



transparencia

2006

semana Nacional

The logo for the Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (ifai). It features the word "ifai" in a bold, lowercase sans-serif font. Above the letter "i", there is a stylized icon composed of vertical bars of varying heights, resembling a bar chart or a stack of books.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: EXPERIENCIA COMPARADA

Ponentes: Thomas Market. Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa.

Eduardo Bertoni, Director Ejecutivo de la Fundación para el Devido Proceso Legal de los Estados Unidos.

Comentariasta: Salvador Nava Gomar. Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur, Ciudad de México.

Moderador: Ángel Trinidad Zaldívar. Secretario Ejecutivo del IFAI.

La Semana de Transparencia se dio poniendo en bandeja de entrada uno de los platillos principales: la constitucionalización del acceso a la información. Este tema que apenas el lunes se esbozó y que se ha comentado, que se ha tocado tangencialmente en algunas de las otras mesas, hoy se abordará con mayor amplitud y profundidad.

Dado que la temática general que nos convoca son las tendencias del mundo, en esta materia es obligado hacer una revisión de la constitucionalización a la luz de los acontecimientos internacionales.

En seguida me permitiré leer una síntesis curricular de Thomas Market. Nació el 21 de agosto de 1955 en Alemania, tiene un Título y un Doctorado en Leyes por la Universidad de Tübingen.

En 1989 se incorporó al Consejo de Europa, trabajando para los Servicios de Asesoría Jurídica del Secretariado del Comité de Ministros de la Comisión de Venecia. Cuenta con amplia experiencia en el sureste de Europa, laborando tanto en la Conferencia Rambouillet como en las Negociaciones del Acuerdo del Marco Ohrid como asesor legal de las Delegaciones de la Unión Europea.

Tomó parte en la elaboración inicial de la Constitución para Kosovo, la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro, así como en propuestas de reformas de la Constitución Dayton, en Bosnia y Herzegovina y en la Ley Especial sobre el Referéndum de Independencia en Montenegro. Para Europa del Este, trabajó en la formulación de opiniones para la Comisión de Venecia sobre la Constitución Ucraniana en el Referéndum Constitucional en Belarús propuesto por el presidente Lukachenko; en las reformas constitucionales de Moldova, Georgia y en la República Chechena. Tomó parte en varios esfuerzos de resolución de conflictos en Transnistria, Abkhazia y Ossetia del Sur; fue nombrado Secretario General Adjunto de la Comisión de Venecia en el año 2002.

PONENTE: Thomas Market.

Antes de entrar de lleno al tema, quisiera hablar acerca de la Comisión de Venecia y el Consejo de Europa. Quizás estos organismos no sean tan bien conocidos en México.



El Consejo de Europa es una organización nacional cuyos miembros son los Estados Europeos, básicamente trabajando como organizaciones intergubernamentales y se puede comparar con la Organización de Estados Americanos y es totalmente aparte de la Unión Europea.

Para ser miembro del Consejo de Europa, el país tiene que construir una democracia y estos criterios se interpretan en forma muy general y todos los Estados Europeos, salvo Rusia, son miembros. El Consejo de Europa está trabajando mucho en asuntos legales, en la cultura, etcétera, así como asuntos económicos.

Estos son resueltos por la Unión Europea, una serie de convenciones han sido elaboradas por el Consejo de Europa, sobre todo la Comisión Europea sobre Derechos Humanos. También trabaja para armonizar las legislaciones nacionales en el campo de acceso a documentos públicos.

La Comisión de Europa es una parte del Consejo de Europa, y hemos asesorado muchas democracias en Europa Central y Oriental, y México es parte de la Comisión de Venecia y del Consejo de Europa.

Suecia ha sido mencionada como el mejor ejemplo, el ejemplo clásico de acceso a información pública.

Suecia es un país europeo, y en el siglo XVIII adoptaron la Ley de Libertad de Prensa, que es un documento constitucional que garantiza acceso muy amplio del público a los documentos oficiales. Así que existe una tradición muy positiva en Europa. Ciertamente no es la dinámica de la tradición europea, sino más bien la excepción en Europa.

Y como los países europeos tienen la tradición de confidencialidad, y la ley trata de proteger secretos oficiales; y la ley no trató de obtener la difusión o diseminación de documentos públicos. Hay tradición burocrática también.

En cuanto a transparencia. No sé si en México tuvieron la oportunidad de ver una serie de la BBC de Londres, llamado, "Sí, señor Ministro", que describe cómo funcionó el Ministerio en el Reino Unido, y el personaje principal es el Ministro recién electo frente a un servidor civil, que es el asesor del Ministro, y cuando el funcionario empieza a hablar ante el gobierno, su asesor le dice que el gobierno abierto es una contradicción en términos. Podemos tener apertura o gobierno, pero no podemos tener ambos.

Esto es una caricatura, este es el enfoque tradicional de la burocracia, ya no es tan válido al día de hoy pero es de donde provenimos.

Si empezamos a hablar a nivel constitucional, y tenemos que tomar en cuenta que las Constituciones Europeas adoptadas antes de la Segunda Guerra Mundial o inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, a parte de Suecia no se dirigen específicamente al asunto de acceso a documentos públicos.

Las Constituciones Europeas como la mexicana tienen disposiciones en materia de Libertad de Información o Libertad de Expresión, y en ocasiones hablan acerca de recolectar información o buscar información. Por ejemplo, en Suiza y en Alemania esto está calificado específicamente e indica que tienes el derecho de buscar información de fuentes generalmente accesibles. Significa que el Estado no puede evitar que ustedes busquen información, pero el Estado no está obligado a proporcionar información.

Así es que en la mayor parte de los países de Europa Occidental la Constitución se puede expresar como dar una libertad bastante negativa, pero la sociedad se desarrolla y la necesidad de asegurar mayor transparencia se sintió cada vez más en Europa, y también algunos países lo reflejaron a nivel de la Constitución.

