

REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

*

Éste es un libro con agenda. Los textos que lo componen son un decálogo de eslabones anclados en una idea concreta: es necesario y oportuno modificar la Constitución mexicana para reformular sus disposiciones en materia de “derecho de acceso a la información” y de “transparencia”. Es necesario hacerlo porque la redacción actual del texto constitucional es deficiente e incompleta y es oportuno intentarlo porque nuestra propia experiencia en el tema anuncia que ha llegado el momento de apuntalar los avances logrados y de corregir la ruta de ciertas desviaciones imprevistas. En las páginas de este volumen, coordinado por Sergio López-Ayllón, se ofrece una batería de argumentos jurídicos y políticos que sustenta esta tesis, pero también —si se me permite el juego de palabras— que nos sugiere que, pensando en el estado actual de nuestra democracia, la necesidad de la reforma también constituye una oportunidad. Nadie ignora que, en el escenario político actual, al México de hoy le urge una bocanada de oxígeno de esas que sólo ofrecen las reformas estratégicas. Por ello, constitucionalizar de forma apropiada el derecho de acceso a la información y las directrices generales para diseñar políticas eficaces de transparencia, materializa una de esas excepcionales ocasiones en las que los hombres y mujeres del poder pueden hacer de la necesidad, virtud.

* *

Constitucionalizar un derecho, una institución, una política, etcétera, consiste, simple y llanamente, en incorporarlos al texto de la Constitución vigente en un país determinado. Pero, ¿por qué hacerlo? A pesar de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes Esta-

dos es posible brindar algunas respuestas estándar para esta pregunta. Sobre todo si nos ubicamos en el contexto de las democracias constitucionales que, después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron en algunos países europeos y que, posteriormente, se fueron reproduciendo en otros lugares, México incluido, durante la segunda mitad del siglo XX. El dato no es una exquisitez anecdótica: la necesidad de diferenciar la Constitución de las demás leyes es producto de un contexto histórico en el que los europeos (como antes habían hecho los estadounidenses) decidieron que algunas cuestiones debían quedar protegidas en una norma superior que fuera difícil de modificar.* El nazismo y el fascismo dejaron tras de sí una lección bañada en sangre: los derechos individuales y las reglas de la democracia no pueden confiarse a las veleidades mayoritarias. De esta forma, la Constitución se convirtió en el documento normativo en el que quedaron plasmadas las materias capitales para garantizar a las personas una vida digna en un contexto pacífico y estable. Por ello, desde entonces, los derechos fundamentales y las reglas para organizar, limitar y distribuir al poder político son las materias constitucionales por excelencia. De hecho, todas las Constituciones democráticas contienen: *a*) un catálogo de derechos fundamentales (de libertad, políticos y, en la mayoría de los casos, sociales); *b*) las instituciones que garantizan el principio de la división de poderes; *c*) las reglas que instituyen a la democracia representativa, y *d*) los procedimientos para garantizar la supremacía de la Constitución (la rigidez y el control de constitucionalidad en manos de los jueces). Tenemos una primera respuesta para la pregunta de ¿por qué constitucionalizar una materia?: porque consideramos que dicha materia tiene un valor cardinal relacionado con la dignidad de las personas y/o una función central en la organización democrática de los poderes y de la sociedad.

Dentro de las normas constitucionales destaca la que establece la llamada “rigidez de la norma constitucional”. Dicha norma, sencillamente,

* Me disculpo por las simplificaciones que ya habrán notado los expertos en derecho y en historia de las instituciones. Tanto desde el punto de vista de las ideas como desde la perspectiva de las instituciones, el recorrido jurídico y político hasta la democracia constitucional es sumamente rico y complejo. Basta con pensar en el desarrollo del constitucionalismo estadounidense al que, deliberadamente, no he hecho referencia. Mi única justificación, que vale también para la ausencia de notas en el texto, radica en que su finalidad es presentar e introducir el volumen y no ofrecer un estudio académico sobre el constitucionalismo democrático.

