

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. REVISIÓN DESDE EL NUEVO DERECHO PÚBLICO

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AND INTERPRETATION OF LAW. A REVIEW FROM THE NEW PUBLIC LAW

Guillermo E. ESTRADA ADÁN*

RESUMEN: En el desarrollo del presente trabajo se justifica el ingreso del Derecho de acceso a la información pública en el escenario liberal e histórico de los derechos humanos. Posteriormente, se describe la vía interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, a partir del caso *Claude Reyes vs. Chile* se reflexiona sobre el activismo judicial. Del mismo modo, se propone una interpretación del Derecho internacional por los operadores nacionales del Derecho de acceso a la información.

ABSTRACT: In this work, the income of the Right of access to public information in the historical setting of liberalism and human rights is justified. Subsequently, the interpretive path of Inter-American Court of Human Rights regarding article 13 of the American Convention on Human Rights is described and analyzed. Also, from the case *Claude Reyes vs. Chile*, the author reflects on judicial activism. Similarly, an interpretation of International law by National law operators to access information is proposed.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso a la información; Derecho internacional; Derecho público; derechos humanos; interpretación jurídica.

KEYWORDS: Right of access to information; International Law; Public Law; Human rights; Legal interpretation.

* Profesor de Derecho Internacional Público y de Sistema Internacional de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNAM. Integrante del Consejo de Transparencia de la UNAM.

SUMARIO: I. *Nuevos derechos y nuevo Derecho público latinoamericano. Introducción.* II. *El derecho de acceso a la información pública y el discurso de los derechos humanos.* III. *El derecho de acceso a la información pública en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *Los retos en la interpretación del derecho de acceso a la información pública en el nuevo escenario constitucional mexicano.* V. *Fuentes consultadas.*

I. NUEVOS DERECHOS Y NUEVO DERECHO PÚBLICO LATINOAMERICANO.

INTRODUCCIÓN

Falta todavía por estudiarse con mayor profundidad cómo debe re-interpretarse la soberanía¹ en Latinoamérica a partir de la renovada dimensión de un derecho común en los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –principalmente–, y del fortalecimiento de las instituciones internacionales como la Organización de Estados Americanos. Ese estudio supone un punto de partida indiscutible: las instituciones del sistema interamericano de derechos humanos (destacan la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos), no obstante su subsidiariedad, generan mucho más que recomendaciones o sentencias.

Razonamientos como los que aparecen en la contradicción de tesis 293/2011,² resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia *Gelman vs. Uruguay*,³ demuestran que el Derecho internacional latinoamericano no es el mismo que el de 1969, ni el de mi 1978, fechas importantes para el nacimiento y entrada en vigor de la Convención Americana. Tampoco es el mismo derecho de las accidentadas décadas de los ochenta y noventa que se marcaron por los conflictos armados y fin de dictaduras americanas. En el más evidente optimismo académico y político, el derecho latinoamericano del siglo XXI se orienta hacia el nuevo derecho público, a un *ius commune*.

¹ Sobre un entendimiento contemporáneo de la soberanía, puede estudiarse, de reciente aparición, a BOGDANDY, Armin von y SERNA DE LA GARZA, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en Europa y América Latina*, México, UNAM-III, 2014.

² *Cfr.* SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

³ *Cfr.* CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 59 y ss.

El debate, por tanto, bien puede centrarse en la edificación de otra noción de la soberanía estatal y del mejor desarrollo de las instituciones democráticas. Si eso es cierto, entonces en el origen del control de convencionalidad o del *ius commune*, está la nueva manera de entender la relación entre el Derecho internacional y el derecho interno, sin la dicotomía, ahora estéril, del monismo y el dualismo.⁴

En ese escenario, hay una serie de derechos, calificados como humanos, que en los últimos años han acrecentado el catálogo que había aparecido en las cartas constitucionales decimonónicas y en las declaraciones universal y americana. Por ejemplo, el derecho al agua, el derecho a la energía o el derecho a la propiedad comunal, en el discurso del derecho internacional de los derechos humanos, son de reciente creación. Ahí va también el derecho de acceso a la información pública, tema de este trabajo. Nuestra tarea será, por tanto, revisar cómo un conjunto de normas jurídicas constitucionales-internacionales y legales han acercado a la ciudadanía con la función pública a partir de criterios de transparencia. Coinciden, de alguna manera, un nuevo derecho humano, un nuevo derecho público y, en fin, un nuevo derecho latinoamericano.

La conformación de un Estado que transparenta su administración de recursos o la toma de algunas de sus decisiones, aunque a veces llegue demasiado tarde, demuestra que el objetivo todavía es el de construir instituciones sólidas y de beneficio directo a los integrantes de una sociedad. Pero al mismo tiempo, dado que el discurso que se usa es el jurídico, no puede perderse de vista que los nuevos derechos humanos y el nuevo derecho público, deben pensarse y expresarse bajo la gramática jurídica. Esto es, deben usarse las reglas jurídicas para crear, aplicar, interpretar el derecho. Ese es el reto de los juristas.

El derecho de acceso a la información pública ingresó en el catálogo de derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de una interpretación judicial, sin una metodología clara, y con los riesgos y beneficios que eso significa. En México, fueron las reformas constitucional al artículo 6º (la más reciente en febrero de 2014) y el cuerpo legislativo que la acompañó y acompañará, así como la reforma constitucional de junio de 2011, las que han garantizado el acceso a la información pública, hasta la creación de un organismo autónomo.

⁴ Cfr: BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, IJJ-UNAM, 2011, pp. 93-119.

Luego, si es cierto que el derecho de acceso a la información es un derecho de élite y con una clara incidencia en el control democrático de una sociedad, entonces quizá debe preferirse una interpretación nacional del Derecho internacional antes del incipiente y a veces precipitado desarrollo judicial interamericano. Quiere decir que, en casos como el del derecho de acceso a la información, es la autoridad nacional quien mejor se ubica para controlar una norma internacional,⁵ pues su beneficio está más cercano a la ciudadanía estatal que a la ciudadanía supranacional, –que aunde deseable, todavía no existe en América–. De alguna manera, el diálogo judicial permite la revisión de varios criterios, para utilizar el que mejor se ubique respecto de la protección de la persona física.