El primer ejemplo. En Europa Occidental la Constitución de Holanda, que fue reformada en 1983 y ahora tiene una disposición, en el sentido de que el ejercicio de sus deberes los organismos gubernamentales van a observar el Derecho de Acceso a Información Pública conforme a las reglas escritas por un acto del Parlamento. Es una redacción muy cuidadosa, le deja mucho al Parlamento, pero el principio es muy claro. Y Holanda es una sociedad que está muy de acuerdo con la apertura del gobierno.

Otro ejemplo. Más global es la Constitución del 1999 de Finlandia, pero Finlandia es vecina de Suecia, y ya tenía legislación en materia de acceso a la información mucho antes, pero ahora tienen una disposición muy clara en su Constitución, que documentos y registros en posesión de las autoridades son públicos.

Y por razones obligatorias a veces tiene que verse la excepción, la restricción, y todo el mundo tiene derecho de acceso a documentos públicos y registros públicos. Este es un lenguaje muy global en la Constitución de Finlandia.

Y la de Bélgica también cuenta con esta disposición, todo mundo tiene derecho de consultar cualquier documento administrativo y tomar una copia, salvo en los casos, y hace algunas excepciones.

Así es que podemos ver que existen Constituciones de Europa Occidental que tienen derechos explícitos de acceso. Y también en Europa Central y Oriental. En esta Europa todo mundo, después del final del Comunismo, los países adoptaron nuevas constituciones.

Y estas nuevas constituciones se dirigen al aspecto de información pública en términos mucho más explícitos. Un buen ejemplo que quisiera yo citar, la Constitución de Moldavia, que indica tener acceso a cualquier información de interés público, es el derecho de todos y no se puede frenar conforme al nivel establecido de competencia. Las autoridades públicas van a garantizar que los ciudadanos estén bien informados, tanto de los asuntos públicos, aspectos de interés personal y el derecho del acceso a la información, no puede perjudicar las medidas tomadas para proteger a los ciudadanos o de la seguridad.

Esto es un abordaje mucho más global y disposiciones semejantes se encuentran en países de Europa Central y Oriental. También eso se puede explicar por dos motivos: uno es la oportunidad cuando adoptaron sus constituciones en los años noventa, esto era un asunto importante y existía la tendencia de incluir esto en sus constituciones; pero pienso que el otro motivo es la reacción en contra del Periodo Comunista. Durante el Comunismo tenían una burocracia poderosa y opaca, por lo tanto, existía la necesidad de tener mayor transparencia en cuanto a la administración pública.

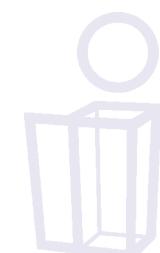
Se sintió mucho en estos países, como fue el caso de México en los años noventa.

También podemos ver el vínculo del pasado comunista en otra peculiaridad de estas constituciones. A menudo existe el derecho específico de acceso a información pública en el campo del medio ambiente y de la salud. Ciertamente esta es una reacción ante los accidentes en Chernobyl, después de ese accidente las autoridades soviéticas no dieron información, mintieron a su pueblo y al final mucha gente falleció debido a la falta de transparencia.

La falta de transparencia puede matar a la gente y esto está en la mente de mucha gente, sobre todo en la ex Unión Soviética cuando elaboran sus constituciones a principios de los noventa. Y esto también tiene una disposición que el Estado garantiza a todos los ciudadanos al acceso a información fidedigna, en cuanto a información sobre el medio ambiente, etcétera. Así que en Europa Central y Oriental tenemos una imagen muy positiva si vemos los textos constitucionales, pero no en todos los países nos dan una imagen positiva en su Constitución y los hábitos de una democracia comunista no han desaparecido.

Y tememos que ser un poco escépticos si estas nuevas constituciones se han instrumentado completamente. Vemos una tendencia clara en Europa para incluir accesos a la información pública en su Constitución, se adoptó una nueva Constitución, se hizo así y en otros casos a través de reformas.

En cuanto a otros países. Ayer se presentó un panorama general acerca de los textos legislativos en Europa y casi todos los países europeos ahora tienen leyes en cuanto acceso a documentos públicos, pero cabe afirmar que esas leyes no fueron adoptadas muy pronto: Francia lo hizo en 1978, Italia en el 90, Alemania en 2005. Así que los países europeos no han estado a la vanguardia en cuanto a este tema.



Para explicar y no excusar esto, hay que tomar en cuenta que la administración ya se había vuelto más abierta en su comunicación, sin estar legalmente obligada a hacerlo, pero esto es para administrar la comunicación y no comunicación basada en un derecho. Los intereses individuales son una inquietud y por lo tanto, países europeos tienen disposiciones sobre que el individuo puede tener acceso a la información cuando él tiene una preocupación personal, por ejemplo, información sobre calles, plantas de energía nuclear, son aspectos de interés específico para los ciudadanos.

Muchos países europeos tuvieron gran participación popular antes de adoptar una decisión que asegure que el público esté informado. Este quizá es un motivo por el cual el principio de acceso a documentos públicos se instrumentó tan tarde en muchos países. Pero si hablamos de Europa sería incompleto únicamente hablar del nivel nacional, pero también tenemos que hablar acerca del nivel europeo.

Jakob habló acerca de la situación de la Unión Europea, no voy a hablar de esto, pero sí de los otros puntos: número uno, acceso a documentos públicos, según la Convención Europea de Derechos Humanos, porque este tratado de derechos humanos en Europa tiene una maquinaria muy eficiente de instrumentación donde las personas pueden apelar en cualquier lugar de Europa, así que es muy importante como antecedente a la ley nacional.

La Convención Europea, en su artículo 10, garantiza el derecho de recibir información. No existe una disposición en cuanto al acceso, esto refleja el estado de las constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial. Por supuesto, la Convención puede interpretarse y el Código de Derechos Humanos Europeo lo ha hecho, contrario a los primeros casos.

