



SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EN ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

MAGISTRADO SALVADOR NAVA GOMAR
*Magistrado Integrante de la Sala Superior del Tribunal
Electoral del Poder Judicial de la Federación*

Muchas gracias, Paco. Una disculpa a Marcela por ser tan poco caballerosos y empezar los hombres, pero por esas cuestiones de equidad de género me parece que es más paritario así y será mejor que tú cierres.

Debo decir que la profesora Basterra viste este evento de lujo, es una muy querida amiga. Nos conocemos desde hace mucho tiempo, hemos estado en distintos países, en distintos eventos académicos, jurídicos. Uno de ellos, para que ustedes le calculen, cuando yo pertenecía a un grupo de profesores jóvenes de derecho constitucional; la profesora sigue perteneciendo a él, a mí ya me graduaron y me egresaron de ahí.

El doctor Acuña, nuestro encargado de Documentación y Transparencia en el Tribunal, es también un muy querido amigo de tiempo. Así que, permítanme hacerles partícipe lo contento que estoy de compartir con ustedes. Marcela, muy bienvenida; Paco, muchísimas gracias.

No agradezco la invitación porque pertenezco a una de las instituciones organizadoras, pero sí celebro que el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, don Juan Silva Meza; y el presidente del Tribunal Electoral, don Alejandro Luna Ramos, sigan impulsando estos temas para que hoy, aquí, cientos de personas podamos seguir hablando en público lo que es público.

Hace más de 10 años, cuando estábamos un grupo de profesores universitarios con un proyecto de una Ley de Transparencia, puedo afirmar que éramos una especie de bichos raros, es decir, se nos decía: “Y estos cuates, ¿qué quieren con la Ley de Acceso a la Información, la Protección de Datos?, ¿de qué están hablando?”.

De hecho, se entendía que para ejercer el poder, hablo décadas atrás, había que tener información; la información era un mecanismo de poder, pero para aquellos que lo ejercían y no para la ciudadanía.

Soy tan poderoso, podían pensar los políticos de aquel tiempo, que tengo

información que los demás no pueden poseer. Hoy, desde luego, la cuestión ha cambiado y todos los que estamos aquí no somos ningunos *bichos raros*, sino gente preocupada y ocupada por hacer público, como decía Bobbio, lo que es público.

Ahora bien, esto ha evolucionado de tal suerte, que ya no hablamos solo de categorías generales, de categorías normativas y de cuestiones que hay que llevar a la positivización e incluir en la Constitución como ya está; sino que hay que ver cómo afecta de manera concreta y cuál es la evolución, y cuál es el papel institucional de aquellos que nos encargamos de velar por hacer de las cosas más transparentes y más públicas.

La concreción del derecho está en las sentencias. Y me voy a permitir hablar con ustedes de algunas cuestiones que hemos resuelto en la Sala Superior. Nada más déjenme dar algunos datos para que sepamos, tengamos el contexto y el entorno.

Afirmamos que estamos en una institución transparente. Antes de que yo ingresara al Poder Judicial de la Federación, antes de que me votara el Senado y me propusiera la Corte Interna para integrar la Sala Superior, yo ya había dicho y escrito, por fortuna lo tengo documentado, que la gran revelación de la transparencia en México era el Poder Judicial de la Federación.

Tradicionalmente se ubica al Poder Judicial como un coto cerrado, se imagina uno a los jueces encerrados en su cubículo redactando sentencias y la gente no puede entrar a verlos, sino hasta que esta se ha fallado y uno es recipiente de las mismas. Esto no ocurre con el Poder Judicial y, en particular, permítanme hablar del Tribunal Electoral.

De entrada la agenda de los magistrados, de nosotros siete, está en Internet; cualquiera de las partes sabe si yo recibo a alguna otra parte para hablar de un asunto; nuestras sesiones son públicas, deliberamos en público, se transmite por Internet y en televisión; y nuestras sentencias están en la red en menos de 24 horas; la gente puede saber qué es lo que hacemos.

El Comité de Adquisiciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación transmite en Internet, en vivo, sus deliberaciones; no hay un lápiz que se compre en el Poder Judicial, concretamente en el Tribunal Electoral, que ustedes no puedan saber de dónde viene; es decir, somos una institución transparente.

Hemos recibido en 2013 solo 208 solicitudes de información, y el tiempo de respuesta promedio es de 12 días. El histórico desde que esta integración está en la Sala Superior, de 2006 a este 2013, es de 4 mil 947, al día de ayer, solicitudes de acceso a la información; y de estas, en números redondos,



cinco mil solicitudes solo hemos recibido 28 recursos de revisión; es decir, 28 mecanismos que activa el ciudadano, con el cual no está de acuerdo con la información que se le proporciona.

Algunos pensamos que son pocas solicitudes y, efectivamente, es así, porque tenemos prácticamente todo disponible al público; es muy poco lo que no está y cuando se ha preguntado, se ha entregado.

En las visitas al portal institucional, esto confirma lo que estoy diciendo, está a cargo del doctor Acuña, en este año se han hecho un millón 243 mil 200 visitas al portal institucional, con 87 mil 763 descargas de documentos. El tiempo promedio de la gente que se mete a verlo es de 6 minutos y 38 segundos.

Estamos ahí y no estamos dedicados a ello, es decir, nuestra principal tarea es jurisdiccional, permítanme ustedes la obviedad, pero también para dar algunos datos, en números redondos esta integración ha resuelto más de 100 mil juicios y los pueden ustedes rastrear en la página de Internet.

La verdad es que es un tribunal que goza de una coincidencia pacífica respecto de sus resoluciones. Yo los reto a que traten de pensar en 50 resoluciones polémicas del propio tribunal y les aseguro que no lo conseguirán, y eso que nuestra clientela es muy cruel, trabajamos con políticos y la política es la cuestión más subjetiva que puede haber en la vida, claro, después del amor, pero no se trata hoy de hablar de eso.

Es lo más subjetivo porque los políticos hablan de cómo les va en la feria. El mismo actor puede decir: Este tribunal ha hecho justicia, ha aplicado los principios constitucionales y el mismo señor o señora a la semana está diciendo: No puede ser, no puede ser que no reconozcan nuestros derechos; la elección fue así y así. Esto es algo relativamente normal en el mundo de nuestros justiciables.