En el desarrollo de este trabajo, se justificará el ingreso del derecho de acceso a la información pública en el escenario liberal e histórico de los derechos humanos. Después, quedará descrito el camino de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para interpretar el artículo 13 de la CADH y a partir del caso *Claude Reyes vs. Chile* se reflexionará sobre el activismo judicial. Al final, abordaremos la estructura constitucional que aporta la reforma constitucional en materia de derechos humanos considerando la relación entre el Derecho internacional y el derecho interno y se propondrá una interpretación del Derecho internacional por los operadores nacionales del Derecho de acceso.

Es decir, se parte de un dato empírico: la inclusión de los criterios interamericanos generan un nuevo diseño que abarca sin distinción al Derecho internacional y al derecho nacional cuando de derechos humanos se trata. Es justo ese modelo el que debe seguirse. Sin embargo, en el escenario de nuevos derechos, como el derecho de acceso, es quizá mejor que sea el operador nacional, porque puede apreciar mejor el mecanismo de rendición

⁵ Cfr. CEDH, *Affaire S.A.S. c. France*, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2014, párr. 129: "*Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national...*".

de cuentas, quien efectúe el mejor control del Derecho internacional y, por supuesto, del derecho nacional.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Actualmentesuele afirmarse, sin muchas opiniones contrarias, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano. En tanto eso sea cierto, su estudio debe incluir una referencia a la formación occidental de la idea y el concepto, pues de ahí también puede comenzar una crítica a su ejercicio y trazar las líneas de un mejor funcionamiento.

Así, antes de que emergiera en el escenario internacional, la tradición jurídica de los derechos humanos es constitucional, pues han sido en los documentos constitucionales de finales del siglo XVIII y del siglo XIX donde aparecieron los primeros catálogos de derechos humanos. Su misión principal es la construcción de límites al poder público y la revalidación o revalorización de la dignidad de las personas físicas,⁶(aun cuando éste último concepto este lleno de vaguedad semántica). Si se sigue la propuesta de Maurizio Fioravanti sobre una aproximación al estudio de las libertades fundamentales, entonces puede revisarse su formación a partir de la visión historicista, individualista o estatalista.⁷

Por un lado, el historicismo es la reducción de los derechos y libertades al paso del tiempo y encuentra su origen en la Edad Media. En ese período aparecieron las referencias a la libertad como autonomía y como seguridad pero no entendidas en el discurso individualista francés. El discurso de los derechos significaba su propia tutela y la protección de los bienes, en razón del feudo y de la comunidad, del orden natural de las cosas. En otras palabras, el motor de la organización feudal era el derecho a la propiedad priva-

⁶ “*Ma non va sottovalutata la presenza, in tutte le maggiori religioni, di un richiamo alla dignità della persona e al rispetto per gli altri uomini, e ai valori di equità e giustizia*”. FLORES, Marcello, *Storia dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 16. Aun cuando esas llamadas a valores de equidad y justicia se hicieron en distintos contextos y por distintas razones. Sin embargo, vale decir que los derechos humanos, en el desarrollo propuesto, se ubicarán más como límites a la decisión de quien detenta el poder, que como respeto a los otros.

⁷ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2007, pp. 26-33. El título original es *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995, p. 176.

da.⁸ De esa construcción ligada a un espacio territorial pueden destacarse el pacto de reciprocidad entre el protector, el señor feudal y los integrantes de la comunidad, así como la ausencia del poder centralizado, político, que no llegará sino hasta la concepción del Estado moderno.

Por otro lado, el individualismo es la independencia del otro y en su más radical discurso, es la negación del otro y de su comunidad. Si los derechos humanos en el historicismo nacen como respuesta a la concepción estamental o corporativa, o sea, como pertenencia a una comunidad, o a una clase social, el individualismo llega como una “*fractura de época*”.⁹ Significa el derrumbamiento de estructuras clasistas y la edificación del ser humano como individuo.¹⁰ Los derechos humanos nacen así en el seno de la burguesía francesa.¹¹ Reivindican al individuo y lo posicionan con derechos y libertades frente a quien detenta el poder.

También es cierto que otra línea del individualismo se enuncia dentro del contractualismo, pues es el individuo quien determina y establece la forma de vivir en una sociedad, a través de un contrato social. Así, mientras al binomio libertad individual y propiedad privada se les puede identificar como libertades negativas, en el sentido que prohíbe al Estado entrometerse en su ejercicio, a las libertades positivas se les une con las libertades de participación política. Las primeras, son límites al poder; las segundas, producen una protección al individuo en tanto perteneciente a una comunidad cultural, en la que se le permite actuar y decidir.

El individualismo se despega asimismo del historicismo en la medida que el activismo político del individuo crea y da contenido a sus derechos fundamentales. En el historicismo, la construcción de los derechos es apartir de las decisiones judiciales, mientras que en el individualismo la representación de los individuos en órganos políticos creó y codificó el gran primer catálogo de derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Luego, ese mismo catálogo aparecerá más o

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 30.

⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 35.

¹⁰ Cfr. BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, pp. 89-109; CÓRDOVA VIANELLO, LORENZO, “Bobbio y la edad de los derechos”, en CÓRDOVA VIANELLO, LORENZO y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *[Re]pensar a Bobbio*, México, IJ-UNAM, Siglo XXI, 2005, pp. 68-73.