La Comisión Europea de Derechos Humanos que ha tratado de derivar el derecho de acceso a información pública, a partir del artículo 10, el Tribunal de Derechos Humanos en Europa ha sido muy rígido y ha dicho que la libertad para recibir información básicamente prohíbe a un gobierno el restringir a una persona de recibir información que otros están dispuestos a proporcionarle. Esta libertad no se puede interpretar como imponerle al Estado, en ciertos casos, como en este, una obligación positiva para recabar y difundir información propia, así que vean en el artículo 10. Sin embargo el Código Europeo de Derechos Humanos ha interpretado este derecho en algunos casos como parte de los derechos de respetar la vida privada y la vida familiar.

Como antecedente tenemos que hay una ley que habla de la privacidad de la vida familiar, que significa que alguien que vive en una región con su familia y el Estado hace que sea imposible que continúe viviendo en forma tranquila y forma saludable, esta es una violación al respecto de la vida privada. Ya los tribunales han dicho que es obligación del Estado de no impedir ni intervenir en la vida privada y puede entrañar la obligación de informarle al ciudadano de cualquier amenaza a su salud que se puede derivar de una acción gubernamental.

Para resumir, en estos casos existe el derecho conforme a la convención, hay una serie de recomendaciones del Consejo de Europa que sintetiza la legislación de acceso a documentos públicos y esto refleja esta norma común establecida en una recomendación del Consejo de Europa elaborado por los expertos gubernamentales de los Estados miembros y aprobado por los gobiernos. Es una ley blanda pero refleja la tecnología en Europa.

Para resumir la situación en Europa y luego sacar algunas conclusiones para México, tradicionalmente en casi todos los Estados de Europa el derecho de acceso a información pública no se consideraba como parte de los derechos fundamentales, garantizados por la Constitución y luego por la Comisión Europea.

Estos textos solamente hablaron de libertades negativas y no obligaban al Estado a proporcionar información, a menos de que fuese requerido para la protección de otros derechos, sin embargo, esto ha cambiado en forma paulatina y el desarrollo ha sido incluir cada vez más el derecho de acceso a la información y plasmarlo en las constituciones y la mayoría de los países han adoptado una legislación al respecto, salvo en Europa Oriental, esto está plasmado en Europa y tenemos una norma europea como recomendación del Consejo de Europa a los Estados miembros.

En cuanto al acceso a documentos públicos esto está en marcha sobre todo en las burocracias.

Sí hay una transparencia total, como hubo en Suecia en el pasado que se consideraba como una aberración, pero ahora cada vez más se parece al modelo que va a prevalecer no tan ampliamente en Europa como en Suecia pero no puedo resistir la tentación de hacer algunas comparaciones con la situación del caso de México.

Pienso yo que hay una serie de planteamientos en base a la experiencia europea, que favorecería la inclusión del principio de acceso a documentos públicos de la Constitución de México.

La primera, es la tendencia progresiva y tienen ustedes un interés en la Constitución, de ser de los países más avanzados en esta materia y no en los que están en retroceso.

Otro elemento que para mí es importante es el asunto público que tiene la Constitución, debe de incluir aspectos que son de relevancia particular para el país y veo que la Constitución Mexicana es muy larga y detallada; las constituciones de Europa son más cortas, pero en el marco de la Constitución Mexicana parecía muy lógico explícitamente hablar a cerca del acceso a documentos públicos, gracias a lo larga y detallada que es.

Otro argumento sería por supuesto que México a diferencia de la mayoría de los países de Europa es un país federalista, así que sería mucho más fácil asegurar una armonía sobre el principio. En México sí está plasmado en la Constitución, podemos decir que una

federación es legítima pero es diferente, el acceso a la información pública finalmente sale del principio de la democracia y el principio de la democracia debe de instrumentarse de forma consistente en todo el país.

Así que tiene sentido que una Constitución federal también instrumente este principio y de nuevo al ver el texto de su Constitución encontré mucho textos en ella y se tienen que organizar así como los estados, para mí sería muy lógico conforme al enfoque de la Constitución Mexicana incluir una reforma en materia de acceso a documentos públicos.

Moderador: Ángel Trinidad Zaldívar. Secretario Ejecutivo del IFAI.

Nos acompaña Eduardo Bertoni. Es abogado de nacionalidad argentina, egresado de la Universidad de Buenos Aires y ex becario de Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York.

Fue profesor de Derecho Penal y Procesal-penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde ha dictado curso de grado y de postgrado.

Asimismo ha trabajado como asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Argentina. Fue relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Organización de Estados Americanos.

Ha escrito varios artículos y libros, entre ellos destaca el Derecho a la Libertad de Expresión.

Actualmente es Director Ejecutivo de la Fundación para el Devido Proceso Legal.

Ponente: Eduardo Bertoni.

Me han convocado para hacer algunas reflexiones sobre la situación en nuestro Continente, sobre lo que estamos dando en llamar la *constitucionalización del derecho al acceso a la información pública*.

Durante mi charla de hoy en algún momento voy a referirme a qué es lo que estamos entendiendo por constitucionalización del derecho, porque me parece que sería deseable precisar qué es lo que queremos constitucionalizar cuando estamos hablando de este proceso que requiere un cambio en la ley fundamental de nuestros Estados.

Pero para abordar esta situación en nuestro Continente, lo que propongo hoy es tocar cuatro temas. El primero me llevará a concluir en que realmente no creo que exista una tendencia en América Latina y en *Las Américas* en general, y el Caribe también, para constitucionalizar el acceso a la información pública.

Lo que sí existe sin ninguna duda es una tendencia a generar mecanismos que garanticen el acceso a la información pública.

El tercer punto que conversaré hoy con ustedes es discutir cuál es la base normativa para esa tendencia a la generación de mecanismos que permita el acceso a la información pública, cuando esto no está expresamente en la Constitución.

Finalizaré con algunas reflexiones sobre ideas en el sentido de las ventajas y tal vez alguna desventaja que pueden ocurrir en el proceso de constitucionalización del acceso a la información pública.

El primer tema en cuanto a si existe o no existe una tendencia en nuestro Hemisferio a constitucionalizar el acceso a la información pública. Lo que yo creo que es indudable es que en lo que va del siglo y tal vez desde finales de los 90, se asentado un movimiento muy fuerte a favor de la transparencia de los actos de gobierno y a favor del acceso a la información pública.