nos dice que el procedimiento para modificar a la Constitución es más complejo que el que debe seguirse para crear o modificar una ley cualquiera. En nuestro país, por ejemplo, para crear o modificar una ley federal es suficiente que estén de acuerdo la mayoría simple de los diputados y de los senadores; pero para crear o modificar una norma de la Constitución es necesaria una mayoría calificada (dos terceras partes) de los miembros de ambas cámaras y, además, es menester contar con el voto aprobatorio de la mayoría de las legislaturas de los estados. Valga la obviedad: las normas que están en la Constitución tienden a durar en el tiempo porque es muy difícil que los partidos políticos logren sumar los votos necesarios para alterar su contenido. Las demás leyes, en cambio, pueden modificarse con cierta facilidad por las mayorías políticas de turno. De esta forma, el contenido de la Constitución queda protegido en una esfera normativa especial que le permite escapar a las decisiones caprichosas de los gobiernos y de sus legisladores ordinarios. Con una bonita metáfora algunos teóricos dicen que las Constituciones equivalen a la decisión que adoptó Ulises de atarse al mástil de su nave para no sucumbir ante el canto de las sirenas: la comunidad política de hoy decide colocar una norma en su Constitución (por ejemplo, el derecho de acceso a la información) para evitar que los ciudadanos de mañana (por ejemplo, tentados por el secreto) conculquen los derechos de las personas de pasado mañana (por ejemplo, condenándolos a la opacidad). Tenemos una segunda respuesta, estrechamente relacionada con la primera, para enfrentar nuestra interrogante: constitucionalizamos una materia determinada (un derecho, una institución, una política, etcétera) porque, dado su valor o función cardinal, queremos protegerla de las ambiciones de los gobernantes y de los legisladores ocasionales.

Pero constitucionalizar una materia (un derecho, una institución, una política, etcétera) también tiene otras consecuencias. Hans Kelsen nos invitaba a imaginar el ordenamiento jurídico como una pirámide en cuya cúspide se encontraba, precisamente, la norma constitucional. La imagen es elocuente para entender lo que significa que la Constitución sea la norma suprema de todo el conjunto de normas que integran al sistema jurídico de un país. La Constitución no sólo nos dice cómo se aprueban las normas y cómo se organizan los poderes sino que también contiene principios y derechos llamados, por su valor y/o función, *fundamentales*. Pues bien, al estar en la cima de la pirámide, esos principios y derechos

están por encima de todas las demás normas y decisiones adoptadas por los órganos de gobierno (federales, locales y municipales) y deben inundar su contenido. Es así como el derecho se coloca por encima del poder político y, domesticándolo, orienta sus decisiones. La lógica es nítida como el agua e implacable como la corriente: cualquier decisión política que tenga una forma jurídica (una ley, un reglamento, un acto administrativo, una sentencia, etcétera) debe ajustarse, en forma y contenido, a lo que dice la Constitución. De lo contrario, la decisión será declarada “inconstitucional”, lo que significa que será anulada y dejará de tener efectos. Esto implica que (idealmente) serán anuladas todas las decisiones que pretendan contradecir, conculcar, neutralizar, limitar, etcétera, a las materias constitucionales. Una de las tareas más delicadas de algunos jueces consiste, de hecho, en pronunciarse sobre la (in)constitucionalidad de los actos de los diferentes poderes. Esto es lo que se conoce como el “control de constitucionalidad”, que convierte a los jueces, como enseña la doctrina, en “los guardianes de la Constitución”. Entonces, ante nuestra interrogante —¿por qué constitucionalizar un derecho o una política determinada (por ejemplo, el derecho de acceso a la información y/o la transparencia)?—, también podemos responder que lo hacemos porque consideramos que, por su valor o su función cardinal, la materia en cuestión, además de gozar de protección ante las mayorías, debe valer como parámetro de validez y como criterio orientador de las decisiones políticas.

* *

Los textos de Miguel Carbonell y Salvador O. Nava en este libro ofrecen las columnas conceptuales para sostener, en el plano teórico, la pertinencia de constitucionalizar el derecho de acceso a la información. El silogismo, lo simplifico al extremo, es el siguiente: se trata de un derecho fundamental (con un valor en sí y un valor instrumental como precondition de la democracia) que, como todos los derechos fundamentales, debe estar adecuadamente constitucionalizado; sin embargo, nuestra Constitución lo reconoce de manera escueta y deficiente y, por lo tanto, debe ser motivo de una reforma constitucional. Los párrafos precedentes —que me han servido para delinear el porqué se incorpora una materia en el texto constitucional— son apenas el eco de las tesis que desarrollan

ambos autores. Después de todo, la prueba de fuego, el verdadero *por qué*, para incluir en la Constitución una determinada materia reside en demostrar su importancia. Una vez que ésta ha quedado acreditada, las otras razones adquieren un carácter instrumental: constitucionalizamos ese derecho *porque* es fundamental y lo hacemos *para* protegerlo mediante la rigidez y *para* que valga como criterio de validez de las decisiones político-jurídicas nacionales.

