

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. APUNTES DE CASO PARA SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

Salvador O. NAVA GOMAR

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos fundamentales y Estado constitucional*. III. *El derecho de acceso a la información: imperativo democrático*. IV. *El contenido esencial del derecho de acceso a la información*. V. *Estudios de caso que fundamentan la propuesta de mínimos constitucionales*.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente expansión de las normas sobre el acceso a la información pública (transparencia) supone un paso trascendente en el avance hacia un *Estado de derechos*,¹ al permitir la realización efectiva de una de entre muchas prerrogativas adormecidas por tanto tiempo en el texto constitucional. Sin embargo, el auge mundial por la llamada transparencia ha hecho del término un ingrediente que se incluye *a fortiori* en el discurso público, lo que obliga a su confrontación con la realidad y permite ver con desenvoltura la grave simulación al respecto. De hecho, el grado de apertura informativa se ha convertido ya en un referente para observar el grado de consolidación democrática y avance genérico de los entes públicos, lo que ha llevado, también, a legislar con prosapia y riqueza de contenidos en unos casos, o a cumplir con el expediente en otros, pero bajo la constante de poca realización concreta en la mayoría del país.

¹ Sobre el *Estado de derecho* como paradigma público puede verse, en general, Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Cuando se publicaron las leyes de Sinaloa, Morelos, Coahuila, Campeche o Chihuahua muchos celebramos —deslumbrados por un viejo anhelo en forma de eufemismo— el principio del fin del “efecto cascada” que la legislación federal, en general, representaba para la reproducción de normas similares en el caso de los estados. Sin perjuicio de dar unos meses a Chihuahua, ha sido el aparato federal, sus instituciones, normas, dinámicas y procesos los que siguen marcando la pauta del rumbo que debe tomar el derecho de acceso a la información en México. No se trata de reproducir experiencias sino de tomar modelos exitosos: la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental es un éxito por lo que hace a su implementación y ejercicio, cuando menos en la administración pública federal y en el Poder Judicial de la Federación.

El asunto no es baladí: realización de los derechos fundamentales, cultura democrática arraigada en los principales actores públicos, efectiva concreción de la dualidad organizadora jurídico-territorial (en nuestro caso el federalismo) y en general un nivel de vida aceptable como resultado del desarrollo constitucional, siguen siendo asignaturas pendientes.² Es de sobra estudiado que el derecho de acceso a la información incide de manera directa en el ejercicio de otros derechos y en la eficacia progresiva de la cosa pública. Su simulación, en consecuencia, nos estrella en la nariz una realidad grave disfrazada por el discurso, la simulación y letra muerta de leyes vitoreadas y sin cumplir.

A su vez, la vida constitucional cambia de paradigma: la carta no es sólo punto de salida, sino, y sobre todo, de llegada. No es un documento maximalista en proyectos, sino de mínimos a realizar. Fija límites, pero determina directrices.³ Lo anterior se vuelve complejo si atendemos al confuso sistema de fuentes inserto en la narrativa constitucional: leyes constitucionales, orgánicas, reglamentarias, ordinarias, generales, federales o locales, por mencionar sólo algunas, se pierden en una babel incomprendible para el ciudadano profano y no permiten distinguir la responsabilidad del legislador local y federal para exigir al administrador

² Para una espléndida conceptualización de las asignaturas del Estado constitucional véase Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 20.

público, al juez y a todo ente del Estado a través de la configuración legislativa que debiera expandir la fuerza normativa de la Constitución.

De ahí la especulación dogmática alrededor de la posible constitucionalización, generalización o federalización del derecho de acceso a la información. Consideramos que no hay más que un sólo elemento que permite discernir la jerarquía que debe tener una norma con tal contenido esencial: si se considera el derecho de acceso a la información un derecho fundamental, hay que constitucionalizar —para decirlo otra vez con palabras de Böckenförde— límites o directrices, pero en todo caso cruzarlo de la manera que mejor se decida con el modelo federal; ya sea estableciendo mínimos o explicitando concreciones. Al margen de lo anterior, una serie de coincidencias pacíficas se antojan rotundas: el derecho de acceso a la información y, en consecuencia, la transparencia peligran con cada cambio de gobierno, legislatura o titularidad de órganos, ya sean estatales o federales. La Constitución debe cumplir con su cometido y garantizar el mínimo —contenido esencial— de éste, como de cualquier otro derecho.