Este movimiento es provocado por una conjunción de actores, algunos de ellos de la sociedad civil, muchos otros de Estado, tiene el origen en el deseo de la población de dejar largos tiempos de opacidad y oscurantismo que provocaron las dictaduras en gran parte de nuestra Tierra.

Es decir, con el advenimiento de la democracia; la democracia requiere sin ninguna duda una mayor participación de la población; la participación requiere información y por eso se ha generado en nuestros países distintos movimientos, organizaciones que han impulsado la generación de ciertos mecanismos para el acceso a la información pública.

También no podemos dejar de lado, más allá de las conclusiones o más allá de las opiniones en cuanto a los resultados, los cambios en las políticas económicas en muchos de los países durante la década de los 90 y en lo que va del siglo.

Los procesos de privatización en muchos de los países requirieron cambios estructurales importantes y mayor transparencia en los actos de gobierno para permitir el acceso de inversiones extranjeras. Esto, repito, más allá de los resultados que han obtenido, es un dato de la realidad que también ha influido en este impulso al acceso a la información pública.

Este movimiento ha tenido resultados que son realmente palpables. En el ámbito internacional por ejemplo, desde el año 2003 la Asamblea General de la OEA ha aprobado resoluciones específicas sobre el derecho al acceso a la información pública, instando a que los Estados tengan mecanismos que garanticen a la población el acceso a la información pública y a la transparencia de los actos de gobierno.

En distintas reuniones convocadas por organizaciones de la sociedad civil se han dado ya a estas alturas un sinnúmero de principios, que son los principios rectores del acceso a la información pública. Para sólo citar algunos, los que son conocidos como "Los Principios de Lima" sobre el Acceso a la Información Pública, otros principios que se dieron a la conclusión de un evento convocado en el Perú por el British Council hace un par de años, se conocen como "Los Principios de Socios

Perú”; principios que han sido promovidos en Chile por la ‘Organización PROXESO’ y que han estado también apoyados por el Open Source Iniciative, por la Organización Mexicana LIMAC, etcétera.

Tenemos en los últimos años una serie de principios emanados de reuniones de la sociedad civil que le dan contenido al derecho al acceso a la información pública. A nivel local, para dejar el nivel internacional, también el “Movimiento en Favor al Acceso a la Información Pública” ha tenido resultados concretos en nuestro Continente.

El primero, el más claro para mí se refleja en las leyes específicas aprobadas en un sinnúmero de países, sobre todo y de manera acelerada desde el año 2002. En algún momento me voy a referir a alguna de esas leyes.

La otra cuestión en el ámbito local es que en la mayoría de los países de nuestro Continente, aún en aquellos que todavía no han aprobado leyes de acceso a la información pública, hoy día se están discutiendo proyectos de ley de acceso a la información.

Centroamérica es un caso bastante paradigmático, pero no sólo ahí, en Sudamérica, en aquellos países que todavía no tienen leyes, también existen en los Congresos discusiones—a nivel parlamentario—sobre leyes de acceso a la información pública.

En otros países, si bien no se ha llegado al rango normativo de una Ley, sí se han aprobado Decretos a nivel del Poder Ejecutivo, que facilitan el acceso a la información pública en los órganos que dependen del Poder Ejecutivo de esos Estados.

Sin embargo, todo este movimiento en favor del acceso a la información pública ha provocado un mínimo cambio en las constituciones de los países de América.

Es para mi el único ejemplo Panamá, quien después de aprobar una Ley de Acceso a la Información Pública en el año 2002, en el año 2004, influenciado por todo este movimiento de transparencia, en la Reforma Constitucional incluye el derecho de acceso a la información pública con algunas características bien específicas.

Algunos podrían decir que la última reforma que se hizo a la Constitución Chilena el año pasado también incorpora el acceso a la información pública como derecho en la Constitución. Sin embargo, creo que hay algunas interpretaciones que no se dirigen en ese mismo sentido.

Lo que hace la nueva Constitución Chilena es declarar la publicidad de los actos de gobierno y los documentos, pero no habla específicamente de un derecho al acceso a la información pública.

Por eso yo digo que no creo que podamos hablar en América —y sobre todo en América Latina— de una tendencia a la constitucionalización.

Es más, yo diría que en muchos de los países que han aprobado leyes de acceso a la información pública, muchos de ellos tenían en su Constitución, ya con anterioridad, el derecho al acceso a la información pública.

Por ejemplo, el Perú aprueba una Ley específica de Acceso de la Información Pública en el año 2002, sin embargo, la Constitución Peruana, que ya venía con reformas desde el año 1979, en el artículo Segundo establecía el acceso a la información pública como derecho.

Permítanme leer el artículo 2.5 de la Constitución Peruana:

“Toda persona tiene derecho —y el numeral 5— a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibir de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por la Ley o por razones de Seguridad Nacional”.

Por supuesto podemos discutir la redacción de este artículo pero lo que estoy proponiendo como debate es que en el Perú, en el año de 1979, ya existía el acceso a la información pública como un derecho Constitucional y pasaron muchos años hasta que ese derecho se hizo efectivo o empezó a hacerse efectivo a partir de la aprobación de una Ley.

Lo mismo ocurre en el Ecuador, para citar otro ejemplo. El artículo 81 de la Constitución Ecuatoriana que viene desde el año 1998, dice textualmente y cito:

“El Estado garantizará el derecho de acceder a las fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportunay sin censura previa de los acontecimientos de interés general que preserven los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”.

De nuevo yo sería bastante crítico de la redacción de este artículo Constitucional del Ecuador, pero no puedo dejar de decir que ya en 1998 el derecho existía de

alguna manera y podía ser interpretado a nivel constitucional; sin embargo, hasta el año 2004 no se aprobó una Ley que hiciera efectivo el derecho al acceso a la información pública. Es decir, no creo que nosotros podamos; bueno, por supuesto me restaría tomar el caso de México.

