

# EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Qué son los derechos fundamentales?* III. *¿Para qué sirve constitucionalizar un derecho?* IV. *¿Por qué constitucionalizar el derecho de acceso a la información?*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente ensayo consiste en reflexionar sobre la pertinencia conceptual y analítica de constitucionalizar en México, de forma lo más amplia que sea posible, el derecho de acceso a la información. Para alcanzar ese objetivo se procederá a describir el concepto de “derecho fundamental”, para pasar después a explicar lo que significa la constitucionalización de un determinado derecho. Posteriormente nos detendremos en el estado actual que, en la Constitución mexicana, tiene el derecho a la información. La conclusión a la que intentará llegar es que, tal como está hoy en día, la Constitución no asegura, con la amplitud y calidad normativa que sería deseable, el derecho de acceso a la información.

## II. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Para comprender la necesidad de llevar hasta el texto constitucional mexicano una regulación amplia y completa del derecho de acceso a la información es conveniente exponer, aunque sea de forma breve, el sig-

nificado y la función de los derechos fundamentales en el modelo del Estado democrático del presente.<sup>1</sup>

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Siguiendo a Ernesto Garzón Valdés, podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.<sup>2</sup>

Lo anterior significa, por poner un ejemplo, que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental, ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar adonde quiera o puede ser torturada o mutilada.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

¿Cómo definir a un derecho fundamental? No se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como lo señala Carlos Bernal:

<sup>1</sup> Una explicación más detallada sobre el tema puede encontrarse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, 2005.

<sup>2</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531; véanse, también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.<sup>3</sup>

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”. Una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que *tipifican* un derecho fundamental.<sup>4</sup> Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental”, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se señala que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.<sup>5</sup> Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada, por un lado, por la titularidad de derechos que asigne una norma; así, por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. Por otro lado, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así, por ejemplo, el derecho a la vida podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

<sup>3</sup> Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 75.

<sup>4</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, 2002, p. 63.

<sup>5</sup> Bernal, Carlos, *op. cit.*, nota 3, p. 77.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que busque proteger un derecho fundamental; así, por ejemplo, si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, una conducta omisiva, que no lesione la libertad del sujeto activo. Puede resultar también que si el objeto del derecho es la igualdad, se requiera del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que existen de los derechos fundamentales, quizá lo mejor sea ofrecer solamente una de ellas. Una de las mejores definiciones que se han realizado de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli; tiene la ventaja de que, al tratarse de un concepto construido desde premisas de teoría del derecho, puede ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, y además resulta útil para comenzar a plantear algunos de los problemas que, ya no en la teoría sino en la práctica, tienen actualmente los derechos (por ejemplo en cuanto a su titularidad).

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.<sup>6</sup> El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

A la luz de lo anterior podríamos preguntarnos: ¿es necesario que el derecho de acceso a la información sea un derecho fundamental? Si revisamos su contenido posible podremos convenir en que el derecho de acceso a la información tiene por objeto la protección de bienes básicos. Dicha protección opera de dos distintas maneras: a) la primera es en re-

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

lación con la posibilidad de darle contenido, calidad y sustancia a otros derechos fundamentales, y *b*) la segunda reside en el valor autónomo que tiene la información como bien jurídico.

Respecto del inciso *a* podría decirse que el derecho a la información se relaciona, por ejemplo, con la libertad de expresión, con los derechos electorales y, más en general, con la concepción democrática del Estado contemporáneo, que la Constitución mexicana recoge explícitamente en su artículo 40.

La libertad de expresión, para no ser un ejercicio estéril y completamente vacío, debe estar nutrido por información; en este sentido, el que los ciudadanos puedan acceder a los documentos y archivos públicos les permite —instrumentalmente— un mejor ejercicio de su libertad de expresión.<sup>7</sup>

Los derechos de sufragio, activo y pasivo, también requieren de un mínimo de información para poder ser ejercidos de forma correcta. Así, por ejemplo, un candidato opositor, para estar en aptitud de presentar a los electores un programa de gobierno alternativo al del partido en el poder, debe conocer el funcionamiento de los poderes públicos y sus problemas, lo que puede suceder solamente si se le permite a ese candidato acceder a la información que obra en poder del Estado. En cuanto al sufragio activo, es obvio que para poder ejercer un voto razonado el ciudadano debe contar con información sobre el desempeño de sus gobernantes, sobre la eficiencia y diligencia con que desempeñan sus funciones, sobre el grado de cumplimiento que han tenido respecto a los ofrecimientos que hicieron en campaña, etcétera. Como lo señala Roberto Saba:

Dar poder al pueblo para que decida cuestiones públicas directa o indirectamente sin darle la posibilidad de conocer toda la información necesaria para decidir, conduce a un proceso de toma de decisiones imperfecto que puede arrojar resultados fuertemente dañinos para la comunidad... El derecho a la información es, en consecuencia, una *precondición* del sistema democrático y del ejercicio de la participación política de la ciudadanía.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, pp. 23-25.