¹¹ En efecto, los derechos humanos son burgueses. Cfr. GRIMM DIETER, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 77 y ss.

menos reproducido en el derecho internacional de los derechos humanos, inaugurado en 1948 por la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹²

Por último, propone Fioravanti, el análisis estatalista de las libertades, que fue desarrollado con mayor fuerza durante el siglo XIX. Ahí, puede afirmarse que los derechos y las libertades adquiridas por inherencia a la condición de ser humano bajo el argumento individualista son otorgadas por “(...) la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado...”.¹³ Esto no significará que en el modelo individual-contractual, el Estado no adquiera un papel de tutela y protección de los derechos ya existentes. El Estado es necesario, pero posterior a la concepción de los derechos. En la visión estatalista, los derechos nacen junto con el Estado. En el contractualismo, el derecho natural precede al derecho estatal. En el estatalismo, la idea de la libertad como seguridad, pero también de la libertad como actuación política, tienen como condición de existencia, el nacimiento del Estado; son producto de la voluntad normativa de éste.

Hasta aquí, puede decirse que los derechos humanos no son producto de un fenómeno de la naturaleza, sino de un espacio y tiempo determinados, de una comunidad específica. La tradición jurídica de los derechos humanos es pues una formación principalmente centro europea, en la que el individuo adquirió una posición olvidada por otras formas de organización política. Sin embargo, el tiempo que vivimos no admite que el catálogo de los derechos humanos sea un discurso cerrado, de ahí que hemos dado la bienvenida a un catálogo reformado o reeditado. El derecho de acceso a la información pública es producto de esa reinterpretación de los derechos humanos pero que exige al menos dos elementos: i) no olvidar la fundamentación y el desarrollo de los primeros derechos; y ii) asentar los nuevos derechos humanos en las piedras angulares de los primeros (que por cierto no desaparecen), pero en el contexto en el que son construidos, interpretados y aplicados.

De esa forma, el análisis del derecho que nos ocupa exige, al menos como exigencia metodológica, ubicarlo en el desarrollo histórico, antes de velar por su aplicación efectiva en el sistema mexicano e incluso en el interamericano. Desde la construcción individualista, eso significa que el acceso a la información pública puede ubicarse dentro de aquellas libertades que

¹² Ignatieff lo dice con elocuencia: “La Declaración puede ser hija de la Ilustración, pero fue escrita cuando la fe en ella se enfrentaba a su mayor crisis de confianza”. IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2003, p. 86. Título original: *Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

¹³ Cfr. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 48.

limitan al poder público o dentro de aquellas que permiten la participación activa en la toma de decisiones políticas. Esta ubicación no debe ser de menor importancia, pues el ejercicio, las restricciones al derecho, o si la norma se enuncia en términos de prohibición o permisión u obligación, permiten al operador jurídico (al juez, al funcionario, al académico, al político) restringir o ampliar el goce y ejercicio del derecho, según sea interpretado.

Ahora bien, esta reducción que puede parecer simplista, no debe olvidar cómo los mismos intérpretes del derecho han hecho que una libertad originariamente negativa pueda ser considerada también dentro del marco de la participación política o en un plano comunitario, esto es, como si fuera una libertad positiva. Es decir, de la dimensión estrictamente individual en donde el Estado es limitado en su actuación y a quien se le prohíbe su interferencia en la esfera personal de los individuos, se transita a una dimensión colectiva del ejercicio de un derecho, y a partir del cual adquiere una nueva forma de entendimiento.¹⁴ Este mecanismo, sin embargo, no debe estar sujeto a la discrecionalidad (a veces arbitrariedad) de los jueces o menos aun de los políticos, sino debe descansar en el diálogo y en la argumentación que los actores de la *obra* de los derechos humanos puedan hacer respecto del material jurídico.

Pero aquí está una primera contradicción en la estructura del derecho de acceso a la información pública: la argumentación para quedar incluido como derecho humano ha sido más cercana a justificar la participación política e informada de los ciudadanos que a una prohibición del Estado, es decir, a una intromisión en las libertades individuales del individuo. Sin embargo, la ubicación en el texto normativo se encuentra dentro de la libertad de expresión que nació más como una libertad negativa que positiva.

La segunda contradicción del derecho de acceso a la información es preocupante, pues al justificarlo bajo el discurso del control democrático, rendición de cuentas, entre otros, se excluye a quienes no tienen interés o no pueden (por decisión del mismo sistema jurídico) participar en dicho control.

Debe observarse que en nuestra tradición constitucional mexicana, e incluso la tradición internacional de los derechos humanos, cuando se reproducen catálogos de derechos tienen como referencia la construcción liberal e ilustrada del individualismo que al tiempo que limita al poder público y

¹⁴ Véase, por ejemplo, las posiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la libertad religiosa o de la libertad de expresión. CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 10 novembre, 2005, párrs. 106-108.

dignifica al ser humano, crea también un nuevo orden estamental a partir de categorías jurídicas como hombre-mujer, ciudadano-nacional-extranjero, etcétera, que no alcanzan ahora a describir el complejo panorama de las relaciones jurídicas actuales o que simplemente limitan todavía el ejercicio de algunos derechos o libertades.¹⁵ En el caso de del derecho de acceso a la información pública si lo entendemos como un factor determinante para la vida política de la sociedad, sería, en efecto, también un derecho de clase. Las personas físicas no son titulares de tal derecho en virtud de la protección directa de su dignidad, sino para tomar decisiones políticas informadas que luego, eso sí, permitirían exigir gobernantes capaces de beneficiar su esfera de derechos. La transparencia es una herramienta de información para la mejor conducción de la política pública. Así, por ejemplo, es claro que niños y niñas en edad preescolar no toman decisiones sobre la vida del Estado mexicano, ni están interesados en la transparencia de las instituciones democráticas. O por otro lado, los extranjeros no deberían gozar de ese derecho en la medida que ellos no deciden a los gobernantes del Estado mexicano. Por eso el derecho de acceso a la información es un derecho de clase,¹⁶ más cercano a los derechos del ciudadano que a un derecho equiparable, por ejemplo, a la integridad personal, o incluso a la propiedad privada.¹⁷

En todo caso, no debe confundirse la legitimación activa con la titularidad del derecho de acceso a la información. La primera refiere el carácter de la persona que lo solicita, que puede hacerlo a nombre propio o de un representante, según demuestre o no su interés jurídico, etcétera; en cambio, la

¹⁵ Es bien conocida la posición de Ferrajoli sobre los derechos de la persona y los derechos del ciudadano. Cfr: FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 97-123.