La reforma a la Constitución Mexicana de 1977, hasta donde conozco, al incorporar el artículo Sexto o modificar el artículo Sexto incorpora de alguna manera el acceso a la información pública como derecho; pero sin embargo, en México la Ley de Acceso a la Información Pública no se da hasta el año 2002.

Por eso digo que no creo que haya una tendencia hacia constitucionalizar el derecho pero sí, en cambio, una tendencia a generar estos mecanismos que hacen efectivo el derecho.

¿Cómo se ha plasmado esa tendencia?

Bueno, por ejemplo, en países que todavía no tienen leyes de acceso a la información pública, como decía hace un momento, se están discutiendo este tipo de leyes pero en algunos ya han aprobado Decretos a nivel del Poder Ejecutivo.

Argentina es un ejemplo, Bolivia es otro. No tienen Ley de Acceso a la Información Pública, sí tienen Decretos del Poder Ejecutivo que ordenan; digamos que reglamentan de alguna manera el acceso a la información en las entidades de ese Poder del Estado.

Y por otro lado, tenemos que estos mecanismos se han plasmado de manera muy fuerte en leyes. Y para citar lo que va ocurriendo en este siglo, Trinidad y Tobago aprueba una Ley en el año 2001, México en el 2002, Perú en el 2002, Panamá en el 2002, Jamaica en el 2003, República Dominicana en el 2004, Ecuador en el 2004, Antigua y Barbuda en el 2005.

Vean ustedes que hay un fuerte movimiento en favor de aprobar este tipo de leyes y hay Iniciativas —como yo decía hace un momento— en la mayoría de los países de la Región.

Ahora, ¿cómo ha sido posible avanzar en este tipo de Iniciativas, en este tipo de mecanismos —ya sea a nivel Decreto o a nivel de Ley— en estos países? A lo que quiero referirme es a cuál ha sido la base normativa para poder avanzar en este tipo de mecanismos.

En algunos países esta base normativa ha sido obvia, en los países que ya tenían incorporado el derecho constitucional de acceso a la información pública, las leyes que se aprobaron no hicieron más que reglamentar ese derecho que ya estaba en la Constitución.

Ahora, en algunos de estos países que mencioné y en otros que se está discutiendo la idea, realmente no existe el acceso a la información pública como un derecho expresamente determinado en la Constitución.

Entonces, la pregunta ahí es: ¿De dónde se ha derivado este derecho si no se derivaba directamente de un derecho expreso en la Constitución?

Y aquí, en mi experiencia, lo que ha ocurrido es una interpretación de otros derechos ya garantizados en la Constitución, que están relacionados con el acceso a la información pública.

Esta interpretación de otros derechos, creo yo y sería muy largo debatir sobre ese punto, en muchos casos ha generado confusiones, por lo cual, por supuesto que

es deseable, y era deseable que el derecho de manera expresa estuviera en la Constitución.

Pero lo cierto es que en algunos países el derecho al acceso a la información pública se ha derivado del derecho de acceder a los datos personales, el derecho de *Hábeas data*, que ya está en la Constitución de algunos países y que no está incluido el acceso a la información, como derecho fundamental.

En otros países, y es interesante lo que ha ocurrido, respecto del derecho de petición. Hay algunos países como Costa Rica o en Honduras, el artículo 8o de la Constitución Hondureña, garantizan el derecho de petición, y quienes están trabajando a favor del acceso a la información pública, deducen el derecho de acceso a la información del derecho de petición.

Y en otros países se ha trabajado a favor del acceso a la información pública a nivel reglamentario, a nivel legislativo, deduciéndolo del Derecho a la Libertad de Expresión que casi todas, si no todas las Constituciones lo tienen plasmado como un derecho fundamental.

El caso de El Salvador, por ejemplo, en el artículo Sexto prescribe la Libertad de Expresión como un derecho fundamental, no se prescribe el derecho al acceso a la información como un derecho Constitucional. Y, sin embargo, en El Salvador hay una discusión en cuanto a la necesidad de leyes de acceso a la información pública derivadas del Derecho a la Libertad de Expresión.

Repite, estas reinterpretaciones de derechos es problemática, a veces confunde, pero esto ha sido lo que ha venido ocurriendo en nuestro Hemisferio.

Y, por supuesto, que también dependiendo del diseño constitucional que tenga cada uno de los países, el acceso a la información pública se deriva de una manera directa de los pactos internacionales de Derechos Humanos, más precisamente de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye dentro del Capítulo de Libertad de Expresión el derecho de acceder a la información, a buscar información.

Esto es una diferencia, a mi juicio notable, con el artículo 10 del Convenio Europeo, y los órganos que han sido encargados de interpretar el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, han entendido que el acceso a la información pública es un derecho fundamental incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Más precisamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho al acceso a la información pública como un derecho garantizado por la Convención e inclusive ha enviado, y estamos este año esperando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha enviado un caso contencioso contra Chile, en donde la Comisión Interamericana ha argumentado en el mismo sentido.

Es decir, yo creo que este año vamos a tener ya jurisprudencia de la Corte, esperamos que la jurisprudencia sea ratificando la interpretación que durante muchos años ha venido dando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como ven, entonces, en los casos en donde el derecho no se encontraba expresamente en la Constitución, o en los casos en donde el derecho se encontraba expresamente, pero no de una manera muy bien desarrollada, no ha sido, no han existido obstáculos para que, existiendo las condiciones necesarias, se pudieran aprobar leyes que se han dirigido a hacer efectivo el acceso a la información pública.

Con esto no quiero dejar la impresión. El hecho que un derecho esté o no esté en la Constitución da igual, por supuesto que no. Sin embargo, lo cierto es que existen en nuestras constituciones muchos derechos que en definitiva no son efectivos y no son, y es muy difícil realmente ejercerlos si no existen unas reglamentaciones adecuadas. Y esas reglamentaciones adecuadas tampoco existen si no hay una real voluntad política por la transparencia y por el acceso a la información pública.