<sup>8</sup> Saba, Roberto, "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", *Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004, p. 158. En el mismo sentido, López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota anterior, p. 9.

Además de lo anterior, una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes. De otra manera, es imposible asignar responsabilidades a los malos funcionarios y recompensar a los buenos.<sup>9</sup>

Al margen de su carácter instrumental respecto de otros derechos fundamentales, la información tiene un valor propio. A partir de ese valor propio se puede entender, por ejemplo, que forma parte del derecho a la información el “derecho a la verdad”, que sin ser un derecho contemplado como tal por los ordenamientos jurídicos, ha jugado un papel esencial en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, con independencia de que algunas de esas violaciones pudieran o no ser castigadas, los familiares de las víctimas tienen el derecho de saber cuál fue el destino de éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.<sup>10</sup>

El valor propio, autónomo, de la información se traduce en el derecho que tenemos para acceder a datos personales almacenados en bancos de datos públicos o, bajo ciertas circunstancias, también en bases de datos que hayan sido confeccionadas y estén en poder de particulares; es lo que se conoce como el derecho de *habeas data*, que nos permite consultar las mencionadas bases de datos para el efecto de rectificar, suprimir, actualizar o pedir la confidencialidad de ciertos datos.<sup>11</sup>

Finalmente, el valor autónomo de la información es lo que presta fundamento para la “libertad de investigación”, que sirve para el desarrollo de actividades académicas y periodísticas y que genera obligaciones positivas de colaboración para el Estado, cuando el objeto de la investigación sean conductas, datos o políticas públicas.<sup>12</sup>

Por lo que hace a la dimensión colectiva del derecho a la información, podemos decir que la información es un requisito para el control de los

<sup>9</sup> López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 7, pp. 12 y 13.

<sup>10</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, p. 231; de los mismos autores, “Acceso a la información y derechos sociales”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

<sup>11</sup> Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *op. cit.*, nota anterior, p. 232.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 233.

actos de los poderes públicos. Así, por ejemplo, a partir del derecho a la información en países como Argentina, cualquier persona puede tener acceso a las declaraciones patrimoniales que los altos funcionarios deben presentar al tomar posesión de algún cargo público. Es también el derecho a la información en su dimensión colectiva lo que permite acceder a la información presupuestaria para conocer la forma y destino de los gastos públicos.<sup>13</sup>

Por otro lado, el derecho a la información tiene una gran importancia para cualquier régimen democrático. Una de las notas características de los sistemas autoritarios o dictatoriales siempre ha sido el ejercer el poder en secreto, de forma que el pueblo no sólo no tuviera ninguna participación en el gobierno sino que incluso, hasta donde fuera posible, no tuviera ningún conocimiento de lo que hacían sus gobernantes. Por el contrario, la democracia es por excelencia la forma de gobierno basada en lo público, concepto que se desarrolla desde el momento de elegir a los gobernantes (por medio de sistemas electorales públicos y no secretos, como es obvio) hasta las vías a través de las que se pueden tomar las decisiones (la publicidad de los debates parlamentarios es una regla indiscutida de la democracia).

Ha sido Norberto Bobbio quien nos ha recordado la conocida frase de Elías Canetti sobre la relación entre el poder (de cualquier signo) y el secreto.<sup>14</sup>

Escribe Canetti, en su obra *Masa y poder*, que

El secreto ocupa la misma médula del poder... El detentador del poder, que de él se vale, lo conoce bien y sabe apreciarlo muy bien según su importancia en cada caso. Sabe qué acechar, cuándo quiere alcanzar algo, y sabe a cuál de sus ayudantes debe emplear para el acecho. Tiene muchos secretos, ya que es mucho lo que desea, y los combina en un sistema en el que se preservan recíprocamente. A uno le confía tal cosa, a otro tal otra y se encarga de que nunca haya comunicación entre ambos... Todo aquel que sabe algo es vigilado por otro, el cual, sin embargo, jamás se entera de qué es en realidad lo que está vigilando en el otro... Así, el soberano siempre está al corriente de la fiabilidad de los recipientes en que ha depositado sus secretos, de su seguridad, y está en condiciones de apreciar cuál de