¹⁶ No obstante la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en el artículo 2, refiere el vocablo *particulares*, sin saber si exactamente está creando una categoría distinta a la de nacional, ciudadano, extranjero, o lo usa como sinónimo de persona física, o ser humano. “ Toda la información gubernamental a que se refiere esta Ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala.”

¹⁷ Con lo que se afirma aquí no debe pensarse que el derecho de acceso a la información pública solo protege a los ciudadanos, entendidos en los términos de los artículos 34, 35 y 36, pues, por ejemplo, la información referente a la salud de las persona físicas, o la prevención o persecución de los delitos, pueden influir en información de personas físicas sin depender su condición de nacional, ciudadano o extranjero. Pero si el derecho de acceso a la información está vinculado con el control democrático, entonces ni los extranjeros, ni los mexicanos menores de 18 años, ni aun los mayores que no tengan un modo honesto de vivir, gozan de este derecho, pues no participan en la toma de decisiones políticas.

segunda debe justificarse a partir de saber quién está interesado en tener la información pública en posesión del Estado y para qué le sirve esa información. Puede ser que la legitimación activa sea tan amplia como la legislación de cada Estado lo prevea,¹⁸ pero sin duda, la titularidad no está determinada solamente a una persona física sino a la que, además de ser persona física (o sea, no están incluidas las personas jurídico-colectivas), esté interesada en la rendición de cuentas, en el desempeño de sus gobernantes, en el uso del poder público.¹⁹

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ya se apuntó que los catálogos de derechos humanos no han permanecido estáticos. Al contrario, se han incluido nuevos derechos si se consideran los contenidos en los primeros instrumentos jurídicos internos o internacionales. Sin embargo, es necesario analizar la manera en que son incluidos. Si decimos que el derecho de acceso a la información es una norma jurídica entonces quien debe crearla es el órgano facultado para ello. Evidentemente, no todas las normas jurídicas son puestas por los poderes legislativos, aunque son ellos quienes por antonomasia lo hacen. También los jueces crean normas jurídicas, aun cuando el alcance de las mismas no sea general, a menos que se esté en un caso de excepción.

¹⁸ Se tiene en mente aquí que el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales en el Expediente 3410/09 sostuvo que, efectivamente, la legislación no establecía como requisito que el solicitante estuviera dentro del territorio mexicano. Así, basado en una referencia al vocablo “sin fronteras” que aparece en varios artículos de instrumentos internacionales que protegen la libertad de expresión permitió que ciudadanos que no acreditaran su nacionalidad solicitaran información. Aquí la contradicción que anotamos es clara, pues por otro lado se afirma que el derecho de acceso controla al poder político, que es un mecanismo de rendición de cuentas. Si esto es cierto, entonces sería claro que la titularidad es solamente para quienes pueden controlar a través de esa información o exigir cuentas.

¹⁹ “Cabe destacar que el fundamento central del derecho de acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en la que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a esta información”. CIDH, *Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2007, párr. 90.

El camino que suelen tomar los jueces para crear derecho es a través de la interpretación. Así, la interpretación del derecho, que corresponde a una idónea traducción de la locución *interpretatio iuris*, originariamente encierra la operación de individuar un comportamiento o un conflicto dentro de reglas jurídicas.²⁰ En el mundo jurídico actual, sean nacionales o internacionales, la interpretación de las normas ha llegado a ser un tema de vital importancia.²¹ Sin embargo, la interpretación y la ley (o sea, *interpretatio* y *lex*) no siempre estuvieron juntas, o no siempre una derivaba lógicamente de la otra, sino que referían actividades completamente distintas. Por *lex* se entendía el acto legislativo del soberano; por *interpretatio* se entendía cualquier expresión normativa siempre que hubiese sido enunciada por los tribunales o juristas, en ausencia de ley aplicable y con base en razones o a opiniones a las cuales se les atribuyera cierta autoridad.²² Los criterios derivados de la *interpretatio* tenían un carácter subsidiario, y se regían bajo el principio *in claris non fit interpretatio*, que suponía primero la aplicabilidad de la *lex*. De ahí que una disminución de acudir a la ley, significó, por consecuencia, un impulso para los tribunales; y cuando estos crecieron, se iniciaron los esfuerzos por su debilitamiento. En suma, a partir de ese momento, el derecho como norma y su interpretación han sido materia de profusos trabajos principalmente en el área de la filosofía, historia y teoría del derecho.²³

Es claro además que el interés del estudio de la interpretación no es solamente de carácter académico, al contrario, sus efectos en la práctica a partir del nacimiento del Estado se encuentran profundamente arraigados en un principio indiscutible de la vida política de una determinada sociedad: la división de poderes. Así como el legislador crea leyes, el juez las aplica. Éste no ha sido llamado a hacer las normas, de la misma manera que aquél no las adjudica. En la aproximación positivista del derecho, del respeto a esta línea divisoria depende el éxito de la comunidad. Así, en la medida que la *lex semper loquitur*, el juez no dice el derecho, sino solamente lo aplica. También el positivismo ha desarrollado la interpretación judicial sólo cuando el texto

²⁰ TARELLO, Giovanni, “L’ interpretazione della legge”, en CICU, Antonio y MESSINEO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, t. 2, Milán, Giuffrè, 1980, p. 7.

²¹ Con todo, la idea de la interpretación normativa no es clara. Es más, puede estar sujeta a interpretaciones. Cfr. BRUNET, Pierre, “Aspects théoriques et philosophiques de l’interprétation normative”, *RGDIP*, 2011-2, pp. 311-327.

²² Cfr. TARELLO, Giovanni, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 67 y ss.