Las ventajas, entonces, de constitucionalizar el derecho, y aquí sí alguna precisión conceptual. Creo que cuando hablamos de conceptualización del derecho podemos, en primer lugar, pretender incluir en las constituciones el significado del derecho al que estamos hablando.

Y en ese significado podemos incluir también cuáles son las limitaciones del derecho y cuáles son las reglas mínimas que tiene que tener la aplicación o el ejercicio de ese derecho.

Pero también podemos hablar de constitucionalización en el sentido de generar en las constituciones órganos encargados de velar por la protección de este derecho. Órganos, como por ejemplo podría ser el IFAI.

Entonces, son dos cuestiones que me parece que corren paralelas pero que tienen un grado de diferencia cuando estamos pensando en la constitucionalización.



En los países que tienen organización federal. A mí no me cabe ninguna duda que la importancia de constitucionalizar el acceso a la información pública con algunos requisitos mínimos, es importante para dar una igualdad jurídica en todo el Estado.

Quiero decir con esto: si no existe unos requisitos mínimos a nivel federal, y se permite que cada uno de los estados reglamente el ejercicio ya contenido en la Constitución de manera dispar, podemos tener casos de desigualdad de ciudadanos y ciudadanas, o personas que quieren acceder a la información en un estado, y a esa misma información no pueden acceder en otro estado.

Entonces, creo que en los países de diseño constitucional, de índole federal, la constitucionalización puede ser un aporte necesario. Para ese aporte, como decía recién, es necesario entonces también incluir algunos principios dentro de la Constitución.

Y así es donde creo yo que puede haber algunos, digamos, algunas dificultades.

Decía antes que han existido numerosas reuniones que han ya concluido una serie de principios.

Y para citar algunos, tengo aquí los principios de Derecho de Acceso a la Información Pública, que se elaboraron por la Organización Proacceso o Pen Society, Limac y el Instituto de Prensa Social, Perú.

Son diez principios: el Principio de Máxima Apertura, el Principio que Todas las Entidades Públicas deben ser Sujetos de la Ley, el Derecho es Igual para Todas las Personas, Gratuidad de la Información, Proceso Sencillo y Rápido, Clara Definición de las Causas de Reserva, Organismo Regulador Independiente, Derecho a ser Orientado, Información de Oficio, Armonía del Derecho de Acceso a la Información.

Creo que estos son diez principios, digamos, que pueden resumir bastante lo que estamos cavilando cuando pensamos en el derecho al acceso a la información pública. Ahora, ¿cuál de estos principios vamos a incluir en la Constitución?, y esto es simplemente una duda, si no se incluyen todos los principios en los que hay algún grado de aceptación, que deben estar incluidos en la Constitución, ¿cuál va a ser la interpretación posterior en relación de las razones por las cuales ciertos principios no fueron incluidos?, es decir, ¿por qué se eligen algunos y por qué se dejan otros?

Lo planteo como un problema cuando se está diseñando un proceso de constitucionalización como el que creo que se está diseñando aquí en México. Y por supuesto, este desgaste institucional que puede generar la constitucionalización y la discusión de estos principios en definitiva, creo que hay que sopesarlo con las ventajas y desventajas de realmente impulsar mejoras a nivel organizacional o a nivel de las propias leyes de acceso a la información pública.

Distinta es la situación, y lo decía hace un momento, de los órganos y de la jerarquía normativa que se le da a los órganos. Por supuesto que un órgano con rango constitucional como podría ser aquí en México, si esto ocurriera para el IFAI, abriría la posibilidad de igualar en otros órganos del Estado que hoy no están respondiendo a mi juicio de manera igual al acceso a la información pública, como por ejemplo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, permitiría que todos los órganos del Estado pudieran tener una igualdad de situación respecto al acceso a la información pública.

Y para concluir, yo no creo que exista una tendencia en nuestro continente a la constitucionalización, sin duda que hay una tendencia a la transparencia y a la generación de mecanismos de acceso a la información pública. No ha sido un obstáculo para impulsar este tipo de mecanismos el hecho que esté diseñado en la Constitución o no esté diseñado en la Constitución. En definitiva ha dependido de la voluntad política, en un momento, y de una sociedad civil movilizada. En muchos países se ha dado una conjunción de actores que van desde organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación, sectores académicos y voluntad política lo que ha impulsado este proceso.

Y finalmente, como explicaba recién, pueden, por supuesto, existir ventajas y desventajas en la idea de la constitucionalización, pero creo que eso hay que analizarlo caso por caso, país por país y hacer una generalización de las ventajas de la constitucionalización para todo el continente sin perjuicio de lo que podamos estar pensando o lo que puedan estar pensado los mexicanos y las mexicanas, creo que hacer una generalización podría un poco diluir el debate que en definitiva es la necesidad de la voluntad política para que realmente haya apertura y transparencia en los actos del estado. Muchas gracias.

Moderador: Ángel Trinidad Zaldívar. Secretario Ejecutivo del IFAI.

Salvador Nava Gomar es doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; es especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; cursó su licenciatura en la Universidad Iberoamericana con mención honorífica; también tiene estudios de Ciencia Política y Administración Pública en la UNAM.

Ha ocupado distintos cargos en el Poder Legislativo Federal. En el Senado de la República fue Director General de la Consultoría Jurídica Legislativa; fue investigador de las Cortes de Diputados de España; fue miembro de la Comisión Técnica del Grupo Oaxaca que redactó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que hoy nos reúne aquí; es socio fundador de la firma Derecho y Política Consultores con la que ha participado en diversas controversias constitucionales, elaborado iniciativas de ley y capacitado a legisladores y servidores públicos locales, federales e internacionales; es miembro del Consejo Editorial de varias revistas; es Presidente del Instituto Iberoamericano para el fortalecimiento del Poder Legislativo; Secretario Técnico

de la Comisión Especial para la Reforma del Estado en el Senado de la República e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Comentariasta: Salvador Nava Gomar.