El asunto adquiere, además, mayor relevancia si se toma en cuenta que dentro de los estándares mínimos de los Estados democráticos del orbe, por lo que hace a los derechos fundamentales y medios de control individualizado, se encuentra el *derecho de acceso a la información pública*. La eficacia de la regulación mexicana, tal y como se encuentra en las entidades federativas, implica una ausencia en nuestra vida republicana a pesar de las respectivas leyes estatales en la materia que se sumaron a la regulación federal; de ahí que algunos nos hemos sumado al esfuerzo de lograr la positivización en la narrativa de la carta básica para establecer mínimos sobre el derecho de acceso a la información en México. Tristemente, el recelo político, la acomodaticia posición del gobernante y el ánimo acrítico que en ocasiones caracterizan al latino (con notables excepciones), han convertido este ideal democrático en una más de las “posturas a medias” del aparato estatal mexicano. La transparencia se ha convertido más en una parte obligada del discurso público y menos en la eficacia del principio jurídico de publicidad de actos y normas.

Como ocurre con los valores absolutos, no podemos tener medios derechos. Tenemos o no tenemos. Hay apertura a la información o no la hay. Ya basta de puertas entreabiertas, de ventanas con persianas abajo. No pasa nada si abrimos el caudal democrático: incidamos en la com-

prensión de la naturaleza del derecho de acceso a la información para que se le otorgue el nivel normativo que le corresponde.

Estas líneas acompañan a otras de aquellos que, como nosotros, consideran ineludible el papel de la opinión pública en la lucha por el reconocimiento y puesta en marcha de una prerrogativa ciudadana que no debe faltar en ningún sistema jurídico contemporáneo; y por ello vuelvo a la base del Estado de derecho de la Francia revolucionaria: los derechos fundamentales y el papel que éstos deben jugar en el Estado constitucional, para amalgamarlos a manera de provocación con resoluciones y cánones hermenéuticos del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública que, desde nuestro punto de vista, deberían de configurar mínimos para la ejecución de normas, políticas públicas y en general actos de cualquier autoridad al margen de su nivel o esfera.

El derecho de acceso a la información en México, derecho fundamental en el plano meramente gramatical, no permite del todo el ejercicio efectivo de las libertades públicas, pues sus diversas legislaciones estatales no conducen al mismo nivel de vinculatoriedad.⁴

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el constitucionalismo adoptó un parteaguas que desde

⁴ Al respecto, es obligada la consulta a Villanueva, Ernesto (coord.), *El derecho de acceso a la información pública en México. Indicadores legislativos*, México, LIMAC, 2005, donde se han analizado todas las leyes estatales aprobadas o publicadas, o no (en los respectivos diarios oficiales), así como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental hasta el cierre de dicha publicación en agosto de 2005. Este estudio analiza el contenido normativo de las leyes en la materia en México. De acuerdo con los autores, “se trata de un estudio de sociología jurídica diseñado para una amplia audiencia, donde se subraya la necesidad de contar con indicadores para conocer si una ley contiene en su articulado los principios o estándares democráticos internacionales. Estos parámetros de referencia permiten pasar de la intuición o percepción de una ley al verdadero objeto que anima su creación: el derecho de acceso a la información pública. Esta publicación está compuesta de cuatro apartados que dan cuenta del proceso de construcción del objeto de estudio para llegar al análisis y medición de la calidad de las leyes. Constituye un punto intermedio entre lo que entraña el concepto de indicador y lo que el parámetro puede aportar del proceso que se lleva a cabo en las diversas entidades federativas que se han integrado a la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas”.

entonces tomó forma de axioma en la organización estatal y el derecho constitucional.⁵ Si para considerar como Constitución a una ley fundamental es necesaria la inclusión del principio político de la división de poderes y el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, éstos se han erigido como base del ordenamiento, sus instituciones y dinámicas. El papel de los derechos fundamentales ha revestido tal trascendencia que conforman ya un parámetro democrático, o como señala Manuel Aragón:⁶ fragmentos de democracia.