Aun así, repito, hay una coincidencia pacífica, no es ninguna gracia, porque para eso estamos, pero todas nuestras resoluciones se han cumplido.

Ahora bien, a mí el término de transparencia no me acaba de gustar, aunque ya es una corriente mundial. La transparencia es una cualidad física de los objetos; transparente es el cristal o el aire, y además, el exceso de transparencia podría lograr el efecto contrario, que es la invisibilidad, y aquí de lo que se trata es de ver.

Sin embargo, esta paradoja de meter a la función pública a los actos y a las personas que llevan a cabo funciones del Estado, me parece muy afortunada. Vivimos en una caja de cristal y el chiste es estar así.

Yo ubico más a la transparencia –y no lo veo como algo nuevo, desde luego– con el principio de publicidad de actos y normas, cuya primera manifestación

conocida, al menos por los historiadores, es el *Código de Hammurabi*. Aunque desde luego era espantoso, porque mandaba maldiciones a todos aquellos que no lo obedecieran y demás. Pero ya era una cuestión pública.

Un juez no puede trabajar sin el principio de publicidad de actos y normas, que como todos también sabemos, se subsume en otro principio general del derecho de mayor trascendencia y relevancia, que es el de seguridad jurídica y este, a su vez, se subsume en otro, que es el de legalidad, y este, a su vez, en el de Estado de Derecho.

Para resumirlo, porque el moderador es muy cruel con los tiempos, podríamos decir que sin transparencia no hay Estado de Derecho. Decía el presidente de la Corte que el Poder Judicial no puede llevar a cabo su función de manera mínimamente decorosa, lo estoy citando con mis propias palabras, si no hay transparencia.

Ahora bien, déjenme, ya para entrar en materia: hablar de la evolución jurisprudencial, la evolución que a través de las sentencias ha tenido el tema de la transparencia en la jurisdicción electoral, que es la que me encargo de trabajar.

En principio, hay que decir que el entorno electoral de hace unas décadas era cleptocrático, es decir, la gente no sabía cuánto costaban las cosas, cuánta gente votaba, cómo se gastaba el dinero los partidos, quién donaba y eso era un problema.

Antes de que hubiera la propia Ley de Transparencia, empieza a haber algunas solicitudes para manejar información y se confundía la vía, o bueno, se usaba la vía del derecho de petición para acceder a la información. Ya teníamos la estructura general del andamiaje institucional en la materia, que eran los institutos electorales, concretamente, el IFE.

A partir de aquí puedo hablar de cuatro fases de evolución:

La primera fase es cuando se limitaba el ejercicio del derecho de acceso a la información a los militantes, es decir, previo a la Reforma Constitucional y al desarrollo normativo, llega un asunto al IFE, un militante pide información a su propio partido político de algunas cuestiones y el partido no se la da; va al Consejo General, el Consejo General le dice que sí, se hace un juicio y el Tribunal afirma, dice: Efectivamente, los militantes tienen el derecho de saber las cosas que ocurren *ad intra* o al interior de sus partidos políticos. Esto me parece un mínimo, ni siquiera como para celebrar, pero en su momento fue una evolución.

La segunda fase tiene que ver con el derecho ciudadano, es decir, una persona pide información del partido político, el partido político le dice que no y que solo



es esa información, primero para las cúpulas, después para los militantes, se queja con el Tribunal Electoral y el Tribunal Electoral le dice: Efectivamente, se trata de un derecho fundamental o un derecho ciudadano. Dese la información.

La tercera fase podría señalarla a partir de esta integración de la Sala Superior, porque también ha evolucionado el tema en todo el país, en América Latina y en muchos otros países del orbe, hay que decirlo.

El primer tema fue un caso que denominamos *San Luis Potosí* en 2006 y fui el ponente, perdonen que hable de mí, pero hay pocas oportunidades, como dice Woody Allen, para hablar de las personas que más se quiere, como es el caso. Ustedes perdonarán.

La verdad es que tuve suerte, porque soy un comprometido del tema, es decir, como profesor había escrito; como activista había logrado algunas cosas, participé en la redacción de la Ley de Transparencia y toca este asunto; este asunto es una asamblea de un comité directivo estatal del PRI en San Luis Potosí y resulta que uno de los contendientes no va a la asamblea, estaba contendiendo por los cargos directivos y se queja después del resultado de la misma.

Eso, en la jurisdicción electoral, se desecha porque no tiene interés jurídico, se le dice: No puede ser que te quejes de una asamblea a la cual no asististe, cuando tenías las prerrogativas para ir, las posibilidades, y ahora te vienes quejando. No puede afectar tu interés si no estuviste ahí.

Nada más que este señor solicitaba dos cosas: Algunas quejas respecto del desarrollo de la asamblea e información sobre lo que había ocurrido antes y después de la asamblea.

Se propone desechar por mis colegas y yo les dije: No puede ser, porque una de las características principales del derecho de acceso a la información es la autonomía del mismo. Es decir, no se debe acreditar ningún interés en particular ni interés jurídico para justificar para qué se quiere la información.

Todos tenemos el derecho de pedir la información pública que nos dé la gana, sin aclarar siquiera nuestro nombre, sin identificarnos —si no es necesario— y sin explicar para qué y las veces que queramos. Y los que estamos en los órganos del Estado tenemos la obligación de proporcionarla. Así de sencillo.

Empezó la discusión, uno-seis, pude convencer a algunos de mis compañeros y quedó la votación cuatro-tres. Fue la primera vez que no se desecha un asunto en la Sala Superior por la ausencia en una asamblea cuando se trata de cuestiones de acceso a la información.

Después hubo una sentencia muy polémica, que fue una encrucijada biográfica para un servidor y es el caso de las boletas electorales de la elección de 2006.

Esa elección no la calificamos nosotros, sino la anterior integración del Tribunal.

Ustedes saben que fue muy cerrada la elección entre el presidente Calderón y el candidato López Obrador, menos de punto cinco porcentual de diferencia.