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>14</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 431.

esos recipientes está tan lleno que podría desbordar. De todo el sistema de secretos sólo él tiene la llave...<sup>15</sup>

### III. ¿PARA QUÉ SIRVE CONSTITUCIONALIZAR UN DERECHO?

En el apartado anterior hemos revisado algunos elementos mínimos para comprender el concepto de derecho fundamental y los bienes que protegen, así como para comprender el valor del derecho a la información de acuerdo al bien jurídico que protege. Es el momento de abundar algo que estaba más o menos implícito en los párrafos precedentes: la función, el sentido o el objetivo que se busca alcanzar a través de la regulación constitucional de una cierta pretensión o de un interés. En otras palabras, de lo que se trata ahora es de saber para qué queremos que la Constitución establezca un determinado derecho.

La mejor doctrina sobre el tema (Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Ernesto Garzón, etcétera) parece estar de acuerdo en que la constitucionalización de un derecho supone, entre otras cuestiones, poner una determinada expectativa o un bien jurídico fuera del alcance del mercado y de la política ordinaria. Supone, por tanto, dejar a salvo de las fuerzas del dinero y de los intereses políticos determinado tipo de bienes (bienes básicos, como ya fue explicado en el apartado anterior). La clave para lograr lo que se acaba de decir se encuentra en el carácter universal de los derechos fundamentales, tal como lo ha puesto en evidencia el concepto que propone Luigi Ferrajoli.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos “son normativamente de «todos» (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”.<sup>16</sup> Que no sean alienables o negociables significa, en otras pa-

<sup>15</sup> Canneti, E., *Masa y poder*, Barcelona, Muchnik Editores, 2000, pp. 304, 306, 307.

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., nota 6, p. 39. El propio Ferrajoli afirma que “...en caso de que se quiera tutelar un derecho como «funda-

labras, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa (puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular) como pasiva (puesto que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado).<sup>17</sup>

La no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando hayan sido violados. Es decir, un sujeto puede perfectamente renunciar a ejercer su libertad de expresión y quedarse callado durante toda su vida, de la misma forma que puede renunciar a su derecho a la intimidad y aparecer en televisión contando toda clase de sucesos pertenecientes a su vida privada; esas renunciaciones no significan, sin embargo, que una persona deje de ser titular del derecho, ya que esa capacidad de ser titular la asigna incondicionalmente el ordenamiento jurídico y no se puede renunciar a ella.

Por otro lado, tampoco se resquebraja la no disponibilidad activa por el hecho de que una persona decida, frente a la violación de uno de sus derechos fundamentales, no ejercer ninguno de los medios de tutela que establece el sistema jurídico para reparar esa violación; la violación puede permanecer, incluso con el concurso de la voluntad del afectado, sin que por ello sufra una merma la no disponibilidad activa del derecho fundamental.

En los tiempos actuales, las características mencionadas de no negociabilidad y no alienabilidad son muy importantes, pues sirven, entre otras cosas, para poner a los derechos fuera del alcance de la lógica neoabsolutista del “mercado”, que todo lo traduce en términos de productividad y ganancia; al no ser alienables ni disponibles los derechos se convierten en un verdadero “coto vedado”, para usar la expresión de Ernesto

mental», es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional colocada por encima del mismo”. “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en el libro colectivo del mismo nombre, Madrid, Trotta, 2001, p. 292.

<sup>17</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., nota 6, p. 47.

Garzón Valdés.<sup>18</sup> Lo anterior implica, por ejemplo, que no se puede vender la propia libertad de tránsito o las garantías que tiene todo individuo en el proceso penal.

Los derechos fundamentales, tomando en cuenta tanto su universalidad como su protección constitucional, se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin,

...los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio.<sup>19</sup>

En el mismo sentido, Robert Alexy señala que “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquélla...”.<sup>20</sup>

Esto significa que frente a un derecho fundamental no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho fundamental. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho fundamental con alguno de ellos, el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho fundamental.<sup>21</sup>

Tampoco el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumento de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli:

<sup>18</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, cit., nota 2, pp. 644 y ss.