Su andar no ha sido sencillo, su concepción decimonónica ha quedado atrás, o cuando menos se ha presentado como insuficiente. Son muchos los “nuevos derechos” que desde 1789 han venido poblando las Constituciones contemporáneas. No se han cambiado unos derechos por otros: imperio de la ley, seguridad jurídica y, sobre todo, libertad como eje alrededor del cual gira la organización estatal, siguen inmutables, son imprescindibles e imprescriptibles. Además, se ha ensanchado el listado de libertades públicas y nacieron los llamados derechos de tercera —y cuarta— generación, que encuentran sus primeras manifestaciones en la Constitución mexicana de 1917, en la rusa de 1918 y en la alemana de Weimar de 1919.⁷

Los derechos fundamentales informan al resto del ordenamiento,⁸ y como ya señalamos, empleando la terminología de Böckenförde, fijan límites y determinan las directrices del Estado. Configuran el único puente tangible entre la voluntad constituyente y la actuación de los poderes públicos,⁹ y si bien en 1789 obligaban al Estado a un *no hacer*, hoy lo constriñen, también, a *dar*, y por supuesto a *hacer*. Ese dar y ese hacer han engordado las máximas normas con preceptos programáticos que a su vez ali-

⁵ Cfr. Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁶ “La democracia constitucional”, *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 27.

⁷ He abundado más sobre el tema en “El papel de los derechos fundamentales en el positivismo jurídico: las garantías individuales en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Escuela de Derecho*, México, primavera de 2001.

⁸ Pérez Luño, E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 23.

⁹ Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Prólogo de Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 396.

mentaban el discurso de regímenes políticos que, como el nuestro, a largo de la historia, hablan más de lo que efectivamente realizan.

La referencia a Manuel Aragón¹⁰ con respecto a que “el Estado constitucional no supone otra cosa más que el intento de juridificar la democracia, siendo la Constitución la forma en que esa pretensión se verifica”, es multicitada porque nos parece que con esa idea se abraza por completo el concepto más rotundo de Constitución, y se encuentra el camino directo para lograr el *Estado constitucional*. Así, la Constitución debe entenderse como la forma jurídica de la democracia. Como su máxima expresión, y al igual que la propia democracia, la carta requiere de ciertos elementos para poder considerarse como absoluta —valga la redundancia, en términos democráticos—. En otras palabras, la designación semántica de “Constitución” no convierte a cualquier ley en una “Constitución democrática”, y consecuentemente no todo Estado es uno *constitucional*.

Nos encontramos con la primera dificultad conceptual: si la Constitución equivale a una especie de sinónimo jurídico de la esencia de la democracia,¹¹ habría entonces que delimitar el alcance semántico de lo que la democracia implica. Podríamos diferenciar las distintas acepciones del término, pues en realidad se trata de un concepto polisémico que con no poca frecuencia se usa con diversos significados casi antagónicos: excluamos entonces el entendimiento de “democracia” como forma de gobierno (Grecia y Roma antiguas); su significado como ideología y movimiento político (siglos XVIII y XIX con la culminación jurídica de los máximos referentes del constitucionalismo occidental: Revolución francesa y guerra de independencia de los Estados Unidos) y quedémonos sólo con la acepción de “democracia” como forma de Estado —el Estado constitucional—, que toma forma a partir de la segunda posguerra y que sólo se asegura con la justicia constitucional, o mejor dicho, con la justiciabilidad de sus preceptos.¹² Ahora bien, la eficacia de la democracia

¹⁰ *Op. cit.*, nota 6, p. 15.

¹¹ Desarrollamos con más amplitud esa idea en “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, 2003.

¹² La idea, en general, la desarrollamos y pronunciamos en la semana inaugural por los festejos del décimo aniversario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, y quedó plasmada en “Tribunales constitucionales y democracia”, *Décimo Aniversario de la Reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005. Para profundizar en el

descansa en su sistema de controles: a mayor y mejor tipo de controles más eficaz será el Estado democrático. Los controles tradicionales, si bien imprescindibles, resultan insuficientes; la tradicional tríada diseñada por los clásicos no basta para que los poderes se controlen a sí mismos, de ahí que la participación ciudadana crezca con ahínco y se dibujen medios de control individualizado para que el ciudadano exija rendición de cuentas y haga valer sus derechos por sí mismo.