Ángel, Thomas, Eduardo, es un placer estar con ustedes. La verdad es que todo lo dicho da para muchísimo más y pretenderé hacer algunas reflexiones a manera de provocación para dejarlas en la mesa a partir de lo que ustedes expusieron previamente.

En primer lugar, haré alguna referencia de tipo subjetivo a Thomas Markert porque los que nos dedicamos al Derecho Constitucional sabemos que el Derecho Constitucional se habla en alemán. Eres alemán y es un problema para los que no hablamos alemán y nos dedicamos a estas cuestiones pero se agradece siempre la claridad de ideas y la definición en la estructura, creo que se reflejó con toda nitidez en tus comentarios, Thomas.

La experiencia sobra por lo que hace al primer impulso de las democracias emergentes. Tendríamos que partir primero si establecemos o no que el derecho de acceso a la información, o el acceso a la información de documentos es un derecho constitucional, o es un derecho fundamental o no lo es.

Me parece que en un sentido elemental, no podemos pensar en una democracia que no parte del derecho soberano de sus individuos de tener acceso a aquella información que les pertenece y por eso es pública.

Desprendo de lo dicho por Thomas, y también coincide con lo que comentó Eduardo, que podemos tener el derecho reconocido o instrumentado en las narrativas de las constituciones o no. Y aquí podríamos distinguir entre Constitución formal y material y perdónenme el tecnicismo. Material es el contenido, el significado y el valor de la Constitución. Lo formal es lo que está positivizado, lo que está escrito, lo que se desprende de la lectura de los preceptos o de los artículos de la Constitución.

Desde una postura democrática sería imposible afirmar que el derecho de acceso a la información no es un derecho materialmente constitucional, sin embargo, no lo es formal porque no consta en todas las constituciones. Y en aquellos casos en que sí es formal, es decir, en que sí consta en las constituciones, también podríamos hablar de si se trata de un derecho que ha tenido desarrollo legislativo o un desarrollo



indirecto, como sería el caso nuestro que nos colgamos ahí de un dedo meñique, del último párrafo del artículo Sexto porque me parece que hubo alguna especie de timidez en el legislador que no expandió directamente la fuerza normativa del último párrafo del precepto Sexto constitucional.

Y hay otros casos más tristes en donde se establece en la Constitución y no tiene desarrollo legislativo como nos sucedió a nosotros entre 1977 y 2002, como se dio en Perú y en Ecuador con las fechas que bien comentó Eduardo.

Sin embargo, de estos derechos de acceso a la información ya formalizado en las constituciones con desarrollo directo, Thomas da unos buenos ejemplos como en Suiza y en Alemania y hace algunas referencias históricas valiosas también respecto de Finlandia y de Holanda.

Si la Constitución se entiende como la forma jurídica de la democracia, me parece que no hay otra manera de entenderlo y el Estado como un Estado constitucional podríamos decir que el Estado constitucional no supone otra cosa más que el intento de juridificar a la democracia.

La democracia es un sistema desconfiado que sólo funciona a través de los controles jurídicos y si nosotros pudiéramos diseccionar o meter a un laboratorio a la democracia para saber de qué está hecha, llegaríamos a una parte indivisible, al átomo de la democracia o al neutrón, si hay químicos y físicos aquí.

Y podríamos entender que esa parte indivisible de la democracia son por supuesto los derechos fundamentales.

Hay democracia desde una perspectiva de los derechos, en donde hay derechos fundamentales y son vigentes.

Hay una tendencia por supuesto y es una lectura que hago de las dos ponencias, de homologar la transparencia o de expandir la transparencia y por tanto el acceso a la información en todo occidente y no lo digo solamente como una visión geográfica de globo, sino como un apartado cultural.

Deduzco de lo dicho por Thomas que las sociedades con democracias emergentes demandan con mucho mayor urgencia y necesidad el acceso a la información pública porque como es natural y se desprenden también de los casos de países que fueran comunistas, el ejercicio del poder en movimientos totalitarios o en experiencias no democráticas se caracteriza entre otras cosas por la tenencia y la opacidad de la información.

El ejemplo que pone de Chernobyl es terrible, quizá con mayor oposición se hubieran podido evitar algunas muertes.

Tomo desde luego un ejemplo que da Thomas, porque considero que quizá deberíamos de tomar en México el ejemplo de la eficacia en la implementación de los derechos humanos en los respectivos ordenamientos jurídicos.

Nosotros tenemos un listado muy grande, también lo dijo Thomas de derechos y sin embargo no todos aterrizan, hemos abusado de normas programáticas, de derechos sociales, nos caracteriza la autocomplacencia normativa por haber sido anticipatorios en el constituyente del 16 o del 17, por haber sentado los derechos sociales o aportado al mundo y sin embargo tenemos más una Constitución de tipo social y democrática que de un Estado social y democrático.

Un profesor español siempre pone un ejemplo chusco pero me parece muy claro y él dice que si existiera vida en Marte seguramente habría abogados marcianos, porque los abogados nos reproducimos con mucha facilidad.

Y dice que si nosotros sabemos que hay vida en Marte y que hay abogados marcianos, seguramente ellos sabrán que habrán abogados terrícolas y en un primer intercambio o en un congreso de derecho intergaláctico comparado, la primera aproximación de los estudiosos marcianos del derecho terrícola yo creo que sería acertada si ven primero las constituciones.

Y una primera conclusión no descabellada, podría ser que para un marciano países como México o Venezuela están más avanzados a partir de la lectura de sus constituciones que países como Alemania o como Suecia o como Finlandia.

Porque nosotros hemos considerado a la Constitución como un lugar de máximos y en realidad es de mínimos. Pienso que ahí es donde debería de centrarse el debate de si desconstitucionalizamos o no.

No hay que hablar más de proyectos grandilocuentes, de derechos sociales, de la Constitución, de derecho social, no, de los mínimos que debe de satisfacer cada entidad pública, los mínimos que se deben de garantizar a cada persona que esté en territorio nacional.

Thomas trae a colación las recomendaciones del Consejo de Europa y vale la pena recordar que el Consejo es más grande que la Unión europea por lo que hace a sus Estados miembros y se entiende en consecuencia este terrible despegue que han tenido los países de la Europa Central del Este.

