com/AdrianAlcala75/status/1669141120172040192?t=Aya0QBRybmX_aRboHk_Zhg&s=19

⁴¹ Alcalá, Adrián [@AdrianAlcala75]. (7 de junio de 2023). Cumplimos 68 días sin quórum legal para sesionar en el @inaimexico. Hoy se habría resuelto un recurso de revisión en materia de acceso a la información, donde una persona solicitó al @INAHmx información relacionada con el #trenmaya, en lengua #Maya. [video adjunto]. https://twitter.com/AdrianAlcala75/status/1666587631826931713?t=yIe74JMdiYdbWnQWFPfC_A&s=19

⁴² Alcalá, Adrián [@AdrianAlcala75]. (5 de julio de 2023). Se cumplen 96 días sin quórum para sesionar en el pleno del @inaimexico. Hoy se habría resuelto un asunto que tiene que ver con los #DatosPersonales de personas fallecidas. [video adjunto].

<https://twitter.com/AdrianAlcala75/status/1676747714963578881?t=byYn7-IK28NAX7YP1eW7Hw&s=19>

Secretaría de la Función Pública y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

De tal manera, las materias y ámbitos sobre los que versan los recursos de revisión son sumamente variados y, por lo tanto, los derechos que posibilitan también.

Actualmente, el único mecanismo para acceder a la resolución de un recurso de revisión interpuesto es a través de un amparo y que el Poder Judicial le ordene al INAI sesionar para atenderlo. Sin embargo, no todas las personas tienen los recursos materiales ni humanos para interponer este recurso legal y acceder de manera pronta a la información.

En suma, de acuerdo con lo dispuesto en el marco legal nacional e internacional se advierte que la omisión del Senado tiene como efectos vulneraciones serias a los derechos humanos de las personas, no sólo de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales que tutela el INAI sino de los otros que se posibilitan por el ejercicio del derecho a saber, colocando en situación de vulnerabilidad e indefensión a la sociedad mexicana. Por lo que se vuelve urgente que la SCJN determine medidas urgentes y contundentes para la protección de estos derechos y cese el desacato por parte de la autoridad responsable.

4. Efectos de la sentencia

Para dar continuidad a los aportes vertidos en este escrito y, sobre todo, para generar consecuencias y aplicación a los postulados emitidos por este Tribunal Constitucional, es necesario apuntar hacia acciones que concreten y den validez a la parte resolutive de esta sentencia, en el siguiente sentido:

- A. Que se establezca un plazo límite para la designación de las personas comisionadas del INAI pendientes.

En la Controversia Constitucional 207/2021 este máximo Tribunal ya había fijado un importante precedente ante la omisión de otro poder público -el poder ejecutivo- de nombrar a integrantes de un organismo autónomo constitucional, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), en la que señaló que *“la falta de sus integrantes transgrede el diseño constitucional e impide que el órgano constitucional autónomo pueda tomar las decisiones y desplegar las funciones para las que fue creado, generando una violación al principio de división de poderes”*.

En esa sentencia, **la Corte reconoce que el límite al concepto de “tiempo razonable” en un proceso de nombramiento y designación de integrantes de los organismos autónomos se da en el momento que se afecta su diseño constitucional y lo imposibilita para ejercer sus funciones.**

Además, como señala Fernández Rodríguez, la omisión del legislativo al incumplimiento, **durante un tiempo excesivamente largo**, de las normas constitucionales a las que está obligado, generan una inconstitucionalidad porque se impide su eficaz aplicación⁴³.

En el caso del INAI, la afectación a su diseño constitucional ocurrió desde la falta de designación de quienes sustituirían a los entonces comisionados Oscar Guerra Ford y Rosendoevgueni Monterrey Chepov en abril de 2022, ya que se redujo el número de integrantes establecidos para conformar su pleno de siete a cinco y, respecto a la afectación a la imposibilidad de cumplir con sus funciones, a partir de que su Pleno queda con sólo cuatro personas comisionadas a partir del 1° de abril de 2023, imposibilitando formar el quórum legalmente requerido para que pueda sesionar y resolver las inconformidades de la ciudadanía respecto al derecho a la información y la protección de datos personales.

Como se ha manifestado de manera amplia y públicamente, no sólo es la falta de acuerdo político lo que ha imposibilitado terminar los procesos de designación de las tres personas comisionadas vacantes, sino que ha sido la falta de voluntad política para concluir estas importantes decisiones, es decir, de una omisión deliberada del Senado de concluir dichos nombramientos.