Dentro de los requisitos que la carta necesita para ser democrática podríamos enumerar demasiadas instituciones insertas en los ordenamientos de países consolidados. Trataremos por ello sólo los rasgos básicos de la cuestión: sin ir al fondo de la vieja dicotomía analítica derivada del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria (derechos fundamentales y división de poderes), y de los pilares que sostienen la estructura básica sobre la que descansa el Estado constitucional (principio político de soberanía popular y principio jurídico de supremacía constitucional),¹³ el resultado de la suma de los componentes (democráticos) esenciales podría restringirse a la voluntad general que debe expresarse en la ley (aludiendo de nuevo a la Revolución francesa, o a la buena ley de la que hablaba Morelos en Chilpancingo), por una parte, y a su desglose en determinados preceptos exigibles al Estado, por la otra. La inclusión de derechos en el texto normativo no basta sin los mecanismos adecuados para hacer valer dichos derechos, de modo que la dinámica que desarrolla el *control de constitucionalidad* (y consecuentemente el de legalidad) es el resorte en el que se apoya el ciudadano para hacer exigible a cualquier autoridad el apego irrestricto a la ley. Esto no garantiza que la ley sea la adecuada. Ello se mide, entre otras cuestiones, a través de la legitimidad (aceptación social de una norma o de un acto de autoridad); y la legitimidad, a su vez, por no ser algo concreto ni tangible, se corresponde en la realidad, muchas veces, con el sentido común —“sentimiento constitucional” diría Pablo Lucas Verdú—,¹⁴ y así, la producción normativa (las leyes que elabora el

tema desde y sobre una perspectiva jurídica es obligada la referencia de Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1946; y desde una perspectiva política, a manera de manual, Sartori, G., *Aspectos de la democracia*, México, Limusa, 1965.

¹³ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 15.

¹⁴ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985.

poder encargado de hacerlas) debe responder a lo que la mayoría quiere. Esto puede resultar complejo pero en realidad no lo es: por ejemplo, ¿a la mayoría del pueblo le gustaría que el Poder Ejecutivo se controlara a sí mismo o que lo hicieran el Legislativo y el Judicial? La respuesta es obvia, aunque a veces nuestro enorme presidencialismo actuó en sentido contrario. Así, la buena ley, la norma legítima, requiere de la sistematización de un conjunto mínimo de derechos y de articulaciones orgánicas (institucionales) para hacerlos valer, para respetarlos y, sobre todo, para garantizarlos. El equilibrio de poderes manifiesta (y ya lo planteó así desde su tiempo Montesquieu) el aseguramiento de los derechos fundamentales, principalmente de la libertad. El Estado constitucional, entonces, se construye a partir de la satisfacción de unos condicionantes esenciales del sistema democrático: la reducción de toda manifestación del Estado al aseguramiento, reconocimiento y permisión de los derechos fundamentales y al sistema de controles sobre el aparato público.¹⁵

El despliegue dogmático de los derechos fundamentales puede resultar agotador. De hecho, sus estudiosos no acaban de ponerse de acuerdo; distintas corrientes se siguen enfrentando; su conceptualización se emplea para abanderar distintas causas que les hacen adolecer de una especie de vaguedad congénita y que acaso suele superarse sólo en el plano de la especulación.¹⁶

Por su parte, el avance del derecho público supera viejos axiomas e incorpora otros. En el largo recorrido por la historia de la humanidad, un común denominador en la esfera positiva y doctrinal de los derechos fundamentales ha venido fortaleciéndose: su talante democrático, y con ello el abandono de cualquier duda sobre su carácter absoluto, universal e inalienable. Ello se ha hecho posible a través de la delimitación de su esencia, de manera que los ordenamientos jurídicos democráticamente consolidados han especificado el mínimo de los elementos que requiere un derecho para ser tal.¹⁷ Se ha establecido el “alma” o “núcleo” de los

¹⁵ López Pina, Antonio, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 137.

¹⁶ Nava Gomar, Salvador O., “El papel de los derechos fundamentales en el positivismo jurídico: las garantías individuales en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur*, México, vol. 1, núm. 2, primavera de 2001, p. 16.

¹⁷ En extenso, puede verse Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

derechos fundamentales. *Contenido esencial* es el término que delimita el ser, valor y finalidad del derecho reconocido (*ontos, deontos y telos*).

El contenido esencial se erigió como elemento central de los derechos fundamentales y ha convertido a éstos en *informadores* del ordenamiento jurídico.¹⁸ Así, el principio de legalidad integra en su eficacia al de legitimidad al reconocer lo que de cada quien es y al aumentar el ámbito de mayores prerrogativas esenciales de las personas que limitan el aparato del Estado, del *Estado constitucional*; que, podríamos decir, se compone por la suma de crecientes y más efectivos contenidos esenciales. Especular sobre la necesidad de “constitucionalizar”, “federalizar” o “generalizar” el derecho de acceso a la información en México responde básicamente al hecho de delimitar su contenido esencial para hacerlo exigible en cada una de las partes territoriales integradoras de la nación.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: IMPERATIVO DEMOCRÁTICO