Esta misma lógica explica la tendencia internacional hacia la constitucionalización del derecho de acceso a la información retratada por el texto de Ernesto Villanueva. Su trabajo, desde una perspectiva de derecho internacional y comparado, anuncia que se trata de un derecho que, en poco tiempo, tendrá protección constitucional en la mayoría de las democracias constitucionales. La variable que juega en esta dirección es, sobre todo, el valor instrumental de este derecho como una precondition de la democracia contemporánea. En este sentido, el trabajo de Ricardo Becerra y Alonso Lujambio es particularmente significativo: su argumentación subraya el nexo que existe entre este derecho y las democracias *actuales*. Según estos autores, el derecho de acceso a la información y la transparencia son retos de última generación para los Estados democráticos que, aunque evocan los presupuestos básicos de la teoría democrática tradicional, adquieren sentido pleno en el contexto de un mundo globalizado y con un alto desarrollo tecnológico. La tesis merece discusión y cuenta con el aval de la tendencia que está orientada a los diseños institucionales de las democracias de las últimas generaciones. De hecho, como podrán constatar los lectores curiosos, la mayoría de la bibliografía utilizada por todos los autores de este libro data de las últimas décadas, lo que reitera la enorme actualidad del tema y de los desafíos que lo circundan.

No es casual que haya sido en este contexto en el que surgió la legislación federal mexicana (que en muchos sentidos, según advierten Nava y Villanueva, es una normatividad modélica) y en el que resurge el tema de la constitucionalización del derecho de acceso a la información y de la transparencia. Desde esta perspectiva, que nos ofrece un marco de referencia temporal y de derecho comparado, reaparece la idea de la oportunidad que transforma la necesidad en virtud. La inercia de la ingeniería democrática en el mundo sugiere que una reforma constitucional inteligente, que retome la experiencia federal y local de los últimos cinco años, puede colocar a nuestro país en la vanguardia internacional en un

tema de punta. Nada mal para aumentar la presencia de México en el mundo: sobre todo ahora que las viejas democracias, americana y europeas, están resintiendo la esclerosis institucional que viene con los años. No perdamos de vista que en materia electoral, después de las reformas de la última década del siglo XX, México se ha colocado como un referente internacional indiscutible y ello ha aumentado su peso en el concierto de las naciones democráticas. ¿Por qué no realizar la misma apuesta con temas estratégicos como el derecho de acceso a la información, la transparencia y, en general, la rendición de cuentas?

* *

En el corazón del libro pulsán dos trabajos que, con enfoques distintos pero complementarios, ofrecen argumentos de índole estrictamente interna para emprender una reforma constitucional en el tema. El título del texto de Mauricio Merino es revelador: “Muchas políticas y un solo derecho”. Su tesis, sintetizada al extremo, es la siguiente: la legislación nacional —federal y local— vigente en la materia ha desencadenado una tendencia perversa por la que se ha venido imponiendo, por un lado, una política de transparencia uniforme en todo el país y, por el otro, una diversidad de mecanismos de protección del derecho de acceso a la información (cada estado decide qué es público, cómo se puede acceder a la información, qué acciones puede emprender el ciudadano en caso de incumplimiento, etcétera). El mundo al revés, concluye Merino, porque los ciudadanos tienen un derecho desigual y los estados se ven obligados a implementar una política plana. Lo sensato es invertir la ruta para que los ciudadanos cuenten con las mismas garantías para su derecho fundamental sin importar su lugar de residencia (de ahí la idea de “un solo derecho”), pero que también que cada estado pueda desarrollar las políticas de transparencia que mejor respondan a sus características y posibilidades (de ahí la idea de “muchas políticas”).