Legisladoras/legisladores integrantes del partido político mayoritario en el Congreso han manifestado públicamente, en reiteradas ocasiones, que no tienen la intención de designar a las/los comisionados del INAI, y en su caso, lo harán cuando el Senado lo considere. Si bien el actuar del legislativo podría considerarse potestativo, este no puede extender ni permitirse al grado que genere afectaciones al cumplimiento eficaz de las normas constitucionales ni de la garantía de derechos humanos. Y la falta de cumplimiento a la designación de las/los comisionados del INAI ha acumulado ya cuatro meses de inoperancia del organismo autónomo y más de 7000 recursos de revisión pendientes por resolver. Además, han expresado su interés de modificar la LFTAIP para desaparecer al organismo autónomo, lo que implicaría un importante retroceso en derecho a la información⁴⁴.

Es importante recordar que durante la discusión de esta controversia, las y los ministros señalaron que la obligación de nombrar y designar a las personas comisionadas del INAI inicia 60 días antes de que finalice el periodo de la persona correspondiente y por ello, en este asunto, los 489 días (y acumulándose) sin que

⁴³ Roja Zamudio, Patricia. Omisión Legislativa. Estudio comparado de su tratamiento y forma de control entre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Suprema Corte de Justicia Mexicana. Recuperado de: <https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/025laura-patricia-rojas-zamudio.pdf>

⁴⁴ La reforma constitucional en materia de derecho a la información en 2014 y la creación de un organismo autónomo constitucional que vele por el derecho, implicó un importante paradigma en la materia y un referente para fortalecer el marco normativo e institucional de este derecho a nivel regional.

finalice este proceso rebasan cualquier consideración de un “plazo razonable” y por lo tanto se configura ampliamente la omisión por parte del Senado.

Frente a este contexto de retrasos y negativa deliberada del Poder Legislativo de concluir dicho proceso, dejar al arbitrio del Senado la decisión de finalizar la designación podría prolongarse hasta el absurdo de dejar al INAI sin personas comisionadas hasta su extinción, tal como señaló el ministro Alcantara Carrancá, y como consecuencia, mantener el estado de violación al principio de división de poderes y acumulando transgresiones a los derechos humanos que este organismo autónomo ampara.

En seguimiento a los postulados ya vertidos por esta Corte en la Controversia Constitucional 207/2021, este Alto Tribunal sí puede fijar y/o criterios para fijar un plazo, para que el Senado designe a las y los comisionados del INAI -sin que exceda el término del siguiente periodo ordinario de 2023- y con ello dotar de certeza jurídica tanto al organismo autónomo como a las más de 7000 personas a quienes sus derechos han sido vulnerados.

Al respecto, la Sala Constitucional de Costa Rica resolvió, en un caso sobre omisión legislativa de la Asamblea Legislativa, la posibilidad de ordenar de manera explícita o implícita que determinados contenidos constitucionales sean desarrollados por el legislador, en virtud de la inconstitucionalidad que la omisión generaba en la eficaz aplicación de normas constitucionales. Así, la Sala resolvió la necesidad imperiosa de establecer un término para subsanar la omisión y evitar graves afectaciones a los derechos humanos⁴⁵.

Además, establecer un plazo para la designación de las personas comisionadas pendientes del INAI no sólo es correspondiente con el cumplimiento de la sentencia conforme a la Ley Reglamentaria de la Controversia Constitucional, sino que implica mantener la consistencia de las resoluciones de esta Corte y le da solidez a un importante precedente para evitar que en otras designaciones -de otros organismos autónomos y poderes públicos, incluyendo esta Suprema Corte- el Senado omita cumplir con su obligación y afecte el diseño constitucional establecido.

Por lo que los efectos que mandate la SCJN sentarán un precedente fundamental respecto al conjunto de designaciones públicas, en un contexto de amenazas y amagos contra los órganos autónomos y diversas instituciones clave para la garantía de los derechos humanos de las personas y dónde la omisión en las designaciones se ha convertido en una vía, en un patrón para debilitar y cercenar su funcionamiento. Así, las medidas que se establezcan permitirán fortalecer los controles democráticos.

⁴⁵ Roja Zamudio, Patricia. Omisión Legislativa. Estudio comparado de su tratamiento y forma de control entre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Suprema Corte de Justicia Mexicana. Recuperado de: <https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/025laura-patricia-rojas-zamudio.pdf>

- B. Que se permita al INAI sesionar con el número de integrantes de su pleno con los que actualmente cuenta.