Un valor tan amplio —por absoluto— como el de libertad se despliega en el positivismo jurídico por distintas vertientes; entre las libertades públicas (facultades del individuo frente al aparato estatal) emerge como imprescindible el *derecho de acceso a la información pública*. Su razón de ser es simple: confiscar el manejo del mandato representativo. Transparencia, honestidad, eficacia y buen hacer del gobierno requieren de un controlador externo al equilibrio intraorgánico del Estado. El derecho de saber cualquier información que posea el representante es imprescindible en cualquier escenario democrático y de derecho.¹⁹

¹⁸ Para Häberle, “el contenido esencial de los derechos fundamentales se puede delimitar por la vía de la ponderación de bienes jurídicos enfrentados”. De ahí que califique a la norma que lo recoge como declarativa, al servir como fundamentación ante la comprobación de una violación de derechos fundamentales; mientras que frente al legislador le admite una naturaleza constitutiva; de todo ello el efecto positivo que el autor atribuye a este concepto. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 2, p. 149.

¹⁹ *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984; Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México”, en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001.

Si el pueblo delega el ejercicio de su soberanía —que no la soberanía en sí misma— en sus representantes, la relación de *supra* a subordinado entre mandante y mandatarios no debe oponer resistencia al acto de fiscalización del soberano. Un aparato estatal que niegue, retenga, oculte o dificulte el acceso a la información pública simplemente no es democrático. Actuar en sentido contrario traslada el ánimo del gobierno a la *razón de Estado* tan bien recomendada al príncipe por Maquiavelo, tan sólo para la mejor detentación del poder por el poder mismo.

Pocas instituciones introducen a la maquinaria estatal en una caja de cristal con la efectividad que lo hace el derecho de acceso a la información pública. Elecciones periódicas, cuerpo permanente de letrados, mecanismos de control recíproco, contralorías, medios de defensa constitucional; todo ello, sin el ejercicio de acceso a la información, puede ocultar razones mezquinas, originar manejos presupuestales indebidos, fomentar el clientelismo, permitir preferencias arbitrarias: un Estado no consolidado en materia de democracia: un Estado no Constitucional, un Estado no transparente.

IV. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El contenido esencial es el valor intrínseco de cada una de las prerrogativas reconocidas en la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad.

Se atenta contra el contenido esencial de un derecho cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección, vulnerándose así los intereses que protege la carta.²⁰

Bajo el parámetro de países consolidados, puede afirmarse que el contenido esencial del derecho a la información no opera en México. Es decir, los ciudadanos no pueden solicitar información a la autoridad local, o mejor dicho, aunque se solicite, en muchos de los casos no es entrega-

²⁰ Razonamiento del Tribunal Constitucional español expresado en la sentencia 11/81 del 8 de abril con motivo del recurso de inconstitucionalidad del real decreto-ley 17/77.

da a pesar de que la propia Constitución establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, pues no existe auténtica subordinación a la legislación de la entidad federativa de que se trate que permita el desarrollo del ejercicio de este derecho.

La garantía del efectivo ejercicio de acceso a la información en poder de cualquiera que ejerza presupuesto público configura el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública. La premisa es que la información que tiene cualquier autoridad no es propiedad del Estado, es de los ciudadanos. En consecuencia, su contenido esencial implica los mínimos democráticos sobre el derecho en cuestión. Para garantizar el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública se requiere del principio general que reconoce la propiedad ciudadana de la información; la obligación que tiene toda autoridad (los tres poderes en cualquiera de sus niveles), órganos autónomos (Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de Derechos Humanos y Banco de México, así como sus contrapartes en las entidades federativas), asociaciones políticas y, en general, cualquier persona pública o privada que maneje recursos públicos o realice actividades públicas, de entregar toda la información solicitada por cualquier persona.

Se requiere también de órganos autónomos aplicadores del derecho de acceso a la información (uno para todo el país o el establecimiento de los mínimos que debe satisfacer cada uno de los mismos en los estados) para que cumplan con dos tareas: la socialización del derecho de acceso a la información (buena parte de los mexicanos no conoce el alcance de ese derecho por su añeja privación), y la sanción a los funcionarios que se nieguen a brindar la información solicitada con la correspondiente instrucción de entregarla: contrapeso necesario para *controlar al controlador*. Se precisa un plazo máximo de años para “reservar” información, por ejemplo el mismo que señala la Organización de Estados Americanos —diez años— en los parámetros que recomienda para los países latinoamericanos²¹ que quieren “democratizarse” y que por ello están rediseñando normas e instituciones.