Y después viene esta demanda de voto por voto y casilla por casilla, que jurisdiccionalmente no era procedente, que aunque no la califique, les explico por qué: El mecanismo para calificar la elección presidencial, lo aprendí ahora que formé parte de la comisión que redactamos la sentencia de validez de la elección del presidente Peña. Estuvimos el magistrado Galván, el magistrado Carrasco y un servidor, fuimos los ponentes, pero bueno, me regreso.

El mecanismo para calificar la validez de la elección presidencial y de impugnarla, en su caso, es a través de los 300 distritos electorales. Es decir, cuando un partido encuentra alguna inconformidad o se quiere inconformar al respecto puede hacerlo solo en cada uno de los distritos, si se quiere quejar de todos, habría que inconformarse en los 300.

Lo que sucedió con el entonces candidato López Obrador, fue que en un distrito, en el 32 que está en el Distrito Federal, pidió que se abrieran los paquetes electorales de los 300. Eso jurídicamente no es viable, es como si ustedes viven en Baja California, tienen una casa, no les pagan la renta y van con el juez de Yucatán a pedirle que desaloje al señor. Sencillamente no hay jurisdicción y no hay un mecanismo territorial de validez, no se puede ir hacia allá.

Ya que se resolvió, se calificó la elección y demás, hubo una solicitud de información muy inteligente, diría yo, de la revista *Proceso*, concretamente del señor Rafael Rodríguez Castañeda, su director, en donde pedía acceso a la información a las boletas y pedía modalidad de acceso físico. Es decir, "quiero ir a las oficinas, a las bodegas de los 300 distritos, que me den los paquetes electorales, abrirlos y tener acceso a las boletas para poder contarlas".

Hago una confesión: Cuando estuvimos redactando y negociando con el gobierno federal en el seno de la Cámara de Diputados la Ley Federal de Transparencia, hago un recuento muy rápido, unos profesores hicimos un proyecto, después de un congreso en la ciudad de Oaxaca, un proyecto de ley para dárselo a las autoridades. Lo presentamos.

El gobierno del Presidente Fox hizo otra iniciativa, a mí me parecía tímida y cuando llegamos a la Cámara de Diputados los líderes parlamentarios eran del PRD, Martí Batres; del PRI, Beatriz Paredes y del PAN Felipe Calderón Hinojosa. Nos recibieron les explicamos nuestro proyecto y en un hecho insólito, primero en la historia nacional, los partidos de oposición, en ese tiempo PRI, PRD y algunos otros hicieron suya, como iniciativa, nuestro proyecto.



Cuando empiezan a negociar las iniciativas, es algo cotidiano en el mundo parlamentario, el Secretario de Gobernación, Santiago Creel, le dice a los líderes parlamentarios: “Bueno, negociemos estas iniciativas”, y las bancadas de oposición dicen: “Sí, pero que se sienten ellos que redactaron la ley, porque no conocemos el tema”.

Esto se lo platicábamos a una periodista del *New York Times*, Ginger Thompson, decía:

— ¿Y ustedes quiénes son, un grupo de profesores, y de qué universidades, de distintas, públicas o privadas?”

—De las dos”.

Y se empezó a juntar el apoyo de los medios de comunicación y dijo:

— ¿Y ustedes qué quieren?”

—Nada.

— ¿En dónde empezaron?”

—En Oaxaca.”

Y nos puso *Grupo Oaxaca* por eso, nada más por eso.

Cuando estábamos en esta negociación, el resultado fue la *Ley Federal de Transparencia*, jamás se habló de la materia electoral. Nunca, nadie lo sacó al tema.

Por la sencilla razón de que hubo dos grandes oleadas de andamiaje institucional y normativo, de creación normativa en México anteriores: la de Derechos Humanos, es decir, se crean las comisiones estatales y la Comisión Nacional de Derechos Humanos y después la electoral.

Se crea el IFE, se crea el Tribunal Electoral, se crean los institutos y los tribunales locales y lo creíamos un sistema acabado, cerrado. Cuando viene la oleada de transparencia, pues no se mete a ninguna de esas dos, porque se consideraban materias distintas.

El punto es que decimos, bueno, ¿qué es lo que debe prevalecer? ¿El sistema de máxima publicidad o la salvaguarda del sistema electoral, que funciona bastante bien?”

Cuando hay alguna democracia emergente que quiere establecer un sistema electoral, a través de la ONU nos han invitado muchas veces para ir a implementarlos, a Iraq o Afganistán, por ejemplo, o a Europa Oriental y por eso es que hemos estado algunos de mis colegas en el Consejo de Europa, en la Comisión de Venecia, que tiene que ver para el desarrollo democrático del mundo.

El punto es que lo empezamos a ver y decimos: “¿qué hacemos con esto?” Pero nadie sabe para quién trabaja. Nos decían, bueno, con estos transparentólogos seguro van a abrir las boletas.

Vimos que no es así, porque el sistema electoral en México es público, goza de un acceso a la información para todos los ciudadanos. Cuando acaba la jornada electoral se pega afuera de cada casilla el resultado de la misma casilla, firmada por todos los partidos políticos y contados por los propios ciudadanos.

Después se va a los distritos y también en público se canta el resultado de cada una de las casillas y el resultado se alimenta al servidor y se puede dar un seguimiento simultáneo puntual delante de los partidos y hecho por ciudadanos.

Era tal la desconfianza en el sistema electoral cuando se creó este nuevo diseño, que se blindó para que los paquetes electorales se cierren y no se puedan volver a abrir, por aquello de las *urnas embarazadas*, *ratones locos*, *carruseles*, y todo ese argot de la fontanería electoral del pasado, se acuerdan ustedes.

Entonces, el punto es: que no se pueda abrir un paquete electoral, ¿viola el acceso a la información? No.

¿El acceso a la información tiene que garantizarse sólo de manera física y presencial? No.

¿Qué es lo que importa en la información? Los datos.

Tengo un coche público, me traslado en un coche que es de todos ustedes, de todos nosotros, lo pagamos con nuestros impuestos. Ustedes me pueden preguntar cuánta gasolina usa, si se han hecho los servicios, qué kilometraje tiene, cómo frena, no sé.

Ahora, ustedes me podrían decir, bueno, déjame darle una vueltecita, magistrado, para ver si es cierto que está en esas condiciones, pues no.

¿Por qué? Porque tiene una finalidad destinada, es un bien público. Sin embargo, la información respecto de él o a dónde voy, que está en mi agenda, por supuesto que es público.