La tesis de Merino es sugerente y puede sintetizarse con dos ideas fruto de la modernidad política: igualdad en derechos para todos y federalismo eficiente. En el primer caso se trata de un imperativo teórico (e incluso ético) del constitucionalismo moderno; en el segundo de un modelo práctico para administrar estados territoriales complejos como el nuestro. Pues bien, al menos en este tema, la única ruta para garantizar la igual-

dad jurídica sin desvirtuar el federalismo (y viceversa) es constitucionalizar, por una parte, el derecho de acceso a la información (exigiendo las mismas garantías a todos los niveles de gobierno) y, por la otra, los criterios mínimos comunes que permitan diseñar un abanico de políticas de transparencia. El trabajo de Eduardo Guerrero y Leticia Ramírez de Alba ofrece, sin que los autores se lo propongan, una confirmación inmejorable para esta tesis. Con los rigores de la ciencia política, Guerrero y Ramírez de Alba nos regalan un estudio fotográfico de las legislaciones mexicanas en la materia, y al hacerlo, confirman lo que Becerra y Lujambio, en sintonía indudable con Merino, llaman el “fracaso de la heterogeneidad” legislativa. Un fracaso, no está de más subrayarlo, en el que coinciden la gran mayoría de los colaboradores de este volumen y que constituye un foco rojo que exige atención inmediata. En este caso la reforma aparece indispensable, no sólo necesaria, no sólo oportuna.

La lógica de estas reflexiones hace eco con la tercera razón por la que se constitucionaliza una materia: para garantizar que, dada su jerarquía normativa, las decisiones inferiores (en este caso las leyes y actos de las autoridades federales, locales y municipales) se adecuen a su contenido. Constitucionalizando el derecho de acceso y sus garantías podremos ofrecer a todos(as) los(as) ciudadanos(as), sin importar la localidad en que residan, el mismo parámetro y los mismos mecanismos para actuar (y, si es el caso, impugnar) ante las autoridades. Con ello podremos evitar una gran parte de los problemas que denuncia Luis Alberto Domínguez en el ámbito municipal. Pero también podremos atender los desfases que —como advierte Edgar Corzo— se produjeron con la aprobación de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental en los diferentes niveles normativos. De hecho, Corzo, al igual que otros de los colaboradores del libro, se pronuncia por recoger en la Constitución sólo los criterios mínimos que, como quiere Merino, permitan uniformar lo indispensable (sobre todo el derecho y sus garantías básicas), confiando el resto a la creatividad e inteligencia de los legisladores federales y locales.

* *

La idea de “constitucionalizar estándares mínimos del derecho de acceso a la información” también es el eje de la propuesta que hace Sergio

López-Ayllón. Su diagnóstico recupera muchas de las coordenadas de otros colaboradores —sobre todo los problemas que supone la diversidad legislativa en el ámbito local y la pertinencia de distinguir claramente entre el derecho fundamental y la transparencia como política pública— y aterriza en una propuesta concreta, original y bien sustentada. Su “propuesta para el debate”, como él mismo la denomina, es una óptima invitación para plantear una cuestión que he dejado deliberadamente pendiente y que sólo abordaré de manera genérica en el apartado conclusivo: ¿cómo constitucionalizar? O, mejor aún, ¿qué constitucionalizar? López-Ayllón no es el único colaborador que acompaña sus reflexiones con una propuesta —también lo hacen, indirectamente, Ricardo Becerra y Alonso Lujambio, así como Juan Francisco Escobedo y, directamente, Edgar Corzo—, pero es quien construye su texto específicamente con esa finalidad. Y con ello, más allá del sentido de sus propuestas y de las formulaciones por las que se decanta, nos ofrece un mirador inmejorable de los dilemas concretos que deberá enfrentar el poder reformador de la Constitución: ¿cómo distinguir constitucionalmente entre el derecho de acceso a la información y la transparencia como política pública?, ¿deben regularse de manera conjunta o independiente?, ¿qué ajustes implicará una reforma constitucional en el ámbito federal y en el marco de las entidades federativas?, ¿cómo abordar las dimensiones subjetiva, de procedimiento e institucional del derecho de acceso a la información?, ¿las obligaciones en la materia deben valer también para los partidos políticos? Todas estas preguntas exigen una respuesta que deberá traducirse en normas constitucionales con atención y cuidado porque, como bien recuerdan Becerra y Lujambio, el diablo está en los detalles.