En suma, el contenido esencial del derecho de acceso a la información pública se reduce a los preceptos normativos constitucionales e infraconstitucionales, mecanismos, procedimientos, órganos de supervisión y

²¹ www.limac.org.

coacción que permitan el pleno ejercicio de esta libertad pública por todas las personas; no al discurso de autocomplacencia normativa que hace jactarse a los gobernantes de contar con un mecanismo normativo a la vez que lo incumplen de forma sistemática.

V. ESTUDIOS DE CASO QUE FUNDAMENTAN LA PROPUESTA DE MÍNIMOS CONSTITUCIONALES

El acceso a la información, como derecho positivo, es en realidad materia jurídica de nuevo cuño en el país y distinta a la generalidad de la regulación normativa del ortodoxo derecho mexicano: se va formando con la sociedad civil organizada, la academia y un interés de los medios poco común. Lo anterior, para los juristas, puede traducirse como un sistema de fuentes plural; para los demócratas, se trata de una feliz comunión entre legalidad y legitimidad.

No hay recetas que establezcan qué resolución jurídica es correcta y cuál no: la ley puede establecer “a”, el sujeto obligado resuelve “b”, el Instituto Federal de Acceso a la Información interpreta “c”, el juez federal sentencia “d” y probablemente nosotros consideremos que la solución correcta era “e”. ¿Quién tiene la razón? Cabría plantear una pregunta que puede acercarnos a la problemática descrita: ¿en dónde está la norma: en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, su Reglamento o en lo que establecen los órganos reguladores? Adelantamos la repuesta: en las resoluciones del órgano aplicador.²² De hecho, por ejemplo, con base en varias de esas resoluciones se han presentado iniciativas para actualizar y corregir ciertas cuestiones de la Ley Federal;²³ hecho que ratifica la nueva relación *de facto* entre los distintos órganos del Estado, y la provocación en positivo que hace el Instituto Federal de Acceso a la Información al órgano encargado de proyectar la Constitución (como ocurre con el texto de la Constitución ale-

²² El esquema del planteamiento se basa en la metodología de Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

²³ Pueden verse las propuestas de reforma a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en los documentos elaborados por la Secretaría de Acuerdos del IFAI, a partir del 25 de junio de 2004, en www.ifai.organicion.mx/estudios/estudios.htm.

mana, que establece que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial están su-peditados a la ley, mientras que el Legislativo lo está a la Constitución).

Las resoluciones normativas, como las que lleva a cabo el Instituto Federal de Acceso a la Información, *rellenan* la norma (Böckenförde),²⁴ que se vuelve a crear y recrear en cada nueva resolución, porque implica una nueva interpretación y ésta, a su vez, lleva implícita su argumentación. Aplicación, interpretación, argumentación y creación del derecho por parte del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, respecto de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, es lo que pretendemos relacionar para formular un listado de mínimos que deben incluirse en la narrativa de la Constitución general de la República que conduzca al ejercicio de un derecho cuyo contenido esencial esté previamente establecido. Al margen, es prudente señalar que al 13 de abril de 2006 se han presentado 5,646 recursos ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y que también se cuentan por miles sus resoluciones,²⁵ lo que obliga a un método discriminatorio. Ante la evidente imposibilidad de cumplir medianamente la tarea encomendada señalaremos algunos lugares comunes que dan buena cuenta del discurso jurídico que emplea el Instituto, con especial énfasis en ciertas recomendaciones que se erigen en cánones específicos para la posterior aplicación e implementación de la narrativa de la ley de transparencia, incluso para el propio Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información.

El término transparencia no está bien empleado como referencia a la apertura informativa, aunque al margen de la puridad gramatical hay que admitir que cumple muy bien con el cometido de explicar a la ciudadanía lo que implica el principio jurídico republicano de publicidad de actos y normas. De ahí la trascendencia de las resoluciones de los órganos aplicadores de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; pues el principio de publicidad se subsume en otro principio general del derecho de calado más profundo: el de seguridad jurídica.

El Instituto Federal de Acceso a la Información, se quiera o no, está sentando precedentes en la concreción del derecho de acceso a la infor-

²⁴ Böckenförde, *op. cit.*, nota 3, p. 9.