Algo similar sucedió y esto nos ha costado trabajo, porque tuvo todas las instancias nacionales y todas las instancias internacionales. La normativa mexicana está diseñada para que se destruya el material electoral una vez que se tiene el resultado. Y aquí hubo varios amparos, es decir, aunque no es la vía porque es electoral, que terminaron su cadena impugnativa.

Se fue a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se dictaron unas medidas cautelares para no destruir, se fue a la Organización de las Naciones Unidas, al Comité de Derechos Humanos, también hubo medidas cautelares para no destruir las boletas.



Y finalmente, tanto el resto del Poder Judicial de la Federación en los juicios de amparo, como las instancias internacionales (Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, máximos organismos que rigen al medio nacional y que nos obligan a los que trabajamos para el Estado), dijeron que, efectivamente ambas instituciones internacionales habíamos tenido una elección transparente, se había garantizado y satisfecho el derecho de acceso a la información y que los mecanismos de seguridad que no permiten el acceso físico a la documentación no tiene que ver con la privación a un derecho fundamental.

Hay algunas otras fases, entro a la mejor parte de la charla, que es cuando uno dice: “Y para acabar o por último”, para que descansen un poco, la cuarta fase tiene que ver con la potenciación del acceso a la información en tanto derecho fundamental.

Siguió avanzando esta progresión institucional y normativa, y se consagró como un derecho fundamental, se logró subirlo al artículo 6° de la Constitución, si me permiten la expresión, lo cual no estaba, es decir, no se consideraba un derecho fundamental y es mínimo en cualquier democracia. Hoy lo tenemos así.

Ha habido algunos otros casos interesantes en el cual se han obligado a las instancias que participan en dinámicas electorales a hacer público lo suyo, por ejemplo, en la designación de Consejeros Electorales en el estado de Colima resulta que los grupos parlamentarios deliberaron en encerrona y dijeron: “Los Consejeros van a ser la señora tal y el señor fulanito de tal”, varios más.

Vienen aquellos que querían participar y dicen: “Ni siquiera abrieron la convocatoria para poder participar”. Esto tiene que ver con un derecho mínimo de estar informado para poder acceder en condiciones de igualdad (artículo 35 de la Constitución) a los cargos públicos de mi país.

Y resolvimos en la Sala Superior que, efectivamente, para estar en condiciones de igualdad tiene que partirse de cuestiones o de garantizar la transparencia.

Hay muchísimas otras sentencias, pero me parece mucho más interesante en esta ocasión escuchar a la profesora Marcela Basterra que, como ya dije, nos engalana el asunto y, si hay tiempo, responder a sus preguntas lo cual haré también gustosamente.

Digo tres cosas: La primera es la coyuntura de la reforma que está respecto de las instituciones electorales. La creación de algunos institutos o la desaparición de otros, que se encuentra con otra reforma en proceso que es la del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Yo soy un juez constitucional y creo firmemente que la ideología de un juez es la ideología del legislador constituyente, el legislador constitucional. Yo no voy

a hablar aquí de mis preferencias respecto de la propia institución que integro y sí voy a decir que estamos comprometidos, a partir del liderazgo del presidente Luna Ramos, de actuar como considere el legislador democrático. Ellos están en su proceso deliberativo y a ver qué sucede.

Lo que sí quiero decir, y me parece una muy buena noticia, es que en todos los intentos, en todas las iniciativas y posturas de esta reforma electoral y en materia de transparencia, se está avanzando para hacer más público lo que hay y eso hay que celebrarlo, es decir, cualquiera que sea el derrotero parece que tendremos procesos más transparentes y, por lo tanto, más democráticos y desde luego hay que sumarse a ello.

La segunda cuestión que quiero comentar es que, aunque hay un avance importante, tanto normativo como institucional y orgánico, lo cierto es que esta dinámica depende de cuestiones culturales; es decir, hay que educar, hay que trabajar con los niños, hay que hacer uso del derecho, hay que exigir a las autoridades o a los que integramos los órganos del Estado que seamos transparentes. Si no lo activamos, de nada sirve tener la letra en la Constitución, en las leyes o en los reglamentos.

Nosotros lo estamos haciendo, permítanme el comercial, somos un tribunal de ventanas y de puertas abiertas y corre el viento por las puertas y por las ventanas para interactuar con la ciudadanía para explicar nuestros fallos.

Creo, en el lenguaje ciudadano. A veces las sentencias son ilegibles, cientos de páginas, decenas en las que por cumplir ciertas formalidades que son necesarias, uno empieza a leer la sentencia y de repente dice:

“Resulta que el señor tal a partir de tales hechos ... ‘los describe’, considera que se le han violado estos derechos ..., en atención a estas normas: ...; y contesta la contraparte que:

“Respecto de las acusaciones del señor tal que son estas..., con base en estas normas..., considera que no es así por esto ...”.

“Y este Tribunal, ya llevamos ahí decenas de páginas, considera:

“1.- De los agravios, –resumen que son tal, otras 10, 20 páginas–, considera que las normas aplicables son estas..., y entra al estudio.

“Respecto del primero..., –lo vuelve a poner–, estudia. Del segundo..., y al final concluye que el señor A o la señora B tienen o no tienen razón.”

Ya llevan en algunas ocasiones 100 páginas leídas y no han leído absolutamente nada.

A mí me cuesta trabajo hacerlo, es decir, tenemos un trabajo, un equipo



escalonado, Secretario de Estudio y Cuenta y vamos viendo porque no hay manera de apurar los expedientes.

¿Qué es lo que hacemos en mi ponencia?

Hacemos un resumen de cada sentencia, de no más de tres páginas, hacemos un diagrama de flujo, un flujograma, para que con un solo impacto visual puedan ver cuáles son los agravios, cuál se estudia primero, por qué y cómo se resuelve; y un índice, para que sepan en dónde están las cosas.

Me parece que la información tiene que ser asequible y se puede ver, en 3 páginas se pueden ahorrar 100, los invito a que lo vean.

Creo en las redes sociales, igual que el Tribunal. No puedo contestar siempre los correos electrónicos de manera directa porque primero tengo que juzgar, ni mi *Twitter* (*salvadoronava*), pero solo comunicar qué es lo que estoy haciendo para que vean que trabajo, tengo una vida relativamente normal y soy congruente, o procuro serlo, con lo que postulo.