²³ Cfr. TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica*, op. cit., pp. y ss.

no es claro, o, en última instancia, cuando no le alcanza a subsumir en el supuesto normativo la realidad social.²⁴

El Derecho internacional actual se mueve entre el concurso de múltiples poderes legislativos y la fascinación contemporánea por la actividad judicial (de derechos humanos) que tantas veces toma un camino distinto a la ley. Por eso, a partir de que Tarello da cuenta de cómo en el siglo XVIII los problemas del derecho (y que trascendieron al ámbito político) estuvieron originados en la función del derecho mismo, en su modo de creación y de aplicación, ya sea del soberano, de los jueces, e incluso, en la propuesta de refundar la comunidad política a partir de un nuevo derecho,²⁵ no podemos sino hacer un referencia mesurada al presente y futuro del Derecho internacional.

Es así que un órgano jurisdiccional que asume funciones legisladoras puede ser criticado por su activismo. La frase "activismo judicial" que refiere la cultura jurídica norteamericana, posterior a la Segunda Guerra Mundial, marca, no sin algo de confusión en su desarrollo conceptual, una serie de diferencias entre las personalidades y aproximaciones entre los integrantes de la Corte Suprema de Estados Unidos de América.²⁶ Antes de ser un problema jurídico, esto es, de asignación de significado, de interpretación, aplicación o defensa de la Constitución, fue una diferencia de formaciones. En cambio, ya con la *Corte Warren*, el activismo judicial fue identificado plenamente con una labor progresista que desarrolló una fuerte tradición de no discriminación por raza ni por género, es decir, una reivindicación jurídica de la igualdad, y que sentó una base fundamental para la construcción de

²⁴ Cfr. KOLB, Robert, *Interprétation et création du droit international*, Bruselas, Bruylant-Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, pp. 16-20.

²⁵ Por ejemplo Voltaire, que no fue un hombre estrictamente de leyes, (en el sentido de practicar el derecho) sí criticó con rudeza la ideología del derecho, a partir del concepto de la libertad, en pleno período de la Ilustración. Cfr. TARELLO, *Storia della cultura ...*, op. cit., pp. 301 y ss.

²⁶ Según Green, el activismo propuesto por Schlesinger refirió primero las características opuestas de los Justices, en la Corte Suprema de Estados Unidos de América, sólo después adquirió el sentido que explicamos aquí, y luego prácticamente se ha confundido con muchos otros sentidos. El desarrollo histórico de la frase "activismo judicial" así como el concepto, pueden verse ampliamente explicados en: GREEN, Craig, "An Intellectual History of Judicial Activism", en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 1201 y ss.

la teoría del derecho en ese país.²⁷ Así, el activismo judicial estuvo cercano a la defensa de los derechos humanos frente a las injerencias del gobierno.

En el caso de la Corte IDH bien puede decirse que es un órgano judicial activista. Ella debe resolver controversias jurídicas entre individuos y Estados a partir de un texto creado solo por éstos. Por eso se advierte una especie de invasión de las funciones legislativas y aquellas que le pertenecen en virtud del artículo 62.3 (o 64 si de competencia consultiva se trata) al órgano judicial. Invasión que puede encontrarse en una ausencia de técnica jurídica en la conformación del texto convencional y que sólo puede ser imputable a los Estados. En algunos casos, si los jueces interamericanos se salen del texto es porque el propio texto lo permite y así, el activismo judicial, no es otra cosa sino un síntoma de la deficiencia con que los Estados han creado la norma. Sin embargo, el peligro es que, enmascarados en la interpretación de la norma jurídica, se cree un nuevo texto “convencional” y que luego tal situación aparezca como obligatoria.

A continuación se analizará cómo a través de un activismo judicial la Corte IDH ingresó la discusión sobre el derecho de acceso a la información pública basados en el amplio contenido de la libertad de expresión. Lo que se busca al analizar la decisión de la Corte es dialogar con ella no para evitar una cultura interamericana de transparencia, sino para construirla mejor, o por una vía normativa distinta. El diálogo jurisprudencial no supone, bajo ninguna circunstancia, seguir todo los criterios de la Corte Interamericana, sino mirarlos y revisarlos, por si se advierte una mejor manera de interpretar una disposición.

Así pues, en el mundo de las decisiones judiciales, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien el 19 de septiembre de 2006, al resolver el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*,²⁸ sostuvo la inclusión del derecho de acceso a la información en el catálogo de derechos humanos de la Convención Americana. No debe pasarse por alto que en el complejo caso *Claude Reyes*, conviven normas jurídicas que, desde la visión del Derecho internacional, podrían ser agrupadas en distintos regímenes autónomos:²⁹ las referentes a

²⁷ Cfr. LEWIS, Frederick P., *The context of Judicial Activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative Age*, Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1999, pp. 25-53.

²⁸ CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, No. 151.

²⁹ Para los regímenes autónomos en el derecho internacional, véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Di-*

las inversiones extranjeras dentro del Derecho económico internacional; las referentes al Derecho ambiental dentro del derecho ambiental internacional o del Derecho internacional de los derechos humanos; y las referentes al derecho de acceso a la información pública dentro del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, es claro que la preeminencia en ese caso la tiene el Derecho internacional de los derechos humanos puesto que la Corte IDH es un órgano judicial especializado de ese régimen autónomo. Sin embargo, los mismos hechos podrían dar lugar a otro tipo de litigios internacionales según se ubique el interés de las partes.