²⁵ Al 13 de abril de 2006, según la página de Internet del IFAI, se han resuelto 698 recursos en 2006, 2,640 en 2005, 1,431 en 2004 y 635 en 2003.

mación y está quitando con ello un trozo de retórica oficial al artículo 6o. de la Constitución federal, antes sólo una estrofa de poesía constitucional.

De sus resoluciones,²⁶ la opción más repetida por el Pleno es la “modificación”, cuestión que confirma el establecimiento activo de criterios por parte del órgano regulador para la administración pública federal. Sin embargo, no ya tratándose del fondo, sino de cuestiones formales, la vertiente predominante es el desechamiento. El Instituto Federal de Acceso a la Información no puede seguir los pasos del Poder Judicial que, tradicionalmente y por muchas cuestiones que desde luego aquí no se tocarán, desecha o intenta desechar. Hay que aprovechar, mientras se tenga, el generoso presupuesto para fortalecer, si es necesario, el equipo de asesores o secretarios de los comisionados dedicados a los anteproyectos de resolución de recursos y seguir con la socialización del derecho de acceso a la información, pues en muchas ocasiones el desechamiento obedece más al promovente que a la autoridad que lo dicta.

La relación entre solicitudes y dependencias puede darnos una idea del valor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y de la nueva cultura pública, pues encabeza la lista, con mayor número de solicitudes, el Instituto Mexicano del Seguro Social (8,724), le siguen Hacienda (6,524), la Secretaría de Educación Pública (5,190) y la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (4,514).²⁷ Ello puede leerse, desde la perspectiva pública, como un intento de trabajo de microscopio sobre los funcionarios, lo que confirma a su vez que las leyes de acceso configuran un mecanismo de control individualizado sobre la autoridad; mientras que, en específico, las solicitudes al Instituto Mexicano del Seguro Social y a la Secretaría de Educación Pública confirman el beneficio ciudadano del acceso a la información; y eso que, dada la distribución de competencias que emana del texto constitucional, podría presumirse que las leyes locales afectan en mayor medida la vida de las personas; un argumento más para el establecimiento de mínimos constitucionales que garanticen el contenido esencial del derecho de acceso a la información.

El Instituto Federal de Acceso a la Información, contando con sólo dos abogados en el Pleno, ha desarrollado conceptos duros de derecho en sus

²⁶ Para todo véase <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php>.

²⁷ Información actualizada hasta el 13 de abril de 2006. www.ifai.org.mx.

criterios, como, por ejemplo, la distinción que hace entre ley en sentido formal y material, y la establecida entre ley y reglamento, a propósito de impedir que la autoridad administrativa pudiera, a través de la facultad reglamentaria, establecer por adelantado la clasificación de “reservada” a determinada información, aprovechándose del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que establece que se considerará como reservada aquella información que así sea considerada por otra ley. También fue contundente cuando aclaró la distinción entre inexistencia (de un documento) e incompetencia porque la información solicitada corresponde a otra entidad pública.

A la vez, el Pleno ha tomado en cuenta a la doctrina contemporánea y de hecho la cita en sus resoluciones, tal y como lo hace con Héctor Fix-Fierro; lo mismo con algunos criterios de índole internacional,²⁸ como los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior habla de la conjunción de métodos, paradigmas y cánones hermenéuticos, y hace de los procesos al interior del Instituto un ejemplo de modernidad resolutoria que rompe con la ortodoxia de muchos de nuestros tribunales que suelen repetirse y repetir mitos y dogmas de la historia patria y sus propias explicaciones y autocomplacencias normativas.

No sólo ha interpretado, también ha penetrado, a través de la analogía, en lo que otros sujetos obligados, como el Poder Judicial, han resuelto y reglamentado al respecto; como lo hizo en lo tocante a las pruebas y demás información en un proceso administrativo, precisamente a diferencia de uno de naturaleza judicial.²⁹

A pesar de lo señalado anteriormente, no se une el Instituto a la corriente desechadora del Poder Judicial, pues ha establecido el criterio de no desechar cuando:

...al constituirse el recurso de revisión como un medio de control de la legalidad, a través del cual el particular puede combatir las violaciones a la Ley de Acceso a la Información que cometan las autoridades administrativas, las causas de sobreesimiento deben entenderse como excepciones a la regla general, de tal suerte que no se presten a interpretaciones extensivas, por lo que su aplicación deberá ser en todo momento de estricto derecho.

²⁸ <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php>.