Déjenme terminar con un ejemplo. Esto se lo platicaba a mis hijos y lo he dicho en algunas pláticas para niños que, sin menospreciar a los presentes, me parecen más importantes para trabajar con las generaciones que vienen, ¡caramba!

Imagínense ustedes que tienen una tienda de abarrotes, que cada uno tiene un negocio, una tiendita. Como no tienen tiempo para atenderla, porque tienen otra ocupación, contratan a un tendero para que venda y reciba los cargamentos, haga las cuentas y demás, y pasan ustedes por la noche a ver cómo le fue al tendero, y le dice:

“—Oye, ¿cuántos refrescos vendiste hoy?”

Y que te conteste:

“—No estoy en posibilidades de responderte esa pregunta”.

“—Oye, ¿y pudiste limpiar la bodega, como te había encargado?”

“—Bueno, lo que pasa es que tuve un problema técnico con la escoba y no puedo decir ahora exactamente cuál fue el resultado, pero estaré en proceso de limpiarlo mañana.”

“—¿Y vino el camión de los cigarros a surtir?”

“—Tampoco estoy en condiciones, porque el que recibe los cigarros es el otro señor que trabaja en la tarde”.

Esto era el ejemplo que sucedía con el Estado, si los dueños del Estado somos los ciudadanos, los que trabajamos para el Estado somos los tenderos; y todo lo que ocurre en el país, absolutamente todo, tiene que ser público.

Tenemos las normas, está reconocido el derecho, estamos comprometidos internacionalmente. Muchos de los que trabajamos en el Estado, el Poder Judicial de la Federación incluido, estamos en esta ola cultural. Hay que pasar la voz, difundirla y hacer uso de este derecho para tener una democracia más transparente, más viva, más jurídica, si se me permite la expresión. Muchas gracias.



SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EN ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

DOCTORA MARCELA BASTERRA
*Catedrática de Derecho Constitucional
de la Universidad de Buenos Aires*

Buenos días a todos. Yo quiero agradecer especialmente la invitación a la Corte Suprema de Justicia de México, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Nación y al Poder Judicial de la Federación quienes nos han invitado y convocado a este tan importante evento, en especial justamente ya lo dijeron, a mis queridos amigos el magistrado Salvador Nava Gomar y el doctor Paco Acuña Llamas.

Les cuento que el título del panel es “Sentencias en materia de acceso a la información y protección de datos personales”. Entonces, no es casualidad que tengamos –en este caso, yo soy argentina– una argentina sentada acá.

¿Por qué? porque Argentina tiene el triste récord de ser uno de los países, conjuntamente con Haití, Venezuela, Bolivia y Honduras, que no tenemos Ley Nacional de Acceso a la Información Pública.

Y cuando yo le escucho a Salvador y escucho la doctrina mexicana y a la doctrina que viene detrás en el resto de América Latina, que ya están hablando de la cuarta fase de derecho de acceso a la información pública, no puedo como mínimo que preocuparme y muchísimo.

Sin embargo, lo bueno dentro de esta paradoja, y por eso yo me voy a tratar de referir en estos minutos a las dos cuestiones, es que nosotros tenemos una historia inversamente proporcional con México en el tema, porque mientras que México tiene la ley en la que Salvador, como justamente contó, porque es verdad, participó tan activamente desde el año 2002 y fue reformada en el año 2006, Argentina tiene una *Ley de Protección de Datos Personales*, la 25,326, que tiene como fuente normativa el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional; el artículo 43, que fue reformado en el año 94.

Es decir, que la que entra a Brasil, por primera vez en América Latina, en la Constitución del 88, sigue a la Constitución colombiana del año 91; a la paraguaya, del 92; a la peruana, del 93, y posteriormente llega a la argentina en 94; o sea, una de cal y una de arena.

Posteriormente sancionamos en el año 2000 la *Ley de Protección de Datos Personales* y México, decía, tiene en esto una relación inversamente proporcional porque en materia de protección de datos personales felizmente ahora tienen muy buenos estándares; pero la *Ley Federal de Protección de Datos Privados* recién se sancionó el 5 de julio del año de 2010 y, como bien lo señalaba Salvador, recién se reformó y felizmente el artículo 6º, en el año 2007, de la Constitución mexicana.

De manera tal que estos caminos cruzados a mí me obliga, como vamos a hablar de sentencias, a elegir. Tuve que elegir dos fallos, dos *living case*; porque en esos temas, si bien, falta mucho por hacer, pero tenemos bastantes buenos estándares.

Sin embargo, en materia de Acceso a la Información Pública, les voy a contar el único fallo que existe en Argentina, y que es de diciembre del año pasado.

Esta historia cruzada, por así decirlo, voy a comenzar con el tema del *Habeas Data* y la Protección de Datos.

Salvador decía que la última fase es ya cuando los derechos se concretan en la sentencia. En nuestro país se dio al revés o, por lo menos, de una manera concomitante. Esto es, que la Constitución del 94 tomó una fórmula para la protección de datos personales; entre el año 1994 y el 2000 la Corte de Argentina da dos fallos que son verdaderos *living case* para nosotros, como lo fue en amparo los casos Siri y Kot que, en este caso, son los casos Urteaga y Ganora. Luego, la Ley del 2000 toma y mejora aun lo que dice la Corte y lo que decía la Constitución.

Algo que en Argentina es absolutamente poco habitual, porque está al revés, siempre se borra con el codo lo que se escribe con la mano; y siempre se está en pugna lo que es el Poder Judicial con el Poder Legislativo.

Pues en *habeas data*, felizmente, tenemos una cuestión buena para exhibir, y esto se va a notar ahora con la explicación de dos sentencias, que son las siguientes:

La primera de ellas, es del año 1998 en medio, entre la sanción de la ley y el artículo 43 constitucional, en el cual un tema que para nosotros es un tema sensible, no en los términos de protección de datos, sino en términos institucionales.

En el caso Urteaga, Facundo Urteaga era hermano de Benito Urteaga que había desaparecido en el año 1976, supuestamente en un combate; y en el año 1998 este chico solicita al Estado argentino, justamente a las Fuerzas Armadas y al Organismo de Inteligencia de la Nación, cuáles son los últimos datos que el Estado Nacional tuvo acerca de su hermano.



La doctrina ya venía elaborando si el *habeas data* iba a resultar el medio idóneo para que las personas que tuvieran familiares desaparecidos pudieran acceder a conocer los últimos datos que obraban en el Estado, en las fuentes públicas estatales.

En primera y segunda instancia no le hace lugar, porque nuestra fórmula dice toda persona y tanto los jueces de primera instancia, como en Cámara lo toman como una legitimación muy restrictiva; esto es, muere la persona y con ella y su *intuitu personae* muere la posibilidad de conocer el dato.

Además, porque nobleza obliga, la LORTAD española del 92, reformada en 99; la Ley chilena hablan de personas físicas o personas naturales, mientras que la Ley argentina y también la Ley Federal de México hablan de personas físicas, pero también personas morales, dicen ustedes los mexicanos, nosotros decimos personas de existencia ideal o personas jurídicas, pero es lo mismo; con lo cual, a los jueces, o sea, los de la Corte Suprema, a nuestros ministros, no les quedó otra cosa que elegir entre un camino restrictivo o hacer lugar y darle la bienvenida a esta garantía, y es lo que felizmente decide hacer.

Entonces, lo que hace es tomar la legitimación en un sentido muy amplio y dice: Quienes tienen un derecho sucesorio, muerta la persona, tienen la posibilidad de acceder a los bancos de datos que existan en las fuentes públicas estatales. Esto lo toma la ley y es nuestro artículo 34, que hoy rige en la *Ley Nacional de Protección de Datos Personales* y que se extiende, como decía, a las personas de existencia ideal también a través de sus apoderados y a las personas físicas, también a través de tutores y curadores.

En primera y segunda instancia, le habían dicho a Facundo Urteaga, al hermano de este chico desaparecido hace 22 años, que tenía que interponer un *habeas corpus*, porque en realidad lo que estaba acá en juego era la libertad física o ambulatoria de una persona; a lo que la Corte, con todo criterio, dice: Señores, es una falta de respeto, toda vez que pasaron 22 años, cuando sabemos que el *habeas corpus* aquí y en todos los lugares de América Latina quiere decir: "tienes tu cuerpo, traes tu cuerpo", y si pasaron 22 años, además, se desnaturaliza totalmente la esencia de las garantías constitucionales, esto del remedio eficaz, el remedio inmediato.

Esto no lo dice solo la Corte argentina, sino que ya lo toma –y todos los sabemos– del famoso precedente Velázquez-Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 86, cuando dice del efecto útil de los derechos humanos y dice que la tutela efectiva es tal, en la medida en que es rápida y que es eficaz; con lo cual acá, si pasaron 22 años, no procedía claramente un *habeas corpus*.

El tercer punto de este fallo es que se crea el derecho a la verdad objetiva y digo que se crea el derecho a la verdad objetiva porque Argentina tiene el

sistema –si bien en más o en menos, en América Latina se han tomado los tratados de derechos humanos con una jerarquía especial– exacto de Colombia y de Paraguay, lo que nosotros llamamos “el bloque de constitucionalidad federal” o en términos de *Hart*, a los autores más modernos nos gusta decir “la regla de reconocimiento constitucional”, que está formada por la Constitución, más los Tratados de Derechos Humanos.

Esto hace que nosotros ahora tengamos, como en el resto de América Latina, pero nosotros de carácter obligatorio, una doble fuente de derecho: la fuente externa, que va a estar representada por los fallos, y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y la fuente interna, que va a estar representada por los fallos de nuestra propia Corte, la normativa y los Tratados de Derechos Humanos del artículo 75, inciso 22.

Estos tratados, si bien se incorporaron en el año 94, no olvidemos que son del 48; la Convención de Derechos Humanos; San José de Costa Rica del 69; los dos Pactos Internacionales son del 66; con lo cual, lo que tiene es el derecho a la verdad biológica, que es el derecho a saber quién soy, pero no el derecho a la verdad objetiva, que es el derecho a saber qué pasó.

Esto lo había trabajado doctrinariamente, hasta donde sé, en Costa Rica, el doctor Jiménez Meza, pero desde lo jurisprudencial y desde lo normativo, no conozco ningún antecedente en América Latina. Por eso decimos que para nosotros es un *living case*.

El segundo caso de protección de datos personales es el caso Ganora y va relacionado con este, porque este, Urteaga, que mencionaba recién, si bien la Corte le hace el lugar al hermano abriendo la legitimación para que pueda pedir aún al organismo, por antonomasia de inteligencia de la Nación, pero no dice que sí es susceptible de que se puedan pedir a los bancos públicos de datos y que nosotros no tenemos jerarquía constitucional del secreto de Estado. Y eso fue hecho a propósito por los constituyentes. Eso sí se devela al año siguiente en el fallo Ganora.

El fallo Ganora del año 1999: El señor Ganora era el abogado de Scilingo. Scilingo fue un señor que se fue a España después y con esta viveza argentina, que digo que es la tristeza argentina, que nos tiene sumidos en un lugar muy triste, lamentablemente; este señor fue y contó en España los llamados vuelos de la muerte, que según cuentan en aquella época, las personas desaparecidas, aquellas personas que habían cometido actos de terrorismo, en vez del Estado hacer un juzgamiento aplicando el debido proceso, como es lógico y como corresponde –y es muy justo además aplicarle todo el peso de la ley–, lo que se hizo fue aplicar el terrorismo de Estado y lo que cuenta este señor es que se les daba algún medicamento para dormirlos y que se les tiraba al Río de la Plata.



Es muy triste, pero parece ser que mucho de eso pasó. Él lo contó, pero que había participado. Cuando cuenta esto en España, el señor Scilingo, es condenado inmediatamente a 800 años de prisión. Todavía está en España, Scilingo.

Pero ¿por qué es importante para nosotros el caso Ganora, que era el abogado de Scilingo? Porque él interpone un *habeas data*, porque dice que el organismo de inteligencia, la SIDE, ahora Secretaría de Inteligencia, le tenía cortados los teléfonos porque él les pasaba grabaciones con las conversaciones que él tenía y demás.

Con lo cual, interpone una acción de *habeas data* y acá se iba a develar, otra vez la Corte se ve en la encrucijada de decir: Hacemos lugar al secreto de Estado y cuando más secretos de Estado hay –como bien decía Salvador–, más lejos estamos del Estado Constitucional de Derecho o abrimos los bancos de datos públicos, aún el organismo de inteligencia, y le hacemos lugar.

Efectivamente, la Corte con muy buen criterio, dice que interpreta nuestra Constitución, una interpretación, una calidad hermenéutica excelente a nuestro criterio, cuando dice que el artículo 43 establece que se puede acceder para conocer datos, tanto a los bancos de datos privados, destinados a proveer informes, como los bancos de datos públicos y no dice ninguna cosa más, léanse todos los datos de bancos públicos.

Ahora bien, la Corte elabora y lo cuento rápidamente, dice la Corte: También el Estado debe tener un margen de secreto para cumplir con algunas tareas que son esenciales a un Estado.

Lo que dice: La regla es el acceso, la denegación es la excepción y la denegación solo va a estar permitida por una ley que tenga base en defensa nacional, seguridad nacional, salud pública y represión de delitos. Con lo cual no les obliga, es un buen estándar, no por una cuestión de importar remedios extranjeros, sino porque si nosotros tomamos, por ejemplo, el artículo 105 de la Constitución española, el 10 de la Constitución de austriaca o el 142 de la paraguaya, nosotros vamos a ver que esas son las excepciones, las mismas que toma la Corte Argentina, que evidentemente las toma del derecho comparado.

De manera tal que entonces nosotros, en materia de *habeas datas*, tenemos protección de datos personales. Podríamos decir que tenemos muy buenos estándares, falta mucho todavía. La parte más débil es que tenemos un organismo que es la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que depende del Ejecutivo.

Y si bien el trabajo que está haciendo es bastante bueno, la dirección, sabemos todos los que estamos acá que trabajamos en estos temas, que cuando

los órganos de control dependen del ejecutivo, a la República no le va muy bien, por cierto.

En materia de acceso y con esto, como dice Salvador, es el último fallo –llegué a la parte del finalmente–, en materia de acceso a la información pública, yo decía que lamentablemente no tenemos Ley de Acceso, hemos quedado entre los peores estándares de América Latina.

Sin embargo, por lo menos puedo decir que la ciudad autónoma de Buenos Aires, la Ley 104 es una ley excelente y que tiene un 85 por ciento de cumplimiento de los pedidos de acceso a la información y que después hay 10 distritos, o sea, 10 provincias, porque hay 23 provincias en Argentina y la ciudad autónoma de Buenos Aires; hay 10 provincias que también tienen ley de acceso y hay otras, como por ejemplo, la provincia de Córdoba, Mendoza o Chubut, que también tienen muy buenos estándares de cumplimiento.

Es decir, que desde el derecho público provincial se viene presionando para que finalmente hagamos una ley nacional de acceso, que perdió Estado parlamentario, no es que nunca hubo proyecto, viene perdiendo Estado parlamentario cada dos años hace una década.

Lo bueno entonces, dentro de todo este tema, es que todos los fallos y todas las sentencias eran de tribunales inferiores, aunque sí se hacía lugar al acceso a la información pública.

El año pasado, en el mes de diciembre llega el primer caso a la Corte Nacional, a nuestra Corte. Es un caso en el cual la Asociación por los Derechos Civiles, que tiene una participación muy activa en la república, cuyo objeto social es justamente la defensa de los derechos civiles, el Estado de Derecho, la democracia, etcétera. Hace un planteo porque, a todo esto en Argentina, la Corte sacó un fallo, que se llama *El Fallo Badaro*, por el cual 82% móvil para que cobren las personas jubiladas, que ahora solamente lo tiene el Poder Judicial en Argentina, era para todos los jubilados de la Nación.

Esto fue en el año 2007, el gobierno nacional no cumplió con esto y lo que informaba el gobierno nacional es que había un peligro muy grave para el fisco, una cuestión económica, un *shock* económico para Estado nacional.

Entonces, lo que pregunta y el acceso a la información que solicita la Asociación por los Derechos Civiles es justamente cómo está aplicando ese nivel de cumplimiento. Recuerden que por el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tenemos que ir progresivamente y de acuerdo a los recursos disponibles, cumpliendo con estos derechos.



Entonces, la Asociación por los Derechos Civiles dice: “Bueno, ¿cómo están cumpliendo con este 82%, o sea que no hay dinero para todos?”

Por supuesto que el organismo que se llama PAMI y que se encarga de la protección de las personas en la tercera edad, contesta que no tiene ninguna obligación de dar información porque ellos no están dentro del decreto 1172, que es el único decreto que tiene Argentina de acceso a la información pública, pero que rige para el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional e igualmente tiene un cumplimiento de 0.02%, es decir, nada.

Ellos dicen: “Nosotros no estamos obligados a dar ningún tipo de información”. Cuando son instados a que den información por la Cámara, la información es absolutamente incompleta y escueta, y todas las buenas leyes de acceso a la información pública dicen que cuando la información es incompleta, no es información.

Llega a la Corte y la Corte dice: “Lo que nosotros veníamos esperando de alguna manera”, y es la luz que hoy estamos viendo, porque en Argentina no hay –como yo les decía– una única norma que diga que hay derecho de acceder a la información pública o a la información estatal, pero sí tenemos la posibilidad de acceder a la información pública en el artículo 38, a través de los partidos políticos; en el artículo 41, a través de las evaluaciones de impacto ambiental en materia de medio ambiente; a través del artículo 42, cuando se refiere al acceso, a la información veraz y adecuada de los usuarios y consumidores; al artículo 43, cuando es el acceso a la información personal, en este caso Banco de Datos Públicos o Privados; y también, no nos olvidemos, en el artículo 13 de San José de Costa Rica, que para nosotros es la Constitución misma, que dice que la libertad de expresión comprende de dar, recibir y buscar información.

En ese recibir y buscar no solamente la Corte argentina ahora, sino que Herrera Ulloa contra Costa Rica, en el año 2004, la Corte Interamericana así lo ha dicho, Ricardo Canese con Paraguay también, de manera tal que cerrando la Corte argentina lo que dice es:

“Nosotros, por toda esta batería de derechos, es lo de menos que no esté habilitado para dar este instituto niveles de acceso por un decreto, porque la normativa constitucional está por encima del decreto y tenemos toda esta batería de normas constitucionales que obligan a dar la información”.

Y lo bueno es, que dice que en Argentina es obligación de las autoridades, por Constitución, dar y brindar el derecho fundamental –como decía Salvador– de acceso a la información pública.

Y sabemos que cuando a un derecho se la da la categoría de derecho fundamental, es inalienable, imprescriptible, inoponible, tiene determinadas características que nosotros sabemos que le da una salvaguarda y una tutela muy especial.

La Corte cita en este caso –y con esto termino– y lo describe muy bien, un fallo que es justamente muy bueno, porque condena el Estado de Chile, pero es a mi criterio un fallo muy bueno en materia de acceso a la información pública, porque es el caso Clortrese con Chile del año 2007.

Esto es, que someramente en Chile se negaba a dar evaluaciones de impacto ambiental por vía de acceso a la información, a una ONG –Terra– que pedía la evaluación de impacto para un proyecto que se denominaba Río Cóndor.

Se le negaba el acceso y, además, se le negaba la posibilidad del amparo también. Y ni más ni menos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena al Estado chileno, primero por no cumplir con el artículo 13 de San José de Costa Rica y que yo mencionaba recientemente, es decir, por no cumplir, dice, con un derecho fundamental reconocido en esta convención a saber: El derecho fundamental de acceso a la información pública.

Y, en segundo lugar, condena al Estado chileno por no hacer lugar o por no cumplir con el artículo 25, esto de darle al ciudadano, poner al ciudadano en sus manos el recurso rápido, sencillo y eficaz a que se refiere el *Pacto de San José de Costa Rica*.

Para terminar, solo una reflexión y es que felicito a los países que realmente ya van, una sana envidia, por la cuarta fase, pero no tenemos que perder la esperanza los países que venimos con estándares menores, me incluyo por supuesto. Pero creo que tenemos que tener como norte siempre esto que mencionábamos de la función que tiene el acceso a la información pública como derecho colectivo, no distributivo, indivisible y no excluyente en palabras de Robert Alexy como un derecho colectivo que todos los ciudadanos tenemos.

Y cerrando, que para mí es imposible hablar de este tema y no cerrar con Norberto Bobbio cuando habla del futuro de las democracias. Cuando dice que no hay un requisito más actual en las democracias, tanto de origen parlamentario como presidencialista, que los gobiernos sean permanentemente permeables al escrutinio de los ciudadanos.

Voy a ser muy breve, nada más porque son algunas conclusiones que por ahí tuviera; tengo tres puntos que me gustaría aclarar de lo que dije rápidamente.

Lo primero, ya el doctor comentó esto de la cuestión cultural, que no nos tenemos que desanimar con el tema de Acceso a la Información Pública porque



claro que es cultural. Como decía Serrat: “Caminante no hay camino, se hace camino al andar”. Entonces vamos de a poco. Porque la realidad es que los gobernantes de cualquier país, de cualquier color de camiseta y de cualquier partido son renuentes y no les gusta ser gobernados.

Entonces los ciudadanos somos los que nos tenemos que poner esa *mochila en el hombro* para poder empezar a controlar y a sudar a las organizaciones intermedias que son las que realmente, en este momento, en la mayoría de los países lo están llevando adelante.

Segundo punto, que me parece muy importante, que no es por insistir con Chile, no, es porque en realidad, como nosotros tenemos el tema de que el artículo 13 del *Pacto de San José Costa Rica* habla del derecho a la libertad de expresión, que comprende el derecho a dar, recibir, buscar, como yo decía anteriormente, esto hizo que por años y ya partiendo de la opinión consultiva de periodistas del año 85, la Corte Interamericana lo viera como la cara y la contracara de la misma moneda: el derecho de acceso a la información pública y de la libertad de expresión.

En *Claude Reese* con Chile ya dijo:

“Señores, hay dos derechos fundamentales: uno es la libertad de expresión y otro es el acceso a la información pública, que son dos cosas distintas, dos derechos fundamentales distintos, que no es lo mismo”.

Y la tercera conclusión, que esto me parece muy importante también, es que ya que tenemos los dos temas acá, en el título, es que el derecho de acceso a la información pública tiene que ver con la posibilidad del control que nosotros hacemos de nuestros ciudadanos, de la publicidad de los actos de gobierno, como bien decía Salvador y tiene que ver, además, con la posibilidad de hacer valer ese control, resultando el medio idóneo el amparo o la acción de tutela, de acuerdo como en cada uno de nuestros países se llame a esa acción.

En cambio, cuando hablamos de la protección de datos personales, por lo que estamos luchando, ya no es por el derecho colectivo que decía, como Robert Alexy, un derecho de todos que es indivisible, porque nadie sabe qué porción de acceso a la información pública nos corresponde.

En materia de datos personales es un derecho individual, que es el poder ejercer la autodeterminación informativa sobre nuestra información personal, sobre nuestro dato individual, para poder decidir qué datos queremos que tengan o no de cada uno de nosotros, por supuesto, conforme a lo que dice la ley.

Esto es, los datos sensibles que no se pueden, la necesidad del consentimiento libre, expreso, escrito o informado, conforme a la normativa de cada país y el

medio idóneo para ejercer el reclamo, en el caso del derecho individual de protección de datos, no es el amparo, aunque en algunos países se titule así. Porque fíjense que para decir: ¿Qué datos tienen acerca de mi persona? o corrijan un dato o cancelen un dato, de ninguna manera hay que demostrar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ni cercenamiento, restricción o lesión de derecho alguno, con lo cual no estamos ante una lesión a un derecho, sino solamente ejercemos la autodeterminación informativa, que es el control sobre nuestra información personal.

Después, si hubiera una lesión al dato personal, se puede hacer otra nueva acción, pero no es este el caso. Es decir, acceso a la información, vamos por vía del amparo y la protección a los datos personales, vamos por vía de los que nosotros denominamos, un proceso constitucional autónomo a los datos personales. Muchas gracias.