La recomendación final de Thomas, yo me adhiero a ella, hay que constitucionalizar o en su caso precisar la cuestión para la Constitución Mexicana.

Eduardo Bertoni comienza con una pregunta imprescindible y muy inteligente por tanto para comenzar el análisis ¿Qué queremos constitucionalizar del acceso a la información?

Describe con mucha pulcritud que es cierto que existe un movimiento pro-transparencia y quizás no un movimiento por constitucionalizar.

A mí me gustaría hacer unas reflexiones a partir de eso, de lo que entiendo por transparencia.

Siempre repito que la transparencia es una cualidad física de los objetos, no una axioma del Estado, sin embargo, de meter a los poderes públicos a una caja de cristal es muy acertada, sobre todo, en países que como el nuestro tuvieron durante toda su historia anterior opacidad.

Ubico a la transparencia con el principio jurídico de publicidad de actos y normas, este principio de publicidad forma parte de otro principio jurídico de mayor calado y trascendencia que es el principio de seguridad jurídica: no hay seguridad jurídica si no hay principio de publicidad de actos y normas y el principio de seguridad jurídica se inscribe en otro principio general del derecho de mayor trascendencia que el de legalidad, germen y base del Estado de derecho.

Haciendo un silogismo muy sencillo y si ustedes me lo permiten, no hay Estado de derecho sin transparencia.

Bertoni llega al mismo lugar que Thomas, que nos permite deducir que en efecto hay una homologación en todo Occidente.

Y me parece que lo analiza muy bien, es decir, divide el todo en partes para analizar cada una de ellas y diferencia de aquellos países de la América Latina que tienen o que ya cuentan con leyes de acceso a la información; aquellos que cuentan con preceptos constitucionales, aquellos que están en discusiones para legislar y aquellos otros que tienen una ausencia de normas legales y sin embargo cuentan con Decretos del Ejecutivo que finalmente permiten el acceso a la información.

Este análisis que hace me permite o me dio la idea de compararlo muy rápidamente con algunos trazos generales de la situación mexicana. Ya hay muchas leyes pero muchas de ellas no muy buenas; en algunos casos hay discusiones y seguirá habiendo si no hay voluntad política como es en Tabasco, en Oaxaca o en Hidalgo, o retrocesos graves como lo que está sucediendo en Jalisco.

Y tenemos también experiencias exitosas de Decretos o de Reglamentos municipales como sucedió con Chihuahua antes de que tuviera ley o como ha sucedido con algunos otros municipios de Nuevo León o de Coahuila.

Hay un paralelismo también muy claro con los ejemplos que da concretamente de Perú y de Ecuador con los tiempos en los que se sube a la narrativa constitucional y el tiempo real con el que se implementa la ley. Hay que tener en cuenta que la

Constitución sólo expande su fuerza normativa cuando hay una norma legal que lo desarrolla.

Y durante muchas décadas la Constitución fue más un medio que un principio o un fin. “Mira obrero, eres tan importante para nosotros que ahora no podemos subirte el sueldo, no podemos darte mejores condiciones de trabajo, pero para que veas tu importancia te reformamos el artículo 123”.

“Y tú, indígena, por supuesto que partimos del reconocimiento de una composición pluricultural de los pueblos en el país. Tu realidad no va a cambiar por ahora pero ahí está la Ley COCOPA”, no es ninguna ley, son reformas a la Constitución.

Yo vivo permanentemente agradecido con el presidente Miguel De la Madrid porque a él debo la vocación que me anima. Siendo un estudiante de secundaria, no hace tantos años aunque ustedes piensen lo contrario; leí una presentación que hacía a manera de prólogo, Miguel De la Madrid, de una edición de la Constitución en clase de Civismo.

Y decía De la Madrid “la Constitución sigue siendo un proyecto por cumplir”. Con la lógica de un muchacho de secundaria pregunté al profesor: “pero si la Constitución es una norma y obliga al resto del ordenamiento jurídico, ¿cómo podemos considerarlo un proyecto?”

Y en ese proyecto fue que engordamos a la Constitución. Yo sostengo que tenemos una Constitución gorda y fea, que camina lento, que tiene poca fibra, que no da para correr y que se puede infartar en cualquier momento.

Y la grasa con que engordamos a esa Constitución es una retórica terrible del régimen político. Entender a la democracia como una forma de vida: salario digno y remunerador; vivienda digna y decorosa; garantizar el derecho a la información.

Quizás el tema antes de preguntarnos si hay que constitucionalizar o no, deberíamos de entender primero cómo hay que constitucionalizar. La Constitución no es un lugar de genéricos, sino de específicos.

Bertoni cierra con la lista de diez principios que son, por supuesto, indiscutibles para implementar el acceso a la información. Me gustaría, aunque soy enemigo de las definiciones, traer a colación una definición de Hans Kelsen, sobre lo que él entendía por principios. El principio, decía Hans Kelsen, es el fundamento del cual se infiere lógica y realmente lo que sigue. Sin el principio no podemos tener desarrollos legislativos, expresiones tan vagas y generales como garantizar el derecho a la información nos permitió vivir mucho tiempo sin acceso a la información.

Y termino con una cita de los clásicos, a Ortega y Gasset. Ortega decía: “la Constitución es su totalidad y por tanto no cabe hablar de aciertos parciales en una Constitución”.

La historia patria da cuenta del acierto que supuso incorporar el último párrafo al artículo Sexto de la Constitución. Pero me parece que se trata de un acierto parcial y siguiendo a Ortega y Gasset, en el cual confío plenamente, podríamos decir que hace falta llenar esa norma constitucional para sentar mínimos y que no ocurran experiencias desastrosas, como algunas que hemos vivido y para que sigan existiendo experiencias tan exitosas como la implementación del acceso a la información o cuando menos su control en la Administración Pública Federal a través del IFAI, los señores comisionados, secretarios y funcionarios que hoy amablemente tuvieron el dislate de invitarme.