En los hechos probados del caso,³⁰ se encontraba el contrato de inversión para la realización del “Proyecto Río Cóndor”. El Comité de Inversiones Extranjeras del gobierno de Chile, aprobó las solicitudes de inversión elaboradas por las empresas *Cetec Engineering Company Inc.* y *Sentarn Enterprises Ltd.*, a partir de las cuales se celebró un contrato con el gobierno chileno. El proyecto aludido generaba un gran impacto ambiental pues desarrollaba un complejo forestal integrado: aserradero mecanizado, planta reelaboradora de madera, fabricación de chapas y tableros, planta recuperadora de astillas y planta energética. A partir de la discusión que generaba la realización del proyecto, el señor Marcel Claude Reyes solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras una serie de información que calificó de interés público. El vicepresidente ejecutivo del Comité entregó en un primer momento parte de la información solicitada, pero no obstante la insistencia del señor Marcel Claude Reyes el resto de la información no fue entregada. Más allá de las consideraciones en el proceso sobre el carácter secreto de la información no proporcionada, así como de la actuación judicial ante los tribunales chilenos, para los efectos del análisis que se pretende hacer aquí basta con saber que alguna información no fue otorgada por las autoridades que efectivamente la poseían.

De esta forma, la Corte IDH deberá resolver si la denegación de la información pública constituye una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el escrito de demanda, la Comisión Interamericana había solicitado expresamente las violaciones a los artículos 13 (Libertad de expresión) y 25 (Recurso judicial) en relación con el 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y el 2 (Deber de adoptar disposiciones de derechos

versificación y Expansión del Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º período de sesiones, A/61/10, 2006, párrs. 193-190.

³⁰ Se sigue lo establecido por la Corte en los párrafos 57.1-57.45.

interno). Discutidos los hechos, y habiendo dado oportunidad a las partes en el proceso que se pronunciaran sobre ellos, la Corte pudo aplicar el principio *iura novit curia*³¹ que le permite declarar artículos violados distintos a los solicitados en la demanda, siempre que no varíe la discusión sobre los hechos. Así, la Corte ubica la discusión del derecho de acceso a la información pública en la libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención se lee:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

³¹ A través de este principio, la Corte IDH bien podría argumentar la violación a otro derecho siempre que haya otorgado el derecho de defensa al Estado sobre los hechos que darían lugar a la violación. Así lo había resuelto en otros casos. Sin embargo, decidió que el derecho de acceso a la información descansa en la libertad de expresión. *Cfr.* CORTE IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 203; CORTE IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, párr. 61.

Ubicada dentro del discurso de la Ilustración y ampliamente fortalecida por el derecho anglosajón, la libertad de expresión está ubicada dentro del grupo de las libertades individuales. Y junto a la libertad personal o a la libertad de asociación es, ante todo, un límite al poder público y un elemento del desarrollo personal.³² En ambos casos, la libertad de expresión está ubicada en el marco de las libertades civiles o negativas, pues marca un espacio donde el Estado no puede interferir a menos que se incurra en una de las restricciones establecidas por el propio texto convencional.

Pero no queda establecido en el texto de la Convención Americana que la libertad de expresión tuviera una incidencia directa en la vida democrática de un pueblo. A diferencia del párrafo 2 del artículo 11 del Convenio Europeo que contempla restricciones al ejercicio de la libertad de expresión siempre que sean necesarias dentro de una sociedad democrática,³³ el artículo 13 de la CADH no incluye la frase “sociedad democrática”, como si aparece por ejemplo en los artículos 15 o 16 de la misma. Sin embargo, la Corte IDH sí ha incluido dicha fórmula en ejercicios consultivos y contenciosos, y ha afirmado la estrecha relación que existe entre la libertad de expresión y una sociedad democrática.³⁴ En esto no ha hecho sino seguir la profusa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a

³² Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004, pp. 33 y ss.

³³ “Artículo 11. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales*, Roma, 1950.

³⁴ CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107, párrs. 108-135. CORTE IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 70.

quien el propio texto del Convenio le introduce la discusión en el plano de sociedades democráticas.

No sólo ha entrelazado la libertad de expresión con los argumentos democráticos sino que “le ha dado un amplio contenido [...], a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo”.³⁵ Lo que en principio constituyó una libertad negativa en el discurso ilustrado de los derechos humanos, hoy no parece tener límites y la Corte ha hecho que quepan, dentro del artículo 13 un buen número de libertades, incluso las políticas, como el derecho de acceso.

Basados en ese amplio contenido, dice la Corte que “...es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.³⁶ O que “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”.³⁷

Es cierto que puede existir una noción menos explorada de la libertad de expresión a partir del derecho a la información, que supone que el sujeto activo del derecho (o titular) no posee la información, sino la recibe; pero tal noción no queda clara del texto del artículo 13 de la CADH. Entonces, si el camino para que quede incluido es la interpretación jurídica, lo menos que deberíamos exigir al órgano judicial es una argumentación satisfactoria, para que al tiempo que sea elocuente, sea también jurídicamente convincente. De otra manera, la Corte se convierte en un legislador interamericano más que el intérprete judicial.

A diferencia de otros casos, en donde prevalece una especie de desaseo metodológico para el uso de la regla general de interpretación de tratados,³⁸ contemplada en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte no la utiliza.

³⁵ CORTE IDH, *Caso Claude Reyes*, *op. cit.*, párr. 75.

³⁶ CORTE IDH, *La Colegiación Obligatoria*, *op. cit.*, párr. 70.

³⁷ CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párr. 116.

³⁸ Véanse, por ejemplo, CORTE IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A, No. 20, párrs. 24 y ss; CORTE IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, No. 205, párrs. 35-77.

Encuentra el nuevo alcance de la libertad de expresión a través de un discurso elocuente, necesario, cargado de valor democrático, pero no siguiendo las reglas de interpretación del Derecho internacional. En esos casos, la postura de Kerstin Mechlem, resulta vigente: “la debilidad metodológica compromete la comprensión, consistencia, coherencia y legitimidad del resultado del Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”.³⁹ Y quizá no le falta razón. Los organismos internacionales de derechos humanos, como también lo plantea Zlata Drnas de Clément, con mayor frecuencia de lo que uno supone, no advierten un uso metodológicamente sistematizado cuando interpretan normas jurídicas.⁴⁰

Así pues, la Corte IDH escogió el camino de ubicar el derecho de acceso en la libertad de expresión y sostuvo que: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

Sin embargo, queda la duda de si, para tal alcance del control democrático y rendición de cuentas, no encuentra mejor cabida el derecho de acceso a la información pública en el artículo 23.1.a) de la Convención que en el artículo 13.⁴¹ Entonces, también a través de una interpretación del texto, pero con

³⁹ MECHLEM, Kerstin, “Treaty Bodies and the Interpretation of Human rights”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2009, pp. 945-946.