<sup>19</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

<sup>20</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 4, p. 412.

<sup>21</sup> Esto no significa, desde luego, que los derechos fundamentales no puedan tener como límite algunos de los conceptos apuntados, pero dichos límites deben estar explícita o implícitamente previstos en el propio texto constitucional. Sobre el tema de los límites a los derechos véase Brage, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.<sup>22</sup>

La constitucionalización de los derechos es una etapa muy importante en la historia de los mismos. El surgimiento de los derechos en la historia, primero como derechos naturales, existentes solamente en los textos de algunos pensadores que se adelantaron a su tiempo y luego como derechos positivos establecidos en las grandes declaraciones, supone un cambio radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida. Gran parte de ese cambio se debe, como lo explica Bobbio, a una verdadera revolución copernicana que consiste en la “inversión del punto de vista” que hasta entonces había existido sobre la relación entre la persona y el grupo social. Tradicionalmente esa relación era observada desde el punto de vista de los “deberes”, pero no de los derechos. Lo que aporta la modernidad es justamente la inversión de ese punto de vista, de modo que a partir del siglo XVIII los derechos pasan a primar sobre los deberes.

Como lo explica Bobbio,

Al comienzo, no importa si mítico, fantástico o real, de la historia de la moral, existió siempre un *código de deberes* (de obligaciones), *no de derechos*. Los códigos morales o jurídicos de cualquier tiempo están compuestos esencialmente de normas imperativas, positivas o negativas, de órdenes o deberes. Comenzando por los *Diez Mandamientos*, que han sido durante siglos el código moral por excelencia de las naciones europeas, hasta el punto de haber sido interpretados como la ley natural, la ley conforme a la naturaleza del hombre. Pero se podrían aportar igualmente otros innumerables ejemplos, desde el *Código de Hammurabi* hasta las *Leyes de las Doce Tablas*. Bien entendido que deber y derecho son términos correlativos, como padre e hijo, en el sentido de que no puede haber

<sup>22</sup> *Derecho y razón*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 859.

padre sin hijo y viceversa, tampoco puede haber un deber sin derecho; pero como el padre viene antes que el hijo, también la obligación viene siempre antes que el derecho.<sup>23</sup>

Con el paso del tiempo, se abandona esta concepción y se comienza a ver en los derechos del individuo un *prius* con respecto a los deberes. El origen del cambio de concepción está, según Bobbio, en la concepción cristiana de la vida,<sup>24</sup> a partir de la cual se comienzan a formar las modernas doctrinas del derecho natural. La doctrina del derecho natural, o mejor dicho de los derechos naturales, incorpora una visión individualista de la vida humana y cambia el centro de radicación de la legitimidad en la relación política, la cual comienza a ser contemplada más *ex parte civium* que *ex parte principis*.<sup>25</sup> Primero viene el individuo y luego el Estado: el valor principal de la sociedad son las personas y no el gobierno. La relación entre individuo y Estado se invierte, y como consecuencia de ello también cambia la primacía de los deberes sobre los derechos.

Si primero viene la persona, entonces también vendrán primero sus derechos, que deben ser anteriores e incondicionales respecto a sus deberes. Estos últimos, más bien, quedan en términos generales asignados al Estado. En la “inversión de la relación entre individuo y Estado se invierte también la relación tradicional entre derecho y deber. Respecto de los individuos, los derechos pasan a primar sobre los deberes; respecto del Estado pasan a primar los deberes sobre los derechos”.<sup>26</sup> No es difícil advertir en la lógica de esta última frase la fundamentación teórica de lo que con el paso del tiempo conoceremos como el principio de libertad (para los individuos) y el principio de legalidad (para los poderes públicos). Tampoco es muy difícil comprender la importancia que esto tiene para el derecho de acceso a la información, que es un instrumento para darle poder a los particulares, ya sea frente al Estado o frente a otros particulares.

Bobbio explica que en el desarrollo histórico de los derechos pueden observarse cuatro etapas: la constitucionalización, la progresiva extensión, la universalización y la especificación.

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., nota 14, pp. 512 y 513. Curvas en el original.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 514.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 516.