²⁹ Resolución 214 de 2003. <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php.año2003> (formato PDF).

En ese orden de ideas, es erróneo interpretar la referida fracción en el sentido de que la existencia de cualquier medio de defensa en trámite en el que el recurrente es parte —el cual no tenga el efecto de modificar, revocar o nulificar la respuesta a una solicitud de acceso a la información—, daría lugar al desechamiento del recurso de revisión presentado ante el IFAI, toda vez que ello dejaría en estado de indefensión al particular al que se le ha negado el acceso a la información solicitada.³⁰

El Instituto Federal de Acceso a la Información, rompiendo con la cultura criptocrática de antaño, nos muestra que no pasa nada cuando se abre la información; de ahí las paradigmáticas y ruidosas resoluciones contra, por ejemplo, las negativas del Instituto de Protección al Ahorro Bancario.

El Instituto va generando sus propios criterios interpretativos (interpretación como fuente) y establece relaciones entre las distintas instituciones jurídicas; así lo hizo cuando en la resolución de un recurso señaló que la información relacionada con una extradición se clasificará como reservada porque, en términos de la ley, la extradición forma parte de las estrategias procesales que seguirá el Estado mexicano una vez que el inculpado sea puesto a disposición del juez penal. Buena mezcla de derecho internacional, derecho penal y derecho de acceso a la información.

Hay un criterio que no nos convence, si bien es acertado en términos esenciales, respecto del concepto territorial del Estado (ámbito espacial de validez), lo cierto es que por lo menos, desde nuestra perspectiva, debió generar una recomendación para cumplir con el principio de máxima publicidad de la ley: el IFAI estableció que aunque en otro país se considere determinado tipo de información como pública, si en México se considera reservada, así permanecerá. Desde una interpretación literal o gramatical el criterio es correcto; no así desde la perspectiva democrática de apertura informativa: ejemplo claro de las recurrentes tensiones entre el ámbito legal y el anhelo democrático o, incluso, el sentido común. Valdría la pena incluir en el esfuerzo de constitucionalización de mínimos sobre el acceso a la información principios internacionales de máxima publicidad.

³⁰ Resolución 697 de 2004. <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/anual.php.año2004> (formato PDF).

El jurista austriaco Hans Kelsen estableció que la interpretación es un proceso espiritual que acompaña a la norma en el tránsito desde su creación hasta su aplicación (de una norma superior a una inferior). Lo anterior guarda relación con la necesidad de conocer, en la mayor medida de lo posible, todo el proceso de creación normativa. La referencia de Kelsen es irrefutable, pues eso que algunos llaman el “espíritu de la ley” no es más que el fondo, antecedentes, circunstancias y finalidad detrás del texto que compone una disposición normativa. De ahí la ventaja de tener un Pleno abierto; necesitamos saber y conocer eso que llaman espíritu de la norma: el proceso de creación de la resolución que finalmente configura una norma individualizada (a través del método originalista o histórico de interpretación). Otra modalidad que no ofrecen muchos de los órganos aplicadores de las leyes de transparencia en los estados. Son precisamente los integrantes del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública los que están sentando los principios del largo camino que aún falta recorrer. Principio, también de acuerdo con Kelsen, significa el fundamento del cual se infiere lógica y realmente lo que sigue. Por qué el órgano encargado de transparentar las acciones del monstruo que supone la administración pública de cada estado no permite conocer al resto del país qué está bien, qué está mal, porqué resolvió tal o cual cuestión. Esos principios, si bien elaborados por los plenos, pertenecen a todos, son el comienzo de lo público y lo publicable. Desde luego, habría que tomar ciertas medidas con datos personales e información clasificada como reservada. No habrá manera de que avancemos al mismo ritmo si el alma y las entrañas de la creación normativa del derecho de acceso a la información y su interpretación, argumentación y aplicación, por buena que sea, como es el caso, sólo consta integralmente a los notables que se encargan de garantizar la publicidad. Al respecto, el alemán Peter Häberle³¹ aclara la existencia y propugna por la pluralidad de intérpretes, incluyendo desde luego a todos los operadores jurídicos (no autoridades), como única garantía para expandir con efectividad la fuerza normativa de la Constitución, forma jurídica de la democracia; otro pendiente más que habrá de subir a la narrativa constitucional para que los órganos aplicadores del derecho de acceso a la información, como lo hizo el Instituto Federal de Acceso a la Información, hagan público lo público.

³¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 2, p. 148.