⁴⁰ “...una progresividad acelerada, irreflexiva, unidireccional, ideologizada transicional [mente], oportunista, aislada del complejo jurídico general, más que fortalecer al sistema de protección de los derechos humanos, llevará a éste a su descrédito y a la retaliación contra-histórica...”. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Interpretación de los Tratados sobre derechos humanos por Tribunales internacionales”, en *Obra en Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Universidad Complutense-Universidad del País Vasco-Iprolex, 2013, p. 772.

⁴¹ “Artículo 23. Derechos Políticos.- 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente

base en el objeto y fin que quisieron darle los Estados al momento de crear la norma, puede sostenerse que para la participación activa de los individuos en los asuntos públicos, es necesario fomentar la transparencia de la función pública. Este puede ser la tarea pendiente de la Corte Interamericana, pero no debemos esperar a ello, pues en México podemos hacerlo a partir del nuevo panorama constitucional respecto a los derechos humanos.

IV. LOS RETOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ESCENARIO CONSTITUCIONAL MEXICANO

El escenario de una consolidada transparencia en México, a partir de la reforma de 2014, está acompañado por un debate cada vez más fuerte sobre el control de convencionalidad por autoridades estatales y no solamente por los jueces, una interpretación conforme a tratados de derechos humanos, o criterios vinculantes de la Corte IDH⁴² que deja atrás la noción de criterios orientadores, ponderación de derechos humanos, entre otros. Así, el nuevo escenario constitucional mexicano combina los derechos humanos en sede internacional y los que están contemplados en sede constitucional. Presenciamos, como hemos dicho más arriba, un ambiente que diluye la frontera entre el Derecho internacional y el derecho interno. Pero que al mismo tiempo exige, a la usanza de un margen de apreciación nacional, la posibilidad de mejor adecuar una norma internacional al espacio de aplicación mexicano. La Suprema Corte había dicho a los jueces: buscar armonizar los criterios interamericanos con los nacionales.

El derecho de acceso a la información pública puede ser alimentado por criterios internacionales, pero sobre todo exige a adaptación a nuestra realidad mexicana. Por eso el que mejor ángulo tiene para interpretar el Derecho internacional es el operador nacional. El mayor reto es elaborar una cultura nacional de transparencia, hecha a medida de la situación mexicana.

Entonces, en primer lugar, bien puede decirse algo sobre la configuración de un nuevo parámetro de regularidad constitucional que, sin resolver la jerarquía del derecho internacional en relación con el derecho interno, confirma el principio de supremacía constitucional y construye una cláusula de

por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁴² Cfr. SCJN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, op. cit., p. 64.

apertura al derecho internacional. Eso es, en el fondo, una nueva manera de entender la soberanía en México.

El artículo 1 constitucional reformado el 10 de junio de 2011, sí constituye un guiño tardío al Derecho internacional, aunque no definitorio para toda la estructura jurídica.⁴³ Dice el artículo 1º. constitucional (respecto del cual se reformaron los párrafos primero y cuarto, y se adicionaron el segundo y tercero):

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Y con ella se abandona la vieja concepción de garantías individuales para adoptar un término de mayor aceptación ahora en la literatura jurídica latinoamericana e internacional. Según la redacción actual, los derechos humanos se encuentran en la Constitución y en los tratados internacionales. Las personas gozarán de los derechos humanos consagrados en tratados de los que el Estado mexicano sea parte, o sea, de los tratados respecto de los cuales México haya manifestado su consentimiento en obligarse y se encuentren en vigor.

⁴³ En realidad, México ha llegado tarde a las fórmulas ya inscritas en constituciones latinoamericanas con referencia al derecho internacional de los derechos humanos. Pero la manera en que lo ha hecho amplía mucho más su campo de acción, que aquellas en las que hay una referencia específica a los nombres de los tratados internacionales. Al respecto, puede verse: DULITZKY, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 33-74.

Ahora bien, el artículo 1 de la Constitución no es un artículo de reenvío sobre qué norma debe aplicarse en caso de conflicto y, en estricto sentido, no establece una jerarquía constitucional. Sin embargo, sí es posible afirmar que los derechos humanos consagrados en tratados gozan del principio de supremacía constitucional y constituyen parámetro de regularidad de validez constitucional.⁴⁴ El efecto práctico es fundamental: las autoridades estarán obligadas a conducirse de acuerdo a esas normas que protegen derechos humanos pues forman parte de un criterio rector de nuestro Estado de derecho mexicano.

En segundo término, los debates actuales en derechos humanos incluyen el control de convencionalidad. Para decirlo breve, sería pretencioso afirmar que lo que ha denominado la Corte IDH como control de convencionalidad sea el resultado de una doctrina bien estructurada.⁴⁵ Ha sido, en todo caso, el voto razonado de Eduardo Ferrer, cuando fungió como juez *ad hoc* mexicano, quien sistematizó la noción de control de convencionalidad.⁴⁶ Y, en

⁴⁴ Cfr. SCJN, *Contradicción de Tesis 293/2011*, *op. cit.*, pp. 31-45.

⁴⁵ En realidad, ha sido en el *Caso Almonacid Arellano y otros* donde dijo: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Y luego, en una técnica poco usual en sentencias internacionales, la Corte IDH ha cortado y pegado prácticamente el mismo párrafo y lo ha reproducido en ya numerosas sentencias, quitando la frase “una especie de”. Cfr. (sin contar la sentencias contra México) CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano...*, *op. cit.*, párr. 124; CORTE IDH, *Caso La Cantuta vs Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, párr. 173; CORTE IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128; CORTE IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169, párr. 78; CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 180; CORTE IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63. Por último, en el caso *Gelman* afirmó que el control de convencionalidad debe hacerse por los órganos del Estado, incluidos los jueces. Cfr. CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 193.