La constitucionalización y la expansión de los derechos son categorías que van muy unidas y dependen del derecho positivo; finalmente, constitucionalizar un derecho es hacerlo pasar del reino del pensamiento al reino de lo que resultaba realizable en la experiencia cotidiana; extender el catálogo de derechos es ir sumando prerrogativas a un listado inicial que estuvo durante décadas (siglos, incluso) determinado por las creencias del momento, muchas de las cuales no eran precisamente democráticas durante la última parte del siglo XVIII y todo el siglo XIX. La extensión de los derechos ha supuesto, según Bobbio, un cambio en la forma de Estado. Del Estado liberal que solamente reconoce los derechos de libertad se pasó al reconocimiento de los derechos políticos en el Estado democrático, mediante la concesión del sufragio masculino y femenino con carácter prácticamente universal; una tercera extensión, y la consiguiente mutación en la forma del Estado, se da por el reconocimiento de los derechos sociales, que convierten al Estado liberal y democrático en Estado social de derecho.<sup>27</sup>

#### IV. ¿POR QUÉ CONSTITUCIONALIZAR EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN?

En los apartados anteriores hemos discutido cuestiones analíticas que se refieren a la teoría general de los derechos fundamentales o a su desarrollo histórico. La explicación ofrecida, además del interés teórico que pudiera suscitar, en realidad busca ser simplemente una plataforma conceptual mínima para abordar el objeto central del presente ensayo: ¿por qué se justifica una regulación constitucional más amplia del derecho de acceso a la información?

Vale la pena apuntar, inicialmente, que el derecho de acceso a la información, como tal, no está claramente constitucionalizado en México. Tenemos en la última frase del artículo 6o. constitucional la previsión de que el Estado debe garantizar “el derecho a la información”, pero nada más.

La escueta mención del artículo 6o. constitucional permite hablar de un derecho en buena medida “indeterminado”, aunque no indeterminable. Lo que sucede es que la brevedad del enunciado del artículo 6o. pue-

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 518.

de dar lugar a muchas dudas e incertidumbres. Pongamos, por ejemplo, las siguientes cuestiones:

- ¿Quiénes son los sujetos frente a los que el Estado debe garantizar el derecho a la información?, ¿serían solamente las autoridades o también los particulares?
- ¿Cuál es el objeto preciso de su regulación: la información pública (es decir, la que obra en poder del Estado) o también la que está en manos de personas privadas?
- ¿La información a la que se refiere el artículo 60. es de cualquier tipo o el Estado solamente se vería comprometido a garantizar la información que posea ciertas cualidades, por ejemplo la información que sea veraz, como sucede en algunas Constituciones de otros países?<sup>28</sup>

<sup>28</sup> La Constitución española de 1978 exige la veracidad como componente de la libertad de información. El texto de su artículo 20 dispone que “1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar y recibir libremente información *veraz* por cualquier medio de difusión”. Al interpretar la extensión de la veracidad exigida por este precepto, el Tribunal Constitucional español ha manifestado que “...al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático... La libertad de expresión comprende la de errar... la afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa...” (sentencia 176/1995). En otra sentencia, el mismo órgano manifiesta que “...la afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (sentencia 6/1988). El Tribunal ha señalado además que se debe distinguir cuando los medios de comunicación transmiten informaciones de cuando emiten juicios de valor o calificativos; si sucede lo primero, a los tribunales les correspondería eventualmente juzgar si lo informado es o no veraz; si se trata de lo segundo, entonces los jueces deben verificar si los juicios de valor contienen expresiones vejatorias. Desde luego, ambas situaciones se pueden verificar en un mismo ejercicio comunicativo, de forma que a la vez se esté transmitiendo información y emitiendo juicios de valor; en la práctica, de hecho, las dos formas de comunicar suelen confundirse. En este contexto, el Tribunal afirma que “...la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, no podría hacerlo sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión..., la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que en ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comportan una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constitu-

- ¿El artículo 6o. suministra una base constitucional suficiente para regular a los medios de comunicación?, ¿el deber estatal de garantía abarca la protección del derecho a la intimidad, al honor y al buen nombre?
- ¿Protege el artículo 6o. derechos reconocidos en otros ordenamientos jurídicos como el llamado *habeas data*?
- ¿Qué debemos entender por “Estado” en el contexto del artículo 6o.?, ¿comprende ese término solamente al gobierno federal o incluye también a los gobiernos locales?, ¿también a través de ese concepto se obliga a los órganos constitucionales autónomos y, en caso afirmativo, de qué manera?

