



# SEMINARIO

Estudio de la dogmática del derecho de acceso a la información pública

Del 5 de marzo al 28 de mayo de 2021



## Índice

	Pág.
Abreviaturas más usadas.....	4
Mod.Tres Las garantías primarias del derecho.....	5
3.1. La naturaleza jurídica de las garantías primarias.....	6
3.2. La naturaleza de las garantías primarias del derecho de acceso a la información.....	9
3.3. Las garantías primarias constitucionales del derecho de acceso a la información.....	12
3.3.1. La obligación de documentar.....	13
3.3.2. La obligación de resguardar los documentos en archivos Administrativos actualizados.....	38
3.3.3. La obligación de publicar la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.....	73
3.3.3.1. La transparencia como política pública, no como	

	derecho.....	74
3.3.3.2.	Una respuesta a la concepción de la transparencia como algo distinto al derecho de acceso a la información.....	79
	a) Sus antecedentes jurídicos.....	80
	b) Definición.....	81
	c) De las condiciones del obligado a documentar.....	83
	d) Las condiciones de la persona que accede a lo que se transparenta.....	88
	e) Sus efectos en la función pública.....	90
	f) La materia que se transparenta.....	99
3.3.3.3.	El diseño de la transparencia como garantía primaria del derecho de acceso a la información pública.....	100
3.3.4.	Las solicitudes de acceso a la información pública.....	110
3.4.	Las garantías primarias del derecho de acceso a la información.....	118



## Abreviaturas más usadas

AR	Amparo en Revisión
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CF	Constitución Federal (Argentina)
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LA	Ley Reglamentaria de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LGTyAIP	Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Lineamientos	Lineamientos para la Organización y Conservación de Archivos del SNT
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
RENULOE	Relatoría de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión
SEGOB	Secretaría de Gobernación



## **MÓDULO TRES**

**Del Seminario Estudio de la dogmática del derecho de acceso a la información pública**

**LAS GARANTÍAS PRIMARIAS DEL DERECHO.**

**MTRO. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ**

**MTRA. ARELI YAMILET NAVARRETE NARANJO**

Módulo Tres. Las garantías primarias del derecho.

### 3.1. La naturaleza jurídica de las garantías primarias.

Como lo establece el artículo primero constitucional, en México las personas gozan de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, al igual que de las garantías para su protección. Hasta ahora se analizó el contenido del derecho de acceso a la información pública, ahora se procede al análisis de sus garantías.

En el módulo primero de esta investigación precisé que la concepción tradicional de garantía, como remedio jurisdiccional (Ferreyra, 2016: 146), resulta insuficiente para entender la realidad jurídica actual. Por lo que propuse entonces emplear una definición más compleja, precisamente, la que presenta el modelo teórico del garantismo, a la que se acude a continuación para precisar y analizar las garantías propias del derecho en estudio.

Para iniciar esta parte del estudio debe quedar perfectamente claro esa concepción más amplia de lo que debe entenderse por garantías, concepto con el que se denominan las llamadas técnicas de tutela por Ferrajoli, que según Bobbio son necesarias para la satisfacción efectiva de los derechos y que la garantía de los derechos constituye el problema político más relevante; ya que “el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional (depende del) grado de efectividad primaria o al menos secundaria de las garantías de los

derechos constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2013:94). Pero esa efectividad requiere, previamente, de la existencia de “un sistema de garantías – sustanciales (o primarias) y procesales (o secundarias)– de los derechos contra las ofensas indebidas y contra los castigos indebidos, y por lo tanto una técnica de minimización tanto de las primeras como de los segundos” (Ferrajoli, 2013: 629).

El mismo texto del artículo primero constitucional, en su párrafo tercero, permite emplear esa propuesta teórica con mayor facilidad, si consideramos las siguientes porciones: a) “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, y b) “el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos”. Lo que nos permite apreciar esta división conceptual existente entre las obligaciones inmediatamente relacionadas con esos derechos y la obligación de reparación de sus violaciones, supuestos que explican la clasificación binaria de las garantías que nos permite ir más allá de la concepción tradicional que las define sólo como instrumentos jurisdiccionales.

Al utilizar esa clasificación binaria del tipo de garantías existentes, propuesta por el garantismo, es posible identificar los dos tipos de garantías existentes en el ordenamiento jurídico. El primero de ellos correspondiente a las garantías denominadas de carácter primario, conceptualizadas como *“las obligaciones o prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones”* (Ferrajoli, 2014: 62); o bien, *“la suma de las garantías positivas y de las garantías negativas”* (Ferrajoli, 2011:40).

Estas definiciones se relacionan directamente con la primera porción del texto constitucional adoptado en el tercer párrafo del artículo primero constitucional, antes aludida, mediante la cual se estableció la obligación de *todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*. A ese tipo de obligaciones corresponderán las “garantías primarias, de primer grado o sustanciales... las garantías del primer tipo, dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados” (Ferrajoli, 2013: 631).

Por lo que, sucintamente, puede decirse que las garantías primarias son las obligaciones de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo (Ferrajoli, 2013: 631), que se convierten en “deberes positivos de prestación y deberes negativos de no lesión (que) son en efecto las situaciones pasivas activas que corresponden —como sus garantías que más adelante llamaré primarias— a las situaciones pasivas en que consisten los derechos; los primeros corresponden a los derechos positivos, los segundos a los derechos negativos” (Ferrajoli, 2013: 616). Por lo que “Todo derecho tiene como garantía primaria el deber público y/o privado, consistente en la obligación de prestación o en la prohibición de lesión que al mismo corresponde” (Ferrajoli, 2013:632).

Señalado lo anterior, procedo a explicar la naturaleza jurídica de las garantías primarias que específicamente corresponden al derecho de acceso a la información, el contenido de dichas garantías y las funciones de garantía existentes.

### 3.2. La naturaleza de las garantías primarias del derecho de acceso a la información.

Para Ferrajoli, las garantías pueden ser de tipo constitucional o legal y, aquí encontraremos un aspecto característico de nuestro sistema jurídico que nos conduce a adaptar la propuesta teórica, afortunadamente con mejores expectativas para el titular del derecho. Analicemos este aspecto con mayor detenimiento. Por garantías constitucionales debemos de entender “las garantías de las normas constitucionales sustantivas, establecidas por normas constitucionales formales de competencia” (Ferrajoli, 2013: 866); mientras que las garantías constitucionales primarias consistirían en “normas de competencia que imponen al legislador, por un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un proceso agravado” (Ferrajoli: 2013: 867).

Y es aquí donde la propuesta teórica debe matizarse ya que, para dicho autor, “Ninguna de estas dos garantías, consistentes como se ha dicho en normas de competencia, coinciden con las garantías primarias y secundarias inmediatamente correlativas a los derechos constitucionalmente establecidos. Éstas son por lo común garantías legislativas, impuestas por la garantía o implícita consistente en la obligación de una legislación de actuación. En suma, son establecidas por leyes de actuación: sean primarias o secundarias...” (Ferrajoli, 2013: 867).

Esto es así porque el constitucionalismo tradicional se había limitado a incorporar las cartas de derechos y, en tiempos más recientes, a saturar esas cartas con catálogos más amplios de derechos, habilitando al legislador ordinario a desarrollar los ordenamientos legales que regularía el marco de protección de dichos derechos, lo que Ferrajoli identifica como las garantías primarias e incluso como las secundarias. Pero, el movimiento constituyente modificó esas tendencias procediendo a integrar, además de esos listados de proclamas políticas, un conjunto de instrumentos de garantías incluidos en los propios textos constitucionales. Si bien esto había ocurrido ya en el pasado, pensemos en el artículo 123 constitucional sancionado en 1917, que terminó por adquirir una inusitada intensidad durante las últimas décadas, especialmente bajo el influjo de los movimientos identificados como constitucionalismo popular, latinoamericano e, incluso, del propio neoconstitucionalismo.

Así debemos considerar que esas obligaciones, de las autoridades, deben atenderse *en el ámbito de sus competencias*, por lo que, en consecuencia, se encuentran comprendidas en la legislación que les resulta aplicable. Se encuentra aquí un mandato directo al legislador para que, al emitir las normas jurídicas que definan competencias de las autoridades o relacionadas con los derechos humanos, defina obligaciones que permitan promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En el segundo enunciado del mismo párrafo constitucional, donde se encuentran establecidas las obligaciones de carácter procesal, estas obligaciones se atenderán

*en los términos que establezca la ley.* Se aprecia una segunda habilitación al legislador democrático para que, a través de la ley, establezca los términos que permitan al “Estado” realizar estas acciones específicas, no es ya el caso de todas las autoridades. Este deber del Estado puede entenderse como el conjunto de garantías secundarias que consistirán en las garantías procesales establecidas para corregir los actos informales ilícitos y los actos formales inválidos, que serán objeto de dos tipos de consecuencias jurídicas diferentes: la anulabilidad del acto, en el que se ha centrado el desempeño de las garantías judiciales concebidas en los términos de la propuesta tradicional y neoconstitucional; y, además, en la determinación de las responsabilidades que deberían corresponder “en caso de inactuación o de ineffectividad de las garantías del primer tipo, y más en general de violaciones jurídicas, a fin de hacer posible... una efectividad aunque sólo sea subsidiaria o de segundo grado” (Ferrajoli, 2013: 631).

Los dos enunciados del párrafo tercero establecen, a su vez, dos habilitaciones distintas al legislador democrático para, a través de la ley, definir el contenido de las obligaciones de todas las autoridades y de los deberes del Estado. Esto es, consistente con la realidad que Ferrajoli analizó, según se señaló en los párrafos anteriores de esta sección. No obstante, el párrafo primero del mismo artículo primero constitucional habilita también al poder reformador de la constitución para reconocer en ella tanto los derechos como las garantías para su protección, en cuyo caso estarían dotadas de rango constitucional.

Así, la idea de que “Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, exigen una legislación de actuación que disponga sus garantías” (Ferrajoli, 2013: 93), debe matizarse en el sentido de que, en el caso del derecho de acceso a la información pública en nuestro país, las garantías están dispuestas en la propia constitución y la legislación sólo viene a precisar con mayor detalle esos procedimientos, incluso a distribuir competencias (lo que tradicionalmente sería una función de la norma constitucional) y a determinar los procedimientos de sanción.

Más aún, toda vez que esos desarrollos legislativos se encuentran contenidos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y que, por interpretación jurisdiccional, se entiende que los contenidos de la legislación general deben ser utilizados como parámetros de validez de otras leyes, incluso de la misma jerarquía (SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 45/2016); entonces, en realidad, el diseño jurídico completo de las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública serían, a diferencia de otros derechos y de la propuesta teórica aludida, de corte netamente constitucional, lo que tendría como consecuencia que sean garantías constitucionales, en principio, “fuertes”.