⁴⁶ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la Sentencia de la Corte IDH, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220. También aparece publicado bajo el título “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y

realidad, la obligación del Estado mexicano de actuar conforme a normas internacionales no se origina por la decisión de un tribunal internacional, sino por la expresión de la voluntad de crear una norma, establecida en un tratado internacional.⁴⁷ Esto significa que el problema planteado de si los jueces nacionales están obligados a controlar la convención no es en realidad un problema. Los jueces sí están obligados. Pero va más allá todavía, pues bajo este criterio no solamente los jueces podrían controlarla sino también las autoridades que cumplan en cierta medida una función de verificación de la actuación del Estado. O sea, en un sentido original, las comisiones de derechos humanos o el IFAI podrían ejercer un control de convencionalidad, que equivaldría, aunque sin todas sus consecuencias, a un control de constitucionalidad difuso.

En tercer lugar, debe recordarse que el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que “El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.”

Esto es, que en México el derecho de acceso a la información pública puede construirse con base en el Derecho internacional, pero también en el derecho nacional. El reto específico es la interpretación del texto, ya internacional, ya nacional; y no la legislación judicial o el activismo judicial.

Que el derecho de acceso haya quedado dentro del artículo 6 constitucional, no sólo debe superar los límites históricos que hemos mencionado, en tanto libertad negativa, de la libertad de expresión, sino también que se encuentre lejos de su verdadera esencia: el control democrático y la rendi-

Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 131, pp. 917-967.

⁴⁷ Cfr. MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 24.

ción de cuentas.⁴⁸ Pues es en la medida que hay transparencia en la función pública que quienes participamos de la vida política podemos decidir mejor.

Es claro que la libertad de expresión recoge el derecho de buscar y recibir la información, pero si la argumentación sobre el derecho de acceso está más ligada a la vida democrática de un pueblo, entonces valdría explorar la interpretación de las normas internacionales que contemplan los derechos políticos.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 recogió una compleja regla de interpretación, que en cualquier caso puede ser definida como una actividad cognitiva, subjetiva, pues por un lado no es de libre asignación, y por el otro, se busca el significado que quisieron darle las partes, es decir, los creadores de la norma. Si hay una preeminencia del texto, es porque ahí quedó plasmada la voluntad de los Estados. Entonces, en el artículo 23 de la CADH es evidente que las persona físicas tenemos un derecho a participar en los asuntos públicos de la sociedad a la que pertenecemos. Y si al mismo tiempo el derecho de acceso a la información permite una mejor participación democrática, entonces también puede justificarse su inclusión, como nuevo derecho, y como una libertad positiva, dentro del rubro de los derechos políticos.

De cualquier forma, el derecho internacional de los derechos humanos no exige que sea uno u otro. Pueden ser los dos. La parte principal de la actividad interpretativa es cómo se logra justificarla y argumentarla. Así pues, los operadores e intérpretes nacionales del derecho de acceso a la información pública, que al final somos todos aquellos interesados en la participación política, tenemos en el derecho internacional, ya sea por la reforma constitucional, o por el control de convencionalidad, un nutrido conjunto de normas. La tarea por tanto no está concluida.

⁴⁸ Cfr. PESCHARD, Jaqueline, “El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas”, en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio *et al.*, (coords.), *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, México, Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados-CIDE-RRC, 2011, p. 17.

V. FUENTES CONSULTADAS

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997.

BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, IJ-UNAM, 2011.

BOGDANDY, Armin von y SERNA DE LA GARZA, José Ma. (coords.), *Soberanía y Estado abierto en Europa y América Latina*, México, IJ-UNAM, 2014.

BRUNET, Pierre, “Apsects théoriques et philosophiques de l’interpretation normative”, en *RGDIP*, 2011.

Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional 58º período de sesiones, A/61/10, 2006.

CÓRDOVA VIANELLO, LORENZO, “Bobbio y la edad de los derechos”, en CÓRDOVA, LORENZO y SALAZAR, Pedro (coords.), *[Re]pensar a Bobbio*, México, IJ-UNAM, Siglo XXI, 2005.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Interpretación de los Tratados sobre derechos humanos por Tribunales internacionales”, en *Obra en Homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Universidad Complutense, Universidad del País Vasco, Iprolex, 2013.

DULITZKY, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 33 – 74.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 131.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 5ª ed., España, Trotta, 2007.

-----, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995.

FLORES, Marcello, *Storia dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2008.

GREEN, Craig, “An Intellectual History of Judicial Activism”, en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009,

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2003.

KOLB, Robert, *Interprétation et création du droit international*, Bruselas, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006.

LEWIS, Frederick P., *The context of Judicial Activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative Age*, Nueva York, Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1999.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.

MECHLEM, Kerstin, “Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2009.

PESCHARD, Jaqueline, “El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas”, en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio *et al.* (coords.), *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, México, Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados, CIDE, RRC, 2011.

TARELLO, Giovanni, “L' interpretazione della legge”, en CICU, Antonio y MESSINEO, Francesco, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, t. 2, Milán, Giuffrè, 1980.

-----, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

Decisiones internacionales y nacionales

CEDH, *Affaire S.A.S. c. France*, Grande Chambre, 1^{er} juillet 2014.

CEDH, *Affaire Leyla Şahin c. Turquie*, Arrêt de 10 novembre 2005.

COMISIÓN IDH, *Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2007.

CORTE IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

CORTE IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C.

CORTE IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

CORTE IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

CORTE IDH. *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20.

CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186.

CORTE IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C.

CORTE IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169.

CORTE IDH, *Caso La Cantuta vs Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162.

CORTE IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C.

CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

CORTE IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

CORTE IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

CORTE IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008.

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, en el Expediente 3410/09.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis 293/2011*, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Admi-

nistrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.