Me parece que ninguna de estas preguntas puede ser contestada tomando como referencia únicamente el texto de la última frase del artículo 6o. constitucional. Esto nos puede llevar a graves incertidumbres, ya que permite o avala situaciones bien conocidas en la historia reciente de México: por ejemplo, permitiría un desmantelamiento completo del núcleo normativo del derecho a la información, o bien un ejercicio abusivo del mismo a través de la inclusión indebida en su contenido de elementos no regulados constitucionalmente. La primera situación no es de carácter teórico, sino que es bien conocida en nuestro país; fue lo que sucedió luego de que en 1977 se agregó en el texto constitucional la última frase del artículo 6o. A partir de entonces y hasta la expedición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental no hubo forma alguna de hacer valer en la práctica dicho derecho ni existía una idea clara de lo que podría significar su constitucionalización para los ciudadanos.<sup>29</sup> Incluso la jurisprudencia de la Suprema Corte llegó a profundos malentendidos acerca de su significado.<sup>30</sup>

ye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar...” (sentencia 297/2000).

<sup>29</sup> Un texto pionero en la materia es el importante libro de López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984.

<sup>30</sup> Una revisión de los pronunciamientos más importantes puede verse en López-Ayllón, Sergio, *Democracia y acceso a la información*, cit., nota 7, pp. 34 y ss.

Por otro lado, la parquedad de la regulación constitucional vigente tampoco permite un juicio certero acerca de su desarrollo legislativo. Es decir, ¿con qué base podemos decidir si la regulación sobre la materia, tanto federal como local, se ajusta a lo dispuesto a la Constitución?, ¿cómo podríamos construir un argumento tomado directamente del texto constitucional para considerar que tales o cuales excepciones en el acceso a la información vulneran lo dispuesto por la carta magna?

De nuevo, este tipo de cuestiones no son puramente teóricas, si atendemos a la heterogénea regulación que se ha hecho, por ejemplo, en las leyes estatales de acceso a la información, cuyo contenido demuestra con claridad la falta de comprensión del derecho de acceso a la información, pero sobre todo la necesidad de contar con un adecuado marco referencial dentro de nuestra Constitución que oriente normativamente al legislador y a los órganos judiciales.<sup>31</sup>

En consecuencia, con lo anterior se puede afirmar que la idea de expandir el contenido normativo del derecho a la información, o mejor aún, la idea de constitucionalizar directamente y de forma amplia el derecho “de acceso” a la información, no es una cuestión puramente teórica, sino que sería una excelente oportunidad para aclarar algunas de las dudas que se han planteado en los párrafos anteriores. Pero además sería el momento oportuno para poner de manifiesto que el Estado mexicano (no un gobierno, una administración o un determinado grupo de funcionarios) tiene un firme compromiso de largo plazo y de amplio aliento en la materia.

<sup>31</sup> En el libro de Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, pp. 243 y ss., puede verse la regulación que hicieron algunas entidades federativas sobre el tema.

Por otro lado, la parquedad de la regulación constitucional vigente tampoco permite un juicio certero acerca de su desarrollo legislativo. Es decir, ¿con qué base podemos decidir si la regulación sobre la materia, tanto federal como local, se ajusta a lo dispuesto a la Constitución?, ¿cómo podríamos construir un argumento tomado directamente del texto constitucional para considerar que tales o cuales excepciones en el acceso a la información vulneran lo dispuesto por la carta magna?

De nuevo, este tipo de cuestiones no son puramente teóricas, si atendemos a la heterogénea regulación que se ha hecho, por ejemplo, en las leyes estatales de acceso a la información, cuyo contenido demuestra con claridad la falta de comprensión del derecho de acceso a la información, pero sobre todo la necesidad de contar con un adecuado marco referencial dentro de nuestra Constitución que oriente normativamente al legislador y a los órganos judiciales.<sup>31</sup>

En consecuencia, con lo anterior se puede afirmar que la idea de expandir el contenido normativo del derecho a la información, o mejor aún, la idea de constitucionalizar directamente y de forma amplia el derecho “de acceso” a la información, no es una cuestión puramente teórica, sino que sería una excelente oportunidad para aclarar algunas de las dudas que se han planteado en los párrafos anteriores. Pero además sería el momento oportuno para poner de manifiesto que el Estado mexicano (no un gobierno, una administración o un determinado grupo de funcionarios) tiene un firme compromiso de largo plazo y de amplio aliento en la materia.

<sup>31</sup> En el libro de Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, UNAM, 2003, pp. 243 y ss., puede verse la regulación que hicieron algunas entidades federativas sobre el tema.