3.3. Las garantías primarias constitucionales del derecho de acceso a la información.

Es en el artículo sexto constitucional donde se define al derecho de acceso a la información, a sus titulares y a los titulares de la obligación jurídica que genera,

norma que también precisa las obligaciones inmediatamente relacionadas con el derecho, las que pueden identificarse como sus garantías primarias, a saber:

- a) La obligación de los sujetos obligados de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones;
- b) La existencia de mecanismos de acceso a la información;
- c) El deber de los sujetos obligados de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados; y,
- d) La publicación, a través de los medios electrónicos disponibles, de la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.

Procedo ahora a analizar de manera detallada el contenido y las implicaciones de cada una de las cuatro garantías primarias constitucionales mencionadas del derecho de acceso a la información.

### 3.3.1. La obligación de documentar.

Si tienen algo en común estos procedimientos de garantía primaria es, precisamente, que la información se asienta en documentos cuya generación, preservación, clasificación, ordenación y descripción, resulta esencial para cumplir con el conjunto de las obligaciones inmediatamente relacionadas con el derecho de acceso a la información.

No es por ello menor el interés que los comentaristas del artículo sexto han mostrado en la labor archivística, ya que *“(e)llo significa, en primer término, el reconocimiento pleno del Constituyente permanente de que un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información supone la existencia de archivos administrativos actualizados y confiables. Más allá de lo anterior, implica una obligación implícita para los sujetos obligados de documentar sus actividades y de mantener esta información de manera que se permita su utilización y consulta de manera organizada”* (López, 2016: 518) ya que, como también se refiere *“en el derecho de acceso a la información el Estado tiene la obligación de poner a disposición del público los archivos y datos generados por sus órganos constitutivos”* (Villanueva, 2006: 23).

En el ámbito internacional, resulta bastante ilustrativo el papel que la Corte Interamericana de Derechos Humanos asigna al tema a través de diversos pronunciamientos para justiciar conductas derivadas de la inexistencia de los documentos y la forma cómo ese tipo de declaraciones de las autoridades nacionales afectan la garantía de diversos derechos, entre ellos el de acceso a la información; vale la pena destacar el siguiente pronunciamiento:

*211. A criterio de este Tribunal, el Estado no puede ampararse en la falta de prueba de la existencia de los documentos solicitados, sino que, por el contrario, debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía. Resulta esencial que, para garantizar el derecho a la*

*información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso. Alegar ante un requerimiento judicial, como el aquí analizado, la falta de prueba sobre la existencia de cierta información, sin haber indicado, al menos, cuáles fueron las diligencias que realizó para confirmar o no su existencia, posibilita la actuación discrecional y arbitraria del Estado de facilitar o no determinada información, generando con ello inseguridad jurídica respecto al ejercicio de ese derecho. Cabe destacar que el Primer Juzgado Federal ordenó a la Unión el 30 de junio de 2003 la entrega de los documentos en un plazo de 120 días, pese a lo cual pasaron seis años, en los que la Unión interpuso varios recursos, hasta que la misma se hizo efectiva lo que resultó en la indefensión de los familiares de las víctimas y afectó su derecho de recibir información, así como su derecho a conocer la verdad de lo ocurrido” (CoIDH, caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia, Serie C No. 219: 211).*

Este criterio ha sido sostenido en diversos precedentes adicionales y abordado, desde otras perspectivas, en siete sentencias más: *Hermanas Serrabo Cruz vs. El Salvador*. *Goiburú y otros Vs. Paraguay*. *Gelman Vs. Uruguay*. *Contreras y otros vs. El Salvador*. *Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, *García y familiares vs. Guatemala*. *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

Coinciden con dichos criterios las opiniones de los especialistas en la materia, quienes han manifestado que *“...la gestión de los archivos puede ampliar o restringir el desarrollo de una ley de transparencia. Uno de los mayores obstáculos para el cumplimiento eficaz del acceso a la información pública es la existencia de archivos deficientes y desatendidos, merced a la falta no sólo de criterios técnicos y de profesionalización para la gestión y manejo de los documentos administrativos, sino por la existencia de una ley especializada en materia de archivos vigente y actuante, además de asociada a la transparencia”* (Peschard, 2017: 245). Además, *“La primera de ellas consiste en esta obligación doble, primero de documentar todo aquello que se realiza en el ámbito de las funciones y atribuciones de los sujetos obligados ya que si las autoridades no asientan en documentos las decisiones que toman, difícilmente alguien va a poder acceder a esta información para reconstruir la verdad sobre los hechos a los que se refieren* (Luna, 2018: 107 y 108).

De estas breves referencias puede apreciarse lo importante que es, para el derecho de acceso a la información, el deber de los sujetos obligados de documentar sus decisiones y preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados, lo que claramente se resume en la siguiente paráfrasis de la Declaración Universal sobre los Archivos del Consejo Internacional de Archivos de 2011: *“...el carácter esencial de los archivos para garantizar una gestión eficaz, responsable y transparente”*.

Para desarrollar con mayor detalle los procedimientos que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones constitucionalmente definidas, en la misma reforma constitucional de 2014, se mandató al Congreso de la Unión expedir tres

leyes generales: la de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la de Archivos.

Lo que ocurrió, siguiendo una ruta que respondió a las condiciones de emergencia social, al proceso de concertación política que caracterizó al sexenio anterior, pero no a una lógica de consolidación institucional. Así, en primer lugar, se expidió la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en mayo de 2015; después la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada en enero de 2017; y, por último, la Ley General de Archivos, publicada el 15 de junio de 2018.

En ocasiones se ha puesto en duda si esa ruta fue la correcta, ya que la inmediata entrada en vigor de la legislación de acceso a la información permitió la continuidad de una dinámica previa e imposible de detener: la apertura de la información pública. Todo eso ocurrió sin que se hubiera consolidado el modelo de protección de los datos personales que abundan en la información en posesión de las autoridades; lo que provocó que, en no pocas respuestas, se expusiera información susceptible de protegerse por la causal de confidencialidad. Incluso, durante la substanciación del recurso de revisión, ese tipo de información se divulgó indebidamente por la falta de cuidado de los sujetos obligados.

Algo similar ocurrió en materia de archivos. La carencia de rigor en el desempeño de las funciones administrativas; la falta de disposiciones jurídicas aplicables en estados como Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas, por ejemplo; y, la

deficiente gestión documental, fueron causas de que en diversas solicitudes de acceso a la información se negara dicho acceso. Los plazos de las respuestas se extendieron injustificadamente a través de prórrogas porque no se localizó a tiempo la información y, en los casos más extremos que se relacionan directamente con esta obligación de documentar las acciones de los sujetos obligados, la información no se entregó porque supuestamente no existía, sin precisar si ello se debía a que no se generó en su momento o porque se hubiera extraviado.

De esta manera, el país entró a un proceso en el que el diseño más reciente del régimen jurídico de protección del derecho de acceso a la información carecía de los presupuestos esenciales para garantizar su efectividad; esencialmente, de un desarrollo uniforme, adecuado, homogéneo y actualizado de procedimientos administrativos de gestión documental, lo que tendría consecuencias en la tutela final del derecho.

Para tratar, en alguna medida, de evitar estos problemas, en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública se incluyeron disposiciones para hacer frente, en esos momentos, a la inexistencia de los otros dos cuerpos normativos; porciones de la ley que hoy sirven de puente comunicativo entre las tres leyes generales. En materia de la obligación específica que analizamos, el deber de documentar, estas disposiciones jurídicas específicas son las siguientes:

Sobre el deber de documentar las decisiones de los sujetos obligados, se debe considerar lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley General en cuestión,

que regulan el deber de documentar la noción de presunción de existencia de la información y las consecuencias que de ello se derivan, acompañados de los artículos 138 y 139, que definen las medidas para investigar y sancionar las inexistencias injustificadas de información, como consecuencia de diversas causas, una de las cuales corresponde al hecho de no haber documentado las decisiones adoptadas, y otra al de no haber documentado, debido a no haber ejercido las facultades, competencias o funciones.

Como se aprecia, en el artículo sexto constitucional se estableció el deber de los sujetos obligados de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, por lo que se habilitó al legislador para precisar en la ley los supuestos de procedencia de la declaratoria de inexistencia. Ese mismo mandato se refrendó en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, mediante el artículo 18.

Este deber es esencial, ya que el derecho de acceso a la información consiste fundamentalmente, aunque no se agote en esta condición general, en el acceso “a los documentos en donde versa dicha información, los cuales deben cumplir con estos principios (disponibilidad de la información y máxima publicidad), además de otros como son los de oportunidad, confiabilidad, veracidad, entre otros” (Islas, 2016: 99); esto es así ya que los documentos “contienen la información sobre el ejercicio de las funciones de las autoridades, sus decisiones y actuaciones, es decir, los documentos de archivo guardan la información de primera mano, exactamente como se va originando en el ejercicio cotidiano del poder” (Peschard, 2017: 244).

No es casual que la Ley General de Archivos defina al documento de archivo como “aquel que registra un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, producido, recibido y utilizado en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados, con independencia de su soporte documental” (art. 4 fracción XXIV). Mientras que la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública definió a los documentos como “los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o bien, cualquier otro registro que documente el ejercicio de las facultades, funciones y competencias de los sujetos obligados, sus Servidores Públicos e integrantes, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico” (art. 3 fracción VII).

Más allá de las diferencias que podemos encontrar en ambas definiciones (la ley de transparencia establece un catálogo inicial, no restrictivo, de distintos tipos de documentos; mientras que, la Ley de Archivos, presenta una catalogación a partir de los distintos valores primarios de los documentos: administrativo, jurídico, fiscal o contable); hay un factor común: los documentos son registros del ejercicio de las facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados.

Como se señaló en el módulo anterior, las personas ejercen su derecho de acceso a la información como un instrumento de control social sobre los actos emprendidos

por los servidores públicos al desempeñar sus atribuciones, en la medida en la que las personas accedan a los documentos que recogen el testimonio, realmente existente, de la forma como se ejercieron las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, se pueden hacer una idea del comportamiento de los agentes del Estado y proceder, frente a ese comportamiento, ahora conocido, de distintas maneras. Por ello resulta tan importante que los servidores públicos generen esos testimonios de la forma como desempeñan las funciones que tienen encomendadas, documenten sus decisiones en tiempo real ya que, mientras más cercana sea la fecha de generación de documento a la fecha en la que haya ocurrido algo, mayor será su confiabilidad como testimonio real y no prefabricado con fines posteriores de justificación (Peschard, 2017: 244). El reto más importante que existe, al respecto, consiste en modificar el comportamiento gubernamental actual en el que prevalecen deficiencias importantes en la garantía del derecho por la falta de documentación de los actos de la autoridad (Luna, Opinión Particular 3266/INFOEM/IP/RR/2016).

Otro aspecto común, si bien en el caso de la legislación de archivo se contenga en una referencia bastante parca (con independencia de su soporte documental) y que tiene un mayor desarrollo en la legislación de acceso a la información (podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico), consiste en el soporte de la información lo que tiene también una gran repercusión y pretende adaptarse a la realidad tecnológica actual. Los documentos no responden a la concepción tradicional de documentos escritos o impresos, sino que también incluyen a los electrónicos, y no son solamente aquellos que se

componen por un conjunto de caracteres escritos alfanuméricamente e inmóviles, incluyen también a la imagen en su modalidad fija o en movimiento y a los sonidos, lo que amplía considerablemente las fuentes de acceso público que gestionan los sujetos obligados, e integra los novedosos espacios de almacenamiento y las fuentes mismas, pasando de los anaqueles y del papel, no sólo a las computadoras, incluso a los teléfonos mismos y alude a los correos electrónicos, a las publicaciones en redes sociales y a los mensajes instantáneos.

La legislación parece totalmente clara e irrefutable: Cuando un sujeto obligado ejerza las facultades, competencias o funciones que tiene legalmente establecidas y que justifican su existencia, la asignación de recursos y su labor cotidiana, siempre deberá de generar los testimonios de su labor, asentando esa información en documentos que pueden ser recopilados en los distintos soportes ya señalados y a los que pueda acceder, en principio, cualquier persona.

La regulación contenida en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece, en su artículo 19 párrafo segundo, algunas condiciones justificadas en las que esta obligación puede omitirse, siempre y cuando la facultad, competencia o función no se haya ejercido; pero, impone igualmente el deber de que se expliquen las razones que motivan su no ejercicio. Como esta condición trata de un límite al derecho, la enuncio aquí y la analizaré con mayor amplitud en el módulo quinto de la presente investigación.

El marco normativo existente incluye un procedimiento que permitiría, en la fase de atención de las solicitudes de acceso a la información, otra de las garantías primarias del derecho, la que analizaré más adelante, y que consiste en adoptar claramente medidas de reparación de la afectación al derecho de acceso a la información, generada por la inexistencia de la documentación, que se aplica ante diversas conductas, entre ellas que no se hubiera generado. Curiosamente se trata de un procedimiento que se desahoga en la sede del responsable del titular de la obligación que genera el derecho, y podría detonarse para responder a las solicitudes de acceso a la información pública o al momento de cumplir las resoluciones que emiten los órganos garantes, al concluir el proceso del recurso de revisión que promueve el titular del derecho ante las afectaciones generadas por los sujetos obligados.

Cuando un titular del derecho de acceso a la información promueve una solicitud ante un sujeto obligado, deben emprenderse una serie de acciones para cumplir con el deber de entregar la información, obligaciones a las que más adelante me referiré en este módulo. La primera consiste en su búsqueda. La legislación también contempla los supuestos que disciplinan aquellos casos en los que, después de la búsqueda de la información, no se encuentra o se considera que no existe, por distintas razones posibles. En este momento me refiero exclusivamente a la inexistencia de la información por no haber sido generada.

El artículo 138 de la Ley General previamente aludida, establece diversos supuestos al alcance del Comité de Transparencia del sujeto obligado en cuestión.

Pero, por el momento, me centro en lo que establece su fracción III: “Ordenará, siempre que sea materialmente posible, que se genere... la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de manera fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia”.

Esto implica una medida inmediata y a disposición del sujeto obligado, para evitar que una omisión de sus integrantes termine afectando el derecho de acceso a la información. Veamos el supuesto con detalle.

Por mandato constitucional y legal, los sujetos obligados deben documentar todo aquello que se relaciona con el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. Se sobreentiende que ese proceso de documentación ocurre cuando se están ejerciendo las facultades, o en momentos posteriores pero muy próximos a los hechos. Si una persona solicita acceder a información que se relaciona con esas atribuciones, se presume su existencia. Por lo que, cuando un titular del derecho de acceso a la información acude ante un sujeto obligado para ejercerlo y solicita información relacionada con algún aspecto que forme parte del marco legal de actuación de las instituciones, debe iniciarse el procedimiento de búsqueda y localización de la información. El resultado de esa búsqueda puede ser que no se cuenta con la misma porque, en su momento, la facultad, competencia o función fue ejercida pero no fue documentada.

Esa omisión representa una posible violación al derecho ya que aquella información, a la que pretende acceder el titular del derecho, no existe porque no se atendió a la obligación de documentar el ejercicio de las funciones legalmente establecidas. Pero, si el sujeto obligado responde, como desgraciadamente ocurre con frecuencia, señalando simplemente que no existe la información, el titular del derecho puede apreciar la afectación que se le ha generado. Si la persona pretende acceder a una información que, legalmente debía generar el sujeto obligado ¿cómo puede ser que respondan simplemente que no se cuenta con ella? Esa afectación implica iniciar ahora un proceso de impugnación de la respuesta por su posible violación al derecho.

En lugar de ese tipo de respuestas deficientes, el artículo 138 ya aludido establece un procedimiento disponible para el sujeto obligado al que, repito, desgraciadamente no se acude ante estos supuestos. En lugar de señalar que no se cuenta con la información, el titular de la Unidad de Transparencia debe acudir al Comité de Transparencia para informar de esta carencia de la información y de los elementos que le permiten apreciar que, sin embargo, la facultad, competencia o función si se ejerció. Lo anterior con la finalidad de que esta instancia acuerde ordenar, cuando materialmente sea posible, la generación de la información. Ahora bien, si se encontraran en el caso de que no se cuenta con la información y no se tiene la certeza de que las facultades se hayan ejercido, puede razonablemente considerarse que el posible no ejercicio es la causa de que no se generara la

información, en cuyo caso el Comité de Transparencia debe exponer, de manera fundada y motivada, las razones por las que no se ejercieron las atribuciones.

Pero regresemos al primero de los dos supuestos. Si bien es posible que al momento de ejercer la facultad, competencia o función legalmente establecida no se cumplió el mandato de documentar los actos, en un momento posterior, en el mediano o largo plazo, cuando un titular del derecho promueve una solicitud de acceso a esa información, y el resultado de la búsqueda es su inexistencia, el procedimiento permite reparar la omisión y generar, cuando materialmente sea posible, esa información, lo que permitiría cumplir con el mandato constitucional de documentar los actos y responder a la solicitud, lo que evitaría, entonces, una afectación al derecho del titular. O, en su defecto, por lo menos para justificar las razones por las que la atribución no fue ejercida.

Si se observara este procedimiento, a disposición del sujeto obligado, evitaría la impugnación que tiene que promover el titular del derecho frente a una respuesta simple y vaga que niega la información, por no existir sin que el sujeto obligado emprenda el mínimo esfuerzo para evitar la afectación al derecho.

Cierto es que en algunos casos no es posible generar la información y las facultades, competencias o funciones si se ejercieron, supuesto que no podría solventarse con la manifestación justificada de causas de no ejercicio. En estos casos se tendrán que observar las medidas de reparación que se analizarán a detalle en la sección de las garantías secundarias.

Debe destacarse que esta medida, de clara naturaleza reparadora de posibles afectaciones al derecho de acceso a la información, por el incumplimiento del deber de documentar los actos derivados del ejercicio de las facultades, competencias o funciones, se encuentra disponible desde las primeras fases del procedimiento de acceso a la información; y, debe destacarse el hecho frecuente, cometido por parte de los sujetos obligados, de no acudir al mismo antes de responder negando la información por su inexistencia, acciones que resultan claramente contrariar incluso al mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien se ha pronunciado en el sentido de que se “debe fundamentar la negativa a proveerlos, demostrando que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobar que, efectivamente, la información solicitada no existía” (*CoIDH, caso Gomes Lund y otros [Guerrilha do Araguaia], Serie C No. 219: 211*).

De todas las garantías primarias del derecho de acceso a la información, ésta es la más esencial ya que, si se omite su cumplimiento, la información simplemente no existirá y, cuando se pretenda ejercer el derecho, el titular del derecho recibirá por respuesta la nada. Desgraciadamente esa nada, que debería ser un supuesto realmente hipotético es, en realidad, un supuesto de uso frecuente.

Como refieren algunos autores, uno de los riesgos más importantes que debilita la protección del derecho de acceso a la información, es el intento deliberado de las autoridades por no documentar las decisiones que adoptan en el ejercicio de sus

funciones, facultades y competencias (Peschard, 2017: 269). Esto se puede ejemplificar con dos casos ocurridos en el Estado de México.

En 2017, el presidente municipal de Nezahualcóyotl, Estado de México y la, en ese entonces, delegada de Iztapalapa de la Ciudad de México, organizaron una conferencia de prensa para anunciar un programa de reordenamiento del comercio que utilizaba la vía pública en la zona limítrofe de las demarcaciones bajo su administración. Se realizó entonces un evento, se registraron sus declaraciones en un boletín de prensa que se difundió a través del sitio electrónico oficial del sujeto obligado mexiquense. Tiempo después, una persona le solicitó al municipio acceso a dicho programa. La respuesta que recibió el peticionario fue: no existe el documento porque un programa no es, necesariamente, un documento.

A pesar de que se trataba del ejercicio de una facultad legalmente establecida, que se ejerció y de la que se informó incluso en el sitio electrónico oficial, los servidores públicos simplemente omitieron su deber de documentar la acción. En consecuencia, carecían del registro del ejercicio de su función y, al no contar con el documento, se veían impedidos de atender el ejercicio del derecho de acceso a la información. El titular de la obligación que genera el derecho fue omiso en cumplir una de las obligaciones que la relación jurídica genera: el deber de documentar el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones; lo que tuvo como resultado, que cuando un titular del derecho pretendiera ejercerlo recibiría como explicación que no era posible entregar la información, porque un programa no es necesariamente un documento. Explicación, a todas luces, insuficiente.

Evidentemente, alguien falló en el cumplimiento de su obligación lo que, además de la responsabilidad administrativa que esto pudiera implicar, provocó una afectación al derecho de acceso a la información de quien pretendía acceder a la información y que, ante esa respuesta, se vio en la necesidad de acudir al órgano garante promoviendo su respectivo recurso de revisión (INFOEM, 3266/INFOEM/IP/RR/2016).

La resolución que emitió el órgano garante encontró responsable al sujeto obligado por la violación del derecho en cuestión, por lo que ordenó la generación del documento y su entrega, como medio para la reparación del derecho, lo que finalmente ocurrió garantizando plenamente el ejercicio de ese derecho, lo que pudo haber hecho el municipio desde el principio, al atender adecuadamente la solicitud de acceso a la información.

Otro caso, también en el Estado de México, ocurrió en Ecatepec. Con motivo de la inauguración del Sistema de Transporte Teleférico, algún servidor público consideró que la vista que se tenía durante el trayecto de dichas unidades de transporte resultaba bastante agreste. Consideremos que, desde ese espacio, se observan terrenos donde los vecinos practican fútbol, señalo terrenos y no canchas o campos, porque, en la zona, dichos espacios son simplemente de tierra y de piedras sueltas. Se pensó que los altos funcionarios del estado que realizarían el recorrido, durante la inauguración del sistema, debieran tener una mejor vista, se tomaron algunas medidas para que el día del evento esos terrenos amanecieran

cubiertos por pasto sintético, material que, desgraciadamente, no se quedó para beneficiar a los deportistas y usuarios, sino que días después fue retirado.

Ante este hecho, alguna persona, quizá agraviada o inquieta por tal decisión, decidió investigar quién había ordenado la renta de ese material, a quién se le había comprado y cuánto había costado, requiriendo además las facturas respectivas. La respuesta, confirmada desgraciadamente por el órgano garante consistió en que no existía información al respecto (3357/INFOEM/IP/RR/2016). A pesar de que los servidores públicos realizaron acciones para ejercer facultades legalmente establecidas, no obstante que se utilizaron recursos públicos para rentar el pasto sintético, no se documentaron tales acciones y, cuando se pretendió ejercer el derecho, fue prácticamente imposible.

Aquí están las dos caras del mismo problema. En ambos casos, el acto del sujeto obligado existió, y correspondió al ejercicio de facultades, competencias o funciones, pero no se cumplió el deber de documentar. En los dos casos ejemplificados, alguien más pretendió ejercer su derecho de acceso a la información lo que sería útil para verificar si, al realizar esas acciones, los agentes del Estado cumplieron y de qué forma, con sus obligaciones legales. Y en los dos asuntos, el ejercicio del derecho de acceso a la información se afectó por el incumplimiento de la autoridad de una de sus obligaciones en relación con el derecho, quizá la más inmediata y esencial: el deber de documentar sus decisiones. Los dos titulares del derecho recurrieron al órgano garante para inconformarse por estas acciones y en uno de los casos triunfó la decisión de corregir y, de esta

manera, lograr que el régimen constitucional de protección prevaleciera, al ordenarse que se generara y entregara la información, con lo que se consiguió la reparación del derecho afectado.

No podemos ignorar que los riesgos que enfrenta el derecho de acceso a la información y, con él, la necesidad de que las personas cuenten con instrumentos eficaces para someter a control los actos de los agentes públicos, no van a desaparecer y, por más que esa materia avanza, persisten los intentos de la autoridad para eludir sus obligaciones. Lo anterior ya lo habían señalado antes diversos autores (Alasdair, 2009:197) Que esta tendencia se detenga y se revierta depende de que las garantías primarias sean realmente efectivas, en la medida en que prevalezca un régimen de reparación pronto, expedito y adecuado, al que me referiré más adelante.

Pero debe enfatizarse la importancia de este mandato constitucional que configura esta inicial garantía primaria del derecho de acceso a la información, ya que "(l)a administración pública documenta todas sus acciones, sea que se trate de trámites rutinarios o de proyectos y acciones sustantivas y complejas. Los documentos son probatorios de eventos y procesos de gestión, permiten la comunicación formal entre las áreas internas de una institución y son testimonios de un alto valor jurídico para las organizaciones y los propios ciudadanos" (Ramírez, 2016, 2:17).

En los registros documentales queda el testimonio del ejercicio del poder público, las decisiones, en ocasiones las razones que las justifican y el ejercicio de los

recursos públicos. El mejor contexto para cualquier acto indebido es, precisamente, la opacidad y el insano interés por asegurar que no se registre para que, en consecuencia, los propósitos indebidos no puedan percibirse o comprobarse, se logre el insano cometido de que la acción permanezca oculta, se consigan los propósitos y beneficios perseguidos y ocurra sin consecuencias. Para que la transparencia y el derecho humano de acceso a la información sean efectivos y respondan al efecto útil que fundamenta su reconocimiento y configuración, se requiere que se observe el primer deber de todo sujeto obligado: documentar lo que realicen en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, sin quedar disponible, bajo el discrecional criterio de los servidores públicos, si este deber se cumple o no.

A pesar de que en la actualidad persisten las posibilidades y oportunidades para que los servidores públicos premeditadamente omitan cumplir con la obligación de documentar sus acciones indebidas, las que de conocerse pueden provocar el inicio de diversos procedimientos de responsabilidades. El desarrollo tecnológico y la complejidad de nuestras sociedades van disminuyendo progresivamente el margen de posibilidades de las autoridades y, aun cuando ocurran, cada día resulta más difícil que consigan su propósito de borrar por completo y esconder los actos indebidos.

Partamos de una idea. La sociedad actual es una sociedad cada vez más compleja, en su organización, en sus procedimientos y en su funcionamiento. Uno de los factores que inciden en esta significativa complejidad consiste en el vertiginoso

desarrollo tecnológico que hoy consolida a la sociedad como una sociedad de la información. La revolución del internet y los niveles de conectividad son significativos. En México, se reportaron cifras para 2018 que sitúan en 80.6 millones los usuarios de internet, el 70.1% de la población (SCT, 2020). La existencia de una infraestructura tan poderosa para compartir información obliga al mercado a desarrollar y favorecer el acceso a equipos capaces de crear, difundir, reproducir, la información que circula. Al cierre del segundo trimestre de 2017, en México existían 112.8 millones de líneas telefónicas móviles, 85% de las cuales utilizaban teléfonos independientes (López Dóriga, 2017).

El actual desarrollo de las sociedades hace posible que existan medios tecnológicos capaces de registrar el contenido de casi cualquier circunstancia; al existir el registro, esos mismos medios permiten su difusión, reproducción y divulgación en cualquier lugar del mundo, en una fracción de segundos.

Esto ha transformado tanto a nuestras sociedades que provocó, regresando a un ejemplo ya aludido, que el mismo Papa Francisco I, en alguna homilía, llamara a la feligresía a levantar sus corazones en lugar de los celulares (Doug y Gallagher, 2017), porque los asistentes a la misa estaban grabando y transmitiendo dicho acontecimiento a personas que no estaban necesariamente en ese mismo lugar y que podrían acceder a la información en ese instante o en cualquier otro momento. El desarrollo tecnológico rompió así la dimensión espacial y temporal que los medios masivos de comunicación tradicionales habían logrado; pero, también hizo añicos el monopolio de la comunicación que detentaron, durante varias décadas,

los propietarios de los medios tradicionales de comunicación ya que, en la actualidad, las funciones de emisor masivo de información son accesibles casi para cualquier persona, sin necesidad de grandes requerimientos de tecnología, sólo basta con que cuente con un aparato telefónico “inteligente” y con acceso a la internet.

Para apreciar la forma como este vertiginoso desarrollo tecnológico provoca que resulte cada vez más difícil que los propósitos indebidos y las acciones repudiables queden sin registro y, en consecuencia, se pierdan, hago alusión a un acontecimiento especialmente dramático para el país. La noche del 26 de septiembre de 2016, estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa, Guerrero, y un equipo de futbol de la zona, fueron reprimidos, heridos, detenidos y 43 de ellos, desaparecidos y asesinados. Estos hechos, que ocurrieron en Iguala, Guerrero, debido a una respuesta desproporcionada por parte de las autoridades supeditadas al crimen organizado, en conjunción con una actuación omisa e irresponsable de los elementos militares destacados en la zona, reflejaron una forma de ejercer el poder, subordinada a los intereses de grupos delictivos.

Si bien hasta ahora no se ha logrado descubrir la orden directa para desaparecer a los estudiantes, ni el lugar en el que fueron confinados o eliminados, debemos apreciar las condiciones que muestran el grado de complejidad de nuestra sociedad, al igual que el desarrollo tecnológico que permitió que este acto de poder se registrara, se documentara, se informara y se comunicara masivamente, todo lo cual tuvo un impacto en el desarrollo inmediato del sistema político: el fin de la

legitimidad de un régimen que había apostado su éxito en sus capacidades de concertación entre la clase política.

Las víctimas de este grave acontecimiento fueron personas de extracción humilde. Por un lado, se tenía a los integrantes de un equipo de fútbol y, por el otro, a estudiantes pobres que optaron por educación en la Escuela Normal en Ayotzinapa, como única alternativa para recibir una mediana formación que les permitiera cambiar su rol social. Son estudiantes que difícilmente van a librarse de las condiciones de marginación y pobreza de las comunidades en las que viven. Los egresados de esa Normal no van a encontrar trabajo en escuelas particulares u oficiales en la capital del país, tampoco van a ascender en la escala social; a duras penas ocuparán alguna plaza en las escuelas de sus propias comunidades. Ahora, desde la perspectiva geográfica, Iguala, en el estado de Guerrero, si bien es el tercer municipio más poblado de ese estado, se encuentra en la zona norte de la entidad, a 190 kilómetros de la Ciudad de México. Cuenta con una radiodifusora de AM y cuatro de FM, así como con un canal de televisión local. Se trataba de un grupo de personas socialmente desfavorecidas en un contexto político adverso, en condiciones geográficas relativamente lejanas que dificultan su comunicación y, por si algo faltara, los hechos ocurrieron en el sigilo de la noche en una ciudad cuya población, atemorizada por los hechos, buscó ocultarse en sus casas.

Debe recordarse que los estudiantes se habían dado a la tarea de tomar camiones para trasladarse a actos de protesta próximos a la fecha indicada; al parecer, uno de esos autobuses contenía oculta, sin que fuera de su conocimiento, droga. De ahí

la virulenta y desproporcionada reacción del crimen organizado y el uso de las fuerzas policiacas, sometidas al control de esos grupos.

Desde el primer momento en que ocurrieron los acontecimientos descritos, los actos de poder (la represión y las detenciones) se documentaron y, al existir esos registros, fue posible que se informaran, se comunicaran, circularan. Los muchachos grabaron con sus teléfonos los enfrentamientos, tomaron fotografías, mandaron mensajes por Whats App, informaron a los reporteros gráficos y a los de las cadenas de radio de Chilpancingo, quienes no dudaron en trasladarse a Iguala (Riva Palacio, 2018). Las noticias de los trágicos acontecimientos ocurridos irrumpieron, poco a poco, en el escenario nacional cimbrando hasta sus cimientos al sistema político. El acceso de la sociedad a la información no generada por los sujetos obligados, pero que registraba el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones con los rasgos de ilegalidad, uso desproporcionado de la fuerza y la comisión de conductas totalmente reprobables propiciaron que, después de esa noche en Iguala, el curso de la reproducción del sistema político mexicano ya no fuera el mismo, que llegara a un punto de quiebre. La libre circulación de la información permitió echar andar diversos procedimientos de control social de los actos de las autoridades, y su impacto en la opinión pública fue de proporciones significativas. En este caso puede apreciarse cómo, a pesar del intento de los funcionarios de no registrar en documentos sus decisiones para tratar de que éstas pasaran desapercibidas o pudieran ocultarse, lo que resulta cada vez más difícil.

Al caso de Ayotzinapa se sumaron otros acontecimientos en los que el uso indebido del poder público terminó por acreditarse al no conseguir el propósito accesorio de sus protagonistas, borrar sus huellas, disimular sus conductas y ocultar sus actos. Previamente, durante la investigación de la Casa Blanca del presidente Peña, pero especialmente en la “Estafa Maestra” se logró, a partir del seguimiento de la información existente en posesión de los sujetos obligados, reconstruir las conductas indebidas que trataron de simularse y derrotar así el intento de borrar y ocultar las evidencias documentales de esas conductas.

Es así como aprecio que el registro de los actos de los sujetos obligados, en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, informa los contenidos del poder, lo que resulta ser condición esencial para garantizar el derecho de acceso a la información de las personas y, además, permitir que quienes conozcan esos contenidos puedan proceder por distintas vías para someter a control dichas actuaciones. Acceder a esa información y su circulación misma son esenciales para la reproducción del sistema político a partir de la selección que, la doble contingencia contenida en cada acto de comunicación permite (Luhmann, 2005:9). Puedo deducir entonces que garantizar el derecho de acceso a la información es, incluso, un factor esencial para la reproducción del sistema político en sociedades modernas, complejas y democráticas como la nuestra, entendiendo que un factor esencial de ese proceso de reproducción deriva del grado de legitimidad que el ejercicio del poder necesita y que no puede provenir sino del consenso social.

Cierto es que no en todos los casos es posible documentar los actos de poder y que sigue prevaleciendo la pretensión de los servidores públicos involucrados por impedirlo. En el ejemplo de Ayotzinapa aún faltan piezas centrales para reconstruir la verdad y resolver el caso; cierto es que aún existen algunos márgenes para que los funcionarios no documenten todas las decisiones que adoptan y las acciones que ejecutan. Pero es aquí donde las medidas de reparación deben de hacerse valer para asegurar la efectividad de las garantías primarias.

3.3.2. La obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

De la anterior obligación, documentar los actos de los sujetos obligados en cumplimiento de sus mandatos legales, se desprende la siguiente: Resguardar esos documentos en archivos administrativos actualizados. Esta obligación establecida desde 2007, es también un presupuesto esencial para que el derecho de acceso a la información sea efectivo. Así como es indispensable que se generen los documentos, resulta de la mayor relevancia que esos documentos se organicen, se clasifiquen con un orden previamente establecido que permita identificar en dónde se encuentran y cuánto tiempo deben de conservarse para que se pueda garantizar su acceso. Al respecto se ha dicho que una vez que se generaron, *lo indispensable es que estos documentos no se pierdan, sino que se organicen y conserven en archivos administrativos actualizados*" (Luna, 2018: 107 y 108).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, mediante la sentencia a una acción de Tutela, la T-216 de 2004, determinó la violación a los derechos humanos de un ciudadano que pretendió acceder a información de una empresa del Estado porque no existía un archivo con la información sistematizada, considerando que resulta necesario que las instituciones públicas cuenten con mecanismos de organización que contengan un sistema de clasificación racional de los documentos, ya que un archivo *“no es un ‘arrume de costales’ que contengan documentos o la colocación de folios y expedientes de manera ‘ordenada’ físicamente”*.

Precisamente por ello es por lo que la más reciente reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública, a la que constantemente hago referencia, modificó diversos artículos del texto constitucional, dispuestos en sus secciones dogmática y orgánica. Por lo que corresponde a los artículos reformados, en la parte orgánica de la Constitución, destaca la reforma al artículo 73, de las facultades del Congreso, al que se agregaron las fracciones XXIX-S y XXIX-T, me refiero a continuación a la última de estas fracciones que a la letra dice:

*Artículo 73. ... I. a XXIX-R. ...*

*XXIX-S. ...*

*XXIX-T. Para expedir la ley general que establezca la organización y administración homogénea de los archivos en los órdenes federal, estatal, del*

*Distrito Federal y municipal, que determine las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos.*

Ese decreto contempló, en su régimen de transitoriedad, un mandato al Congreso de la Unión para expedir la Ley General del Artículo 6o. de la Constitución, así como las reformas correspondientes a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, a la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares, al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, así como a los demás ordenamientos necesarios, en el plazo de un año contado a partir de la fecha de la publicación del decreto.

De ese decreto ha derivado la idea generalmente compartida de la existencia de tres pilares esenciales en la materia: Los derechos de acceso a la información pública, de protección de los datos personales y el de gestión documental. De la estrecha vinculación de estos tres campos de la reforma, se configura un espacio de presupuestos básicos para la existencia común de los derechos, la definición de límites y fronteras, las tensiones y formas de su solución.

El proceso seguido en otros países para implementar las políticas de transparencia y apertura de la información ha destacado la necesidad de consolidar los presupuestos necesarios para garantizar la efectividad de estas acciones. *“No es casual que en el Reino Unido se haya aprobado la Ley de Transparencia en el año 2000 y que el legislador estableciera una vacatio legis de cinco años, a fin de dar tiempo para que*

*las dependencias gubernamentales se dieran a la tarea de ordenar y preparar los archivos públicos y sólo después estar en condiciones de ofrecerlos para el conocimiento de las personas. Por esta razón, no fue sino hasta 2005 cuando la Comisión de Transparencia empezó a atender solicitudes de información pública de parte de particulares” (Peschard, 2017: 246).*

En México, como ya lo referí, seguimos una ruta diferente. Se atendió la prelación establecida en la reforma constitucional, que ordenó que se expidieran leyes generales, dejando para el final la expedición de la Ley General de Archivos, lo que ocurrió en 2018, la que, además, entró en vigor hasta 2019.

El que la Ley General de Transparencia entrara en vigor al día siguiente de su publicación en 2015, y con ello que el arranque de esta nueva fase de tutela del derecho de acceso a la información ocurriera sin que los supuestos previos de una correcta y homogénea gestión documental estuvieran debidamente consolidados, generó respuestas que defraudaban el derecho de acceso a la información.

La falta de una regulación homogénea en el país, así como la heterogeneidad de legislación fue el contexto del arranque del nuevo diseño legal de tutela del derecho de acceso a la información. Una muestra de este segundo aspecto consiste en el espectro existente de regulación en materia de archivo al arranque del proceso de tutela del derecho que estudiamos. Consideremos que para 2016, cuatro estados carecían de legislación local en la materia (Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas); dos estados contaban con legislación aprobada antes de 1990

(Estado de México y Yucatán); cuatro con normas expedidas entre 1990 y 1999 (Baja California Sur, Chiapas, Jalisco y Veracruz); trece entidades con legislación emitida entre 2000 y 2009 (Baja California, el en ese entonces Distrito Federal, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo y Tabasco); y, nueve entidades con leyes aprobadas en la última década (Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Nayarit, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas) (Inai, 2019: 33-36).

En el ámbito federal, si bien se contaba con la Ley Federal de Archivos de 2012, su reglamento de 2014 y los Lineamientos Generales para la Organización y Conservación de Archivos de las Dependencias y Entidades del Ejecutivo Federal de 2015, estas disposiciones no eran aplicables a los sujetos obligados incorporados en la reforma constitucional de 2014 (partidos políticos, sindicatos y personas físicas y morales que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad); mucho menos para los estados y municipios.

El impacto de esta regulación dispersa y no concordante, que afecta directamente la tutela del derecho de acceso a la información, ha sido evidente. *“La falta de regulación, la deficiente gestión documental derivada de las condiciones de negligencia y desorganización, provocaron que, en diversas solicitudes, los plazos de las respuestas se extendieran injustificadamente porque no se localizó a tiempo la información; en ocasiones, los servidores públicos de las áreas remitieron la información con la que se atendía la solicitud, en el límite del plazo establecido, y las unidades de transparencia entregaron información que debió analizarse para proteger los datos personales, o simplemente ya no*

*alcanzaron a responder la solicitud. En los casos más extremos, la información no se entregó porque no se localizó, ya sea porque no se generó, porque se generó, pero fue sustraída o destruida, porque se extravió o, en el extremo más grave, porque a pesar de que se encontró se negó indebidamente su existencia” (Luna, 2019: 254).*

Ahora bien, es necesario señalar que, a pesar de esa carencia de disposiciones homogéneas y actualizadas en materia de archivos, la Ley General de Transparencia estableció una regulación básica sobre el deber de documentar y sobre la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados. Sobre este segundo aspecto destaco lo contemplados en los artículos 18, 19, 131, 138 y 139 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que refieren la mencionada obligación de documentar, el concepto de presunción de existencia de la información, el procedimiento de búsqueda exhaustiva y razonable de la información con criterios objetivos y demostrables, así como las diversas alternativas ante la no localización, falta o inexistencia de la información; disposiciones jurídicas que representaban, en ese momento, las únicas normas comunes para todo el país en materia de archivo, en el contexto de la tutela del derecho de acceso a la información.

Como lo referí en la sección anterior, el texto constitucional y el artículo 18 de la Ley General de Transparencia, señalaron el mandato de documentar los actos realizados en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; el artículo 19 de esa ley establece la noción de presunción de existencia de la información si se relaciona con las facultades, competencias o

funciones. Entonces, si un sujeto obligado realiza acciones en ejercicio de facultades, competencias o funciones, tiene el deber de documentar esos actos; y, si la información a la que pretende acceder el titular del derecho se relaciona con esos mandatos legales, se presume que la información existe por lo que debería de buscarse y entregarse.

El artículo sexto constitucional, en su apartado A fracción V, señala el deber de los sujetos obligados de preservar los documentos en archivos administrativos actualizados; y, el artículo 131 de la Ley General de Transparencia incluye un conjunto de obligaciones precisas para atender las solicitudes de acceso a la información que lleguen a un sujeto obligado. En estos casos el Titular de la Unidad de Transparencia debe “garantizar que las solicitudes se turnen a todas las Áreas competentes”, y aquí es necesario destacar estas precisiones. Las solicitudes deben de turnarse no a todas las áreas que componen a un sujeto obligado para realizar una búsqueda supuestamente exhaustiva, como fue el caso de la Secretaría de Cultura del Estado de México, quien buscó información sobre la construcción de una plaza pública incluso en los archivos de la Orquesta Sinfónica del Estado, por el simple hecho de que la orquesta forma parte de dicha Secretaría (01539/INFOEM/IP/RR/2017), sino solamente a todas aquellas áreas competentes “que cuenten con la información o deban tenerla de acuerdo con sus facultades, competencias y funciones”. Para que los titulares de la Unidades de Transparencia puedan atender realmente este mandato, requieren de una serie de herramientas que les permitan conocer qué facultades, competencias o funciones tienen cada una de las áreas de su institución, con la finalidad de turnar solo a aquellas, pero a

todas ellas, que puedan tener la información porque corresponde a sus facultades, competencias o funciones. Podríamos pensar que contar con todo el marco normativo de su institución sería suficiente y, en efecto, así es, aunque sería muy complicado analizarlo completamente en cada caso. En lugar de ello, el Cuadro General de Clasificación Archivística, instrumento de control que debe contener todas las series documentales que administra la institución, a través de sus distintas áreas, y entendiendo que cada serie documental corresponde a cada facultad, competencia o función (Ramirez, 2016, 3: 45), sería la herramienta ideal para identificar realmente si la información solicitada se relaciona o no con el marco de competencias del sujeto obligado.

Esa misma disposición contiene un mandato, ahora para esas áreas a las que se turnó la solicitud, con la finalidad de que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable de la información solicitada. Y es en esta parte del procedimiento donde, una vez más, la actuación de los integrantes de los sujetos obligados vuelve a afectar el derecho en cuestión, ya que sus respuestas se limitan a contestar por escrito que “luego de una búsqueda exhaustiva y razonable” la información no se encuentra. La deficiencia de esas respuestas se aprecia si interpretamos de manera sistemática esa fórmula legal, pero bajo su correlación con el contenido de los artículos 138 y 139 de la misma ley.

En la sección anterior de este módulo, hice referencia al artículo 138 y señalé que permite establecer las acciones que el comité de Transparencia puede emprender ante la ausencia de la información solicitada. En aquella parte me referí a los

supuestos relacionados con la no generación de la información, ahora procedo a analizar los supuestos relacionados con la no localización de la información, que son consecuencia del incumplimiento de la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Como se plantea, ante una solicitud de acceso a la información que se relaciona con facultades, competencias o funciones del sujeto obligado y que, por eso, se presume la existencia de la información, la Unidad de Transparencia la remite a las áreas que, por sus atribuciones, pueden contar con ella; con la finalidad de que la busquen y se entregue. Pero, pero si estos servidores públicos responden con un oficio en el que señalan simplemente que “luego de una búsqueda exhaustiva y razonable, no se cuenta con la información”, y esa respuesta se hace del conocimiento del titular del derecho, ¿puede ser esto razonablemente posible o constituye una modalidad de afectación al derecho?

En casos como estos, nos encontramos ante una respuesta que no permite garantizar el derecho de acceso a la información como consecuencia de no cumplir el deber de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados; entendiendo que un archivo actualizado es un conjunto de documentos producidos, clasificados, organizados, ordenados, controlados, descritos y administrados por diversas unidades de archivo, según el ciclo vital de los documentos, pero respuestas vagas y genéricas como la señalada en el párrafo anterior son sólo una modalidad distinta de vulneración del derecho, ya que la aplicación del supuesto jurídico que establece en artículo 131 de la Ley General de

Transparencia, cuando la información no se localice, implica observar también lo dispuesto en el artículo 138, así como lo señalado en el artículo 139.

En primer lugar, la unidad de transparencia debe acudir ante el Comité de Transparencia para informar que, en un cierto caso, no se encuentra la información solicitada. Antes de continuar vale la pena anotar que la Ley General de Transparencia no define quiénes deben integrar el Comité de cada sujeto obligado, lo que sí hace, por ejemplo, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México que, en su artículo 46 precisa que se integra con el Titular de la Unidad de Transparencia, con el responsable del área coordinadora de archivo y con el titular del órgano interno de control. Esta composición, en cuanto hace al responsable del área coordinadora de archivo, es esencial para realizar las acciones que explico ahora en aquellos casos en los que no se encuentra la información solicitada y cuya existencia se presume por relacionarse con facultades, competencias o funciones del sujeto obligado.

Como lo refiere el artículo 138 fracción I de la Ley General, cuando la información no se encuentre en los archivos, lo primero que hay que hacer es, precisamente, analizar el caso y tomar las medidas necesarias para localizar esa información. En ocasiones las respuestas que niegan la información no son consecuencia de que no exista la información, como analizamos en el caso de la anterior garantía, sino simplemente porque no se localiza; ya sea porque la búsqueda fue deficiente, porque se requiere la información a las áreas administrativas que tienen las atribuciones para generarla, pero éstas sólo buscan la información en sus archivos

de trámite; por la falta de inventarios de transferencia; y, por la omisión de requerir la búsqueda de la información al archivo de concentración. El no realizar estos procedimientos, en buena medida porque no se observan los procedimientos que derivan del modelo de gestión documental que define la Ley General de Archivos, provoca que se opte por la emisión de respuestas que son más sencillas de emitir, pero que no cumplen con el criterio de exhaustividad. Insisto, como consecuencia de la carencia de los instrumentos de control y descripción archivística o, en términos más generales, por la carencia del conocimiento más básico sobre los procedimientos de archivo.

Aquí es donde el procedimiento establecido en el artículo 138 para atender el problema generado por no encontrar la información, preventivamente tiende a evitar que el derecho se afecte, tratando de que, a través de la intervención del Comité de Transparencia del sujeto obligado, que en el caso del estado de México cuenta con el área coordinadora de archivo como integrante, se verifique si la búsqueda realizada realmente fue exhaustiva o, en su defecto, recomiende adoptar acciones para realizar una búsqueda verdaderamente efectiva.

Pero a pesar de este supuesto, puede ser posible y puede haber indicios de que las facultades, competencias o funciones se ejercieron y de que la información, en efecto, fue generada en su momento, pero por diversas razones ya no se encuentra en posesión del sujeto obligado; esto puede ser así porque aquel funcionario que la generó se la llevó consigo cuando concluyó su cargo o bien porque decidió destruirla; porque la información quizá se quedó bajo resguardo del sujeto

obligado pero, en algún momento, la falta de cuidado y pericia provocó que se perdiera, extraviara, desorganizara o destruyera indebidamente y al momento de atender la solicitud de acceso a la información no se cuente con ella.

En estos casos el mismo artículo 138, pero en su fracción segunda, determina la necesidad de que el Comité de Transparencia expida una resolución que confirme la inexistencia del documento, lo que implica que, según la fracción III, se ordene, “siempre que sea materialmente posible, que se... reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de facultades, competencias o funciones...”. Esta disposición es de gran relevancia. La carencia de la información requerida, y que tuviera que existir por relacionarse con las atribuciones legales del sujeto obligado, representa una violación al derecho de acceso a la información; razón por la cual la norma jurídica dispone que, antes de responderle al titular del derecho que no existe la información, se abra este espacio para tratar, como lo ocurrido en el caso del deber de generarla, ahora de reponerla; en tanto que la atribución sí se ejerció y sí se documentó, pero se extravió porque no se resguardó en un archivo administrativo actualizado. Si es posible reponer esa información, el derecho no se vería afectado.

Pero resulta muy importante destacar algunos aspectos. En primer lugar, la supuesta búsqueda exhaustiva y razonable que realizan los responsables de las áreas que deberían de contar con la información, en razón de sus atribuciones legales, requiere de la subsecuente confirmación por parte del Comité de Transparencia, ya sea para que este adopte medidas que permitan localizar la

información, para que ordene la reposición de la información ausente o, en el extremo, para declarar la resolución de inexistencia que no es una simple declaración, sino que debe observar los requisitos establecidos en el artículo 139 de la misma Ley General de Transparencia. Esto es, debe contener “los elementos mínimos que permitan al solicitante tener la certeza de que se utilizó un criterio de búsqueda exhaustivo” y no las simples declaraciones formales de que se realizó “una búsqueda exhaustiva y razonable”; además, el artículo 139 señala que la resolución de inexistencia debe “señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia en cuestión y señalará al servidor público responsable de contar con la misma”, condición esencial para que la consecuencia de la emisión de una resolución de inexistencia, definida en la fracción IV del citado artículo 138, consiste en la necesaria notificación al órgano interno de control para iniciar el procedimiento de responsabilidades administrativas que corresponda.

Estas disposiciones permiten apreciar cómo el diseño de los procedimientos legales trata de ser consistente con el parámetro de regularidad constitucional que protege, de manera genérica, a los derechos humanos y con la propuesta de teoría jurídica que hemos analizado: el cumplimiento de estas dos obligaciones, inmediatas del derecho, el deber de documentar y el deber de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados, permite que, cuando acuda el titular del derecho a ejercerlo, el sujeto obligado se encuentre en condiciones de cumplirlo.

Y con una peculiaridad para el caso de esas dos garantías primarias del derecho ya estudiadas. Si al momento de que el titular del derecho lo ejerce y se aprecia que no se está en condiciones de garantizarlo, porque no fue generado el documento o porque no fue resguardado en un archivo administrativo actualizado, desde esta etapa del procedimiento, en el desahogo de la cuarta garantía primaria del derecho de acceso a la información, es posible adoptar medidas para reparar la posible afectación: generar el documento, reponer el documento o explicar porque no se ejercieron las atribuciones; para investigar la posible afectación: emitir la resolución de inexistencia y “señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia en cuestión y señalará al servidor público responsable de contar con la misma”; y, para iniciar el procedimiento para sancionar a los responsables: notificando al órgano interno de control.

Vimos, al inicio de este texto, que el párrafo tercero del artículo primero constitucional establece la obligación del Estado mexicano de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Cuando las acciones de los sujetos obligados, en ejercicio de las facultades, competencias o funciones no es debidamente documentada, o cuando sí se documentó, pero el registro documental no se localiza, por las diversas razones injustificadas que se han señalado antes, el ejercicio del derecho de acceso a la información se ve afectado y eso puede provocar su violación. Las fracciones I y III del artículo 138 pretenden reparar preventivamente la posible violación, pero las

fracciones II y IV de ese artículo y el 139 establecen el procedimiento para sancionar a los responsables de esos hechos.

Para que estos procedimientos sean efectivos, para que se adopten las medidas que permitan localizar la información, reponerla, realizar una búsqueda realmente exhaustiva y razonable, informando al solicitante de los elementos mínimos empleados para darle certeza de que la búsqueda fue exhaustiva; para determinar esas circunstancias de tiempo, modo y lugar e identificar a los servidores públicos responsables, se requiere de la ejecución de varios procedimientos de archivo que son los que permiten acreditar el cumplimiento de la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Para determinar a los servidores públicos involucrados en el resguardo de la información resulta indispensable la conformación del Sistema Institucional de Archivo que, según el artículo 20 de la Ley General de Archivos es “el conjunto de registros, procesos, procedimientos, criterios, estructuras, herramientas y funciones que desarrolla cada sujeto obligado y sustenta la actividad archivística, de acuerdo con los procesos de gestión documental”; y se compone, según el artículo 21 del ordenamiento jurídico citado, por: una área coordinadora de archivos, y por las áreas operativas siguientes: De correspondencia; Archivo de Trámite, por área o unidad; Archivo de Concentración, y Archivo Histórico, en su caso. El paso de los expedientes por los archivos de trámite y concentración se asocia al ciclo vital de los documentos, que se define en el artículo 4 fracción XIV de la misma ley como

“las etapas por las que atraviesan los documentos de archivo desde su producción o recepción hasta su baja documental o transferencia a un archivo histórico”.

Para determinar qué información debe existir por relacionarse con las facultades, competencias o funciones del sujeto obligado, se requiere del uso de uno de los instrumentos de control que debe existir en cada sujeto obligado, el Cuadro General de Clasificación Archivística que, según el referido artículo 4 pero, ahora en su fracción XX, lo define como el “instrumento técnico que refleja la estructura de un archivo con base en las atribuciones y funciones de cada sujeto obligado”; mientras que, para identificar si los documentos se encuentran en el archivo de trámite o en el de concentración o, incluso, si han sido dados de baja o ya se encuentran en el archivo histórico, es necesario identificar cuánto tiempo debe resguardarse en cada unidad de archivo, sus plazos de conservación y destino final, lo que sólo es posible mediante el uso del Catálogo de Disposición Documental que, según el multicitado artículo, aunque ahora en su fracción XIII, se define como el “registro general y sistemático que establece los valores documentales, la vigencia documental, los plazos de conservación y la disposición documental”.

Por último, para asegurar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que permitan identificar dónde estuvo y dónde posiblemente se extravió la información, se requiere del uso de los inventarios documentales, definidos en ese mismo artículo, en su fracción XXXIX, como “los instrumentos de consulta que describen las series documentales y expedientes de un archivo y que permiten su localización

(inventario general), para las transferencias (inventario de transferencia) o para la baja documental (inventario de baja documental)”.

La existencia de estos instrumentos y su uso permiten garantizar la clasificación de la información, su ordenación y descripción, presupuestos esenciales para garantizar la integridad de los acervos documentales en lo que podríamos definir como archivos administrativos actualizados, concepto contenido en la fracción V del apartado A del artículo sexto constitucional.

Si bien las definiciones señaladas corresponden a la Ley General de Archivos aprobada en 2018, debe decirse que todos estos procedimientos se conocían técnicamente; sin embargo, no estaban definidos en la legislación de acceso a la información pública de 2015.

Para cubrir esa ausencia de más de cuatro años, es necesario considerar, una vez más, las disposiciones de la legislación de Transparencia y Acceso a la Información Pública que contempló, entre otros aspectos, la creación de un Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (SNT), que cuenta con un Consejo Nacional. La fase inicial de los trabajos del Sistema Nacional de Transparencia, precisamente se centraron en la elaboración de los lineamientos referidos en el artículo duodécimo transitorio de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, diseñando diversos procesos, tanto de organización interna como para la implementación de los procesos de garantía contemplados en esa ley; desde la creación de la Plataforma Nacional de

Transparencia hasta la creación de una normatividad, que hoy puede apreciarse como de carácter temporal, en materia de archivo.

Durante la Segunda Sesión de Extraordinaria del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia (SNT), celebrada el trece de abril de dos mil dieciséis, se presentó, discutió y –posteriormente– se aprobó, el Dictamen que emitió la Comisión de Archivos y Gestión Documental (CAGD), sobre los Lineamientos para la Organización y Conservación de los Archivos (LOCA), aprobados mediante el acuerdo CONAIP/SNT/ACUERDO/EXT13/04/2016-03.

Los *Lineamientos para la Organización y Conservación de Archivos* fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación, el cuatro de mayo de dos mil dieciséis. Estas disposiciones emitidas tienen por objeto, según lo señalado en el primero de ellos, “establecer las políticas y criterios para la sistematización y digitalización, así como para la custodia y conservación de los archivos en posesión de los sujetos obligados, con la finalidad de garantizar la disponibilidad, la localización eficiente de la información generada, obtenida, adquirida, transformada y contar con sistemas de información, ágiles y eficientes”.

Con esta decisión, el Sistema Nacional de Transparencia emitió un conjunto de disposiciones de carácter reglamentario que perfilaron los procedimientos básicos que deberían realizar todos los sujetos obligados para implementar el modelo de gestión documental; condición esencial para cumplir con los mandatos contenidos en el artículo sexto constitucional: el deber de los sujetos obligados de documentar

todos los actos que realicen en el ejercicio de facultades, competencias o funciones y el de resguardar los documentos resultantes en archivos administrativos actualizados; de tal forma que los lineamientos integraron la regulación aplicable para todos los sujetos obligados en la materia en el lapso que transcurre entre la expedición y entrada en vigor de las Leyes Generales de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la de Archivos.

Para implementar el modelo de gestión documental definido en los lineamientos, dicho ordenamiento estableció un proceso progresivo de trabajo, señalado en los diferentes plazos contemplados en los numerales transitorios de la disposición en comento, a saber:

- El segundo, que dispone de un plazo máximo de 12 meses, posteriores a la publicación de los Lineamientos, para la implementación del Sistema Institucional de Archivos;
- El tercero, que determina un plazo de 24 meses, posteriores a su publicación, para la instrumentación del Sistema de Administración de Archivos y Gestión Documental;
- El cuarto, dirigido a los sujetos obligados que no cuenten con los responsables de áreas, instancias y unidades del Sistema Institucional de Archivos y que deberían designarlos, a más tardar en 30 días posteriores a su entrada en vigor;

- El quinto, para elaborar los Instrumentos de Control y Consulta Archivísticos, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor.
- El sexto, para que, a partir de la entrada en vigor de los lineamientos, los sujetos obligados establezcan el Programa Anual de Desarrollo Archivístico para el ejercicio 2017;
- El séptimo, para que los sujetos obligados cuenten con un Grupo Interdisciplinario, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor;
- El octavo, para que los sujetos obligados establecieran Políticas de Gestión Documental electrónica, guarda y custodia de protección de datos, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor; y,
- El noveno, para que los sujetos obligados establecieran un Programa de Preservación Digital, a más tardar a los 18 meses posteriores a su entrada en vigor.

Atendiendo esos periodos de transitoriedad, los sujetos obligados contaban con un plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de los Lineamientos, para su completa implementación; razón por la que, a más tardar el 05 de mayo de 2018, todos ellos debieron de estar ejecutando el proceso de gestión documental básico e

indispensable para asegurar la adecuada tutela del derecho de acceso a la información a partir del cumplimiento de sus dos garantías primarias iniciales: el deber de documentar sus decisiones y la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Esta decisión de establecer plazos diferenciados para la implementación de los Lineamientos, responde a diversas razones: la primera de ellas se deriva de la propia complejidad del modelo de gestión documental, puesto que las diferentes acciones presentan un grado diferenciado de complejidad; ya que si bien, acciones como instalar el Sistema Institucional de Archivos, puede considerarse como de fácil instrumentación; otras, como la política de digitalización, requieren de esfuerzos, equipamiento, referencias técnicas y presuponen la clasificación previa del acervo, lo que desde luego no puede conseguirse de un día para otro (Luna, 2020:61).

Una razón más se explica por los diferentes niveles de capacidades institucionales de los sujetos obligados para cumplir con estas acciones. Vale la pena insistir en el contenido del numeral segundo de los mencionados lineamientos, que señala que *“son de observancia obligatoria y de aplicación general para los Sujetos Obligados señalados en el artículo 1 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP)”*.

Y este conjunto de sujetos obligados fue, precisamente, una de las aportaciones de la reforma constitucional de 2014 ya que, como referí antes, mediante dicha

reforma se incorporaron figuras ajenas al conjunto de las instituciones gubernamentales, pero que forman parte del entorno público, particularmente, los partidos políticos, los sindicatos y personas morales y físicas que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad.

En consecuencia, antes de la emisión de los referidos lineamientos, el conjunto de sujetos obligados vinculados con el derecho de acceso a la información pública y sus garantías podían segmentarse, según la existencia de normatividad que les resultaba aplicable en materia de archivo, de la siguiente manera:

- 1) Por un lado, los sujetos obligados gubernamentales de carácter federal, regulados, en ese momento, por la Ley Federal de Archivos;
- 2) Los partidos políticos nacionales, a quienes se aplicaba el Reglamento del, en ese entonces, Instituto Federal Electoral en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como los Lineamientos Generales para la Organización y Conservación de los Archivos de los Partidos Políticos Nacionales responsables en Materia de Transparencia ante el, en ese entonces, Instituto Federal Electoral;
- 3) Los sujetos obligados de carácter estatal y municipal de aquellas entidades que contaban con legislación local en la materia;
- 4) Los sujetos obligados de carácter estatal y municipal de Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas, a los que les resultaría aplicable sólo la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas por carecer de legislación local en materia de archivo,

- 5) Así como los sindicatos y personas físicas y morales que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad, que no se encontraban regulados por legislación especializada en la materia.

Como puede apreciarse, esta segmentación muestra el amplio espectro de la regulación aplicable. Si enfocamos el análisis en sus contenidos, apreciaremos una mayor diversidad, que tiene como consecuencia una protección diferenciada con efectos distintos; incluso, en un mismo segmento, el numeral 3 del párrafo anterior, la diversidad de contenidos de la regulación estatal tenía efectos en el desarrollo del modelo archivístico a aplicar, así como su esquema de verificación de cumplimiento.

Así, puede advertirse la principal aportación de los Lineamientos para la organización y conservación de archivos aprobados por el Sistema Nacional de Transparencia. Más allá de sus posibles deficiencias, su valía se deriva de ser el primer ejercicio para establecer un conjunto de disposiciones comunes, homogéneas y aplicables a la totalidad de los sujetos obligados ya señalados. Esa aportación consiste en su consolidación como el primer paso rumbo a la “organización y conservación, administración y preservación homogénea de los archivos”, objeto de la posterior Ley General de Archivos.

Con la expedición y entrada en vigor de la Ley General de Archivos, y con la conclusión del proceso de armonización de la legislación local en la materia, el círculo estará completo y los sujetos obligados deberán de contar con todo un

conjunto de procedimientos e instrumentos administrativos que aseguren la integridad de los acervos documentales, condición esencial para garantizar el derecho de acceso a la información pública. Si entendemos a los archivos bajo “su definición conceptual, como conjunto orgánico y organizado de información...(e)n su definición espacial, como lugar físico, esto es, como depósito del archivo... (e)n su definición institucional, como estructura orgánica formalmente establecida; o sea, como entidad especializada que brinda servicios técnicos a diversos usuarios institucionales y sociales de conformidad con el ciclo vital de los documentos” (Ramírez, 2016, 1 :63).

Los archivos demuestran su importancia y necesidad social, pues constituyen conjuntos orgánicos de documentos, reunidos por las personas jurídicas públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa y que, bajo el nuevo diseño constitucional, son el acervo que resguarda la información que debe proporcionarse a quienes ejercen el derecho de acceso a la información.

Y si, como se ha dicho, el derecho de acceso a la información tiene un asiento, esencialmente documental, la necesidad de contar con archivos administrativos actualizados es una condición esencial para su adecuada garantía. Por eso es que la nueva agenda que se desprende del diseño jurídico actual de protección de este derecho plantea la necesidad urgente de encarar y resolver los viejos problemas relacionados con la organización de los archivos: El rescate de acervos documentales que se encuentran en el abandono y a punto de perderse,

almacenados, desorganizados; la recuperación a través de una correcta gestión documental que nos permita clasificar, ordenar y describir la información (Ramírez, 2016, 4: 15 y 16); el control adecuado de los procesos de transferencia, depuración, baja documental y preservación de la información histórica y, en medio de todo esto, discutir y revalorar la relación entre los registros documentales (sean tradicionales, sean digitales) y la ciudadanía; de igual forma, la relación entre ciudadanía y el derecho a la memoria, son esenciales para hacer realidad aquella vieja aspiración de la Ley para reorganizar los archivos de la república francesa: la apertura de los archivos.

No basta, obviamente, trabajar para alcanzar transparencia de las grandes decisiones del espacio público, precisamos garantizar que el acceso sea efectivo, cada vez más a la mano de todos, sin la menor sinuosidad legalista o posposición por motivos reales o indirectos para acceder a toda información del proceso decisonal y hasta del más mínimo registro que implica el trámite de solicitud. Esto no se puede conseguir si no se revierte la difícil realidad que enfrentan los archivos, señalando que, particularmente, el mayor reto no se encuentra en los archivos históricos, los que, por cierto, han sido los que atraen mayoritariamente la poca atención que se presta al tema. Los retos significativos de pérdida de valores documentales ocurren en la gestión de los archivos de trámite.

Recordemos que la vida útil de los archivos consiste en tres etapas: activa, semiactiva e inactiva. Etapas que se asocian a su permanencia en distintas unidades administrativas. Mientras la información es útil y se emplea con

frecuencia para atender los asuntos encomendados a los sujetos obligados, ésta se administra directamente por los agentes gubernamentales que la van generando; por eso, en cada unidad administrativa se administra y gestiona el archivo de trámite. Cuando esta información ha perdido esa utilidad administrativa frecuente, sigue conteniendo valores legales, fiscales y contables; por ello se traslada a la siguiente unidad administrativa, encargada de resguardar la información de distintas áreas administrativas: el archivo de concentración. Y, cuando dichos valores fenecen, puede procederse a su baja permanente o, en aquellos casos de la información que sigue contando con información testimonial, se transferirá al archivo histórico. Vale la pena señalar que, sobre las dos primeras fases del proceso, mientras la información se encuentre en el archivo de trámite y de concentración, extiende su jurisdicción el derecho de acceso a la información; no así en el histórico que, por su propia definición, es el acervo cuya publicidad y apertura ha sido garantizada, salvo graves y lamentables excepciones, algunas de ellas en México, por cierto, muy recientes.

El derecho de acceso a la información pública, como referí en el módulo anterior, no es un fin, sino un medio. Un derecho cuyo ejercicio permite la participación libre e informada de las personas en los asuntos públicos, una condición esencial para que se pueda cuestionar, indagar y verificar el desempeño de los servidores públicos. Por eso no debe perderse de vista la importancia que, desde siempre, ha tenido la información relacionada con los asuntos de los gobiernos.

Los archivos se encuentran vinculados con el ejercicio del poder desde los umbrales mismos de las sociedades. Numerosos son los testimonios del aprecio que las primeras civilizaciones guardaban a los registros; a tal grado que su administración era una más de las funciones de altos cargos de los antiguos reinos e imperios; su resguardo y depósito se localizaba en los recintos o palacios mismos donde se asentaban los gobernantes (Cruz, 2019: 18 y 19).

La valoración que las élites gobernantes y sus administradores daban a los documentos y archivos, se puede comprender si entendemos que la información relacionada con los asuntos del Estado siempre fue considerada de enorme importancia; de ahí la antigua idea de contar con una clase de funcionarios encargada del registro de información, así como de su conservación. Quienes desempeñan estos cargos eran llamados archiveros o escribanos (Aristóteles, 1934: 224). A pesar de los primeros intentos de apertura ocurridos en la Grecia clásica y en la república romana, el desarrollo tecnológico e intelectual, claves para documentar, reproducir y comprender el significado de su contenido, determinó el grado de exposición y acceso a la información que contenían; hay que agregar a todo eso los efectos provocados por las formas autoritarias de gobierno que generaron la idea de los arcana imperi (Rodríguez, 2004: 14 y 15). Tenemos los colores base de un cuadro completo, en el que la información fue entendida como un insumo sólo del gobernante, ajena al conocimiento del resto de la población (Gómez, 2017: 13).

De la caída del imperio romano al surgimiento de los estados nacionales, medió una etapa en la que disminuyó el valor del documento frente a la oralidad (Cruz, 2019: 20), sin que desaparecieran por completo. Su existencia, esporádica y dispersa, quedó conferida a escribanos (Dávila, 2010, 71) y a ciertas corporaciones como la Iglesia (Magdaleno, 2017: 84).

El surgimiento del Estado moderno mismo se acompañó del establecimiento de acervos documentales bajo control del poder político. La concentración sustituyó a la dispersión, pero la existencia, concentrada también subordinó su dominio y acceso a los intereses del príncipe (Dávila, 2010, 72). Los archivos se constituyeron entonces como fuente legitimadora del Estado y del poder político, en su etapa temprana, bajo la noción de un gobierno autoritario y despótico, indispensable para asegurar la centralidad del poder político frente a sus viejos adversarios (Gómez, 2017: 14). Y esto fue así hasta que permearon los ideales del Estado democrático, representativo, que colocó al ciudadano como el protagonista de los asuntos ahora reconocidos como públicos (Gómez, 2017: 17).

El siglo XIX discurriría entre el paso de esos gobiernos representativos y su adaptación con las formas monárquicas de gobierno, con un elemento constante: la evolución hacia aparatos gubernamentales depositados y concentrados en un nuevo agente: la burocracia, que entre sus distintos insumos echaría mano de documentos escritos (Weber, 2001: 6). La visión positivista de las ciencias y su aplicación en el derecho y en la administración pública, fortaleció a esa corporación de administradores en Estados que comenzaron a trabajar como sincronizados

mecanismos de procesos complejos para la resolución de los asuntos administrativos y de poder en los imperios coloniales. Durante esta etapa, una vez más, los registros documentales depositados en archivos demostraron su utilidad para la conducción de los asuntos de gobierno (Cruz, 2019: 39). De nueva cuenta, la información fue de uso preponderantemente de dichos agentes del Estado, cuánto más cuando esa información registraba las decisiones adoptadas bajo la noción de la razón de Estado (Eiff, 2018: 49).

El siglo XX se caracterizó por la consolidación del modelo político democrático y liberal, así como por la revolucionada expansión de los aparatos administrativos, que vieron incrementarse exponencialmente sus funciones, su complejidad y los recursos por ellos ejercidos. De la mano de estos fenómenos, el desarrollo de la burocracia política francamente se expandió a dimensiones insospechadas para los viejos liberales y, en su seno se consolidó una idea: los sistemas cerrados cuya operación interior se encontraba vedada al observador externo, operación que requería el dominio y control absoluto sobre la información, la fuente del propio poder.

Al amparo de ese axioma, las complejas burocracias incrementaron las necesidades de información, económica, política, social (Cruz, 2019: 43); y, con no poca frecuencia, incluso de carácter estrictamente confidencial (Mejía, 2017: 147 y 148), monopolizaron el uso de la información que generaban y poseían, asentada en documentos, la que no siempre se compartía voluntaria, expedita o pacíficamente

con los gobernados, incluso con otras estructuras de la administración pública y, en no pocas ocasiones, se prefería perderla antes que compartirla (Nava, 2015: 135).

Frente a los graves efectos que dicho modelo político generó en los diversos ámbitos de la vida del Estado, pero especialmente por el ejercicio viciado del poder y por las innumerables violaciones a los derechos humanos, diversos procesos políticos y sociales reivindicaron la necesidad de consolidar y revitalizar los instrumentos de control no sólo político, sino también jurisdiccional y social, sobre el poder público. De ahí deriva lo que conocemos, en el ámbito jurídico, como la visión neoconstitucionalista (Comnaducci, 2009: 83), así como la centralidad legitimadora de los derechos humanos (Alexy, 2009: 32), entre ellos el de acceso a la información.

El avance experimentado en las últimas décadas en la lucha por la transparencia y el acceso a la información pública enfrenta, sin embargo, un grave problema que disminuye su efectividad. El régimen de apertura no sólo ha develado conductas gubernamentales reprochables, excesos, deficiencias y auténticos horrores en el ejercicio del poder y en la aplicación de los recursos públicos. Permite también apreciar diversas debilidades estructurales de los aparatos gubernamentales; una de ellas es el estado de abandono en el que se encuentra la mayor parte de las unidades de archivo de trámite, los archivos de concentración e, incluso, algunos archivos históricos (Aguilera, 2017:63).

Cuando el derecho de acceso a la información pública alcanzó a nuestro país, se notaron no únicamente esos efectos perniciosos del ejercicio del poder sino, también, un