Así mismo, como lo señaló este Alto Tribunal Constitucional, los efectos que produce la inactividad del INAI recaen en violaciones a derechos humanos, en los derechos de acceso a la información y protección de datos personales que, como se ha mencionado, son esenciales para la garantía de otros derechos.

En el contexto en el que el Senado no sólo ha incurrido en una omisión por no concluir con las designaciones de las personas comisionadas del INAI, sino que se ha negado a cumplir con las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, resulta evidente su intención de retrasar y no cumplir con este mandato, aún frente a una sentencia constitucional como esta.

En caso de asumir la obligación de cumplir con los mandatos constitucionales, no pasa desapercibido que, a la fecha, el INAI sigue acumulando recursos de revisión sin resolver, como inconformidades de la ciudadanía por la falta de respuesta de los sujetos obligados respecto a los derechos a la información y protección de datos personales.

La consecuencia de la parálisis del INAI es la afectación a más de 7000 personas -más de 7000 recursos de revisión acumulados la fecha de presentación de este amicus- cuyos derechos están en pausa o siendo transgredidos por la falta de quórum legal del INAI para sesionar.

Como se ha señalado ampliamente en este documento, los efectos adversos de que el INAI no pueda sesionar por falta de quórum legal como consecuencia de una omisión del Senado, se traduce en la vulneración directa el orden constitucional -que provee la existencia de un organismo con siete personas comisionadas, su funcionalidad y autonomía como órgano garante- la vulneración al principio de división de poderes, como lo señalaron las/los ministros en la discusión de este asunto y conforme la resolución de la Controversia Constitucional 207/2021 relativa a la designación de integrantes de la COFECE y, como consecuencia, aún más agravada, la transgresión permanente de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales de toda la sociedad.

En el presente caso, la falta de designaciones de personas comisionadas del INAI por una clara intención de dejar inoperante al organismo, genera serias afectaciones en el reconocimiento y ejercicio de derechos, por lo que esta Suprema Corte debe implementar medidas que velen por mantener la funcionalidad del organismo garante, el orden constitucional y particularmente la exigibilidad de los derechos que vigila el INAI y que ahora se ven afectados por esta omisión deliberada y reiterada del Senado.

Así, de conformidad con los principios de interpretación más amplia y garantista de los derechos humanos, este Alto Tribunal podría hacer una interpretación conforme para garantizar el parámetro de regularidad constitucional y evitar la continuidad de violaciones de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales que se mantiene por la parálisis del INAI, como consecuencia de una intención del Senado de no concluir la designación de sus personas comisionadas.

Como señala Caballero Ochoa, los efectos de esta interpretación tienen como fin asegurar la integración normativa de los derechos y resolver las tensiones, conflictos o antinomias que se presenten entre los mismos⁴⁶, que en este caso se traducen en mantener el diseño constitucional previsto para la integración del INAI y su funcionalidad en la garantía de dos derechos humanos.

En ese sentido, es dable inaplicar temporalmente el artículo 33 de la LFTAIP para que el INAI pueda sesionar temporalmente con el número de comisionadas/comisionado con los que cuenta actualmente, como parte de los efectos de la resolución de esta controversia constitucional y como una acción necesaria para restablecer el orden constitucional, para que la ciudadanía recupere la garantía de sus derechos, en tanto el Senado cumpla con su obligación de designar a las personas comisionadas del INAI.

Lo anterior en virtud de que este poder de la unión ha demostrado, no sólo en la designación del organismo autónomo del que es parte esta controversia sino en los 100 procesos de designación pendientes, su falta de interés para cumplir con sus obligaciones constitucionales y dejando sin validez la estructura constitucionalmente establecida para garantizar los derechos de acceso a la información y protección de datos personales.

5. Petitorios

PRIMERO.- Tener por presentado el escrito de Amicus Curiae en relación con los efectos de las sentencia derivada de la Controversia Constitucional 280/2023.

SEGUNDO.- Con los argumentos vertidos en el presente escrito, determinar un plazo, que exceda el siguiente periodo ordinario de sesiones 2023, para que el legislativo concluya con la designación de las personas comisionadas pendientes y, en tanto, otorga al INAI la posibilidad de que pueda sesionar con las cuatro actuales integrantes.

⁴⁶ Caballero Ochoa, José. La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Recuperado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/06_CABALLERO_REVISTA%20CEC_03.pdf