Por su parte, Juan Francisco Escobedo nos narra su experiencia en el grupo promotor de la reforma que hoy nos permite ver el reto de la constitucionalización como un *paso más* y no como *el primer paso*. Sin reparar en lo anecdótico o en las narraciones paralelas que, como suele suceder en estos casos, seguramente existen, su trabajo es aleccionador. Sobre todo porque nos recuerda que los ejercicios académicos y las iniciativas ciudadanas pueden desembocar en reformas de gran envergadura. Me vienen a la mente otros dos ejemplos emblemáticos: el referéndum ciudadano en la primavera de 1993 para impulsar la reforma política del Distrito Federal y los trabajos del llamado Seminario del Castillo de Chapultepec para la reforma electoral de 1996. Ciertamente, también hay esfuerzos,

hasta ahora fallidos, como el que impulsaron diversos estudiosos(as) —algunos de los cuales también colaboradores de este libro— para promover la reelección legislativa. Pero lo que importa, como recuerda el trabajo de Escobedo, es que una buena causa puede generar el consenso político suficiente para transformarse en una política de Estado. Además, como los casos de las reformas electorales o de las comisiones de derechos humanos demuestran, las grandes transformaciones requieren paciencia y, sobre todo, tenacidad. Eso que la retórica cotidiana llama “voluntad política” es, sobre todo, *política*, y por ello, a pesar de la *voluntad* de muchos, las reformas son posibles. Escobedo nos recuerda que la ley actual fue producto de propuestas, debates, presiones y, finalmente, coincidencias. Y también nos advierte que, en ese entonces, la reforma constitucional que este libro promueve fue considerada “políticamente inviable”. El reto actual, si no me equivoco, reside en colocar sobre la mesa las viejas y nuevas razones para darle viabilidad política a lo que es jurídicamente necesario y, de esta forma, transformar en normas constitucionales (al menos) lo indispensable. Este volumen es un buen (re)inicio.

* *

Hoy contamos con algo que no existía cuando se aprobó la ley federal en la materia: un diagnóstico a partir de la experiencia. Este libro surge porque contamos con un conjunto de leyes de transparencia en movimiento que están demandando una intervención constitucional inteligente. La viabilidad política de la reforma también debe valorarse en esa sede: la sensatez es un argumento. Ignorar todos las buenas razones recogidas en estos diez ensayos para constitucionalizar el derecho de acceso a la información y los mínimos de una política de transparencia sería un acto de irresponsabilidad culposa. Y ello, a la larga, es políticamente oneroso. Las personas inteligentes, decía Cipolla, son las que logran que sus actos sean benéficos para ellos y para los demás. Éste es un tema que se presta para una reforma constitucional grávida de inteligencia. Después de todo, sólo se trata de reconocer que al derecho de acceso a la información, que es un derecho fundamental (legalmente) adquirido, le corresponde una protección constitucional y que la transparencia es un poderoso instrumento democrático del que los poderosos ya no pueden sustraerse. Y,

en este caso, reconocer no es conceder; es identificar, para aprovechar con inteligencia, la mejor de las alternativas posibles.

Reconocer que ha llegado el momento de constitucionalizar el derecho de acceso a la información y los estándares mínimos para las políticas de transparencia es solamente el primer movimiento. Imprescindible pero insuficiente. Lo que sigue es responder a las preguntas que han quedado pendientes: ¿cómo y qué constitucionalizar? En este libro también se encuentran algunas respuestas posibles. Pero en mi calidad de presentador, me abstengo de pronunciarme a favor de alguna de ellas porque, para hacerlo con un mínimo de seriedad, tendría que argumentar en contra de las que no me convencen, y ello sería un acto de imperdonable alevosía. Sólo me limito a señalar que, por todas las razones que he delineado en estas páginas, en la Constitución sólo debe estar lo indispensable o, para decirlo con un término nunca antes tan oportuno, lo *fundamental*. Y debe encontrarse redactado con claridad y en sintonía con el resto de las normas constitucionales. De lo contrario, la lógica de la constitucionalización pierde sentido, la rigidez se convierte en una camisa de fuerza para la política, la supremacía constitucional en una losa insoportable y los jueces se ven obligados a abandonar la función del custodio para adoptar la del legislador que, sin legitimidad democrática, corrige la plana al poder reformador de la Constitución.

Pedro SALAZAR UGARTE

Turín, Italia, 3 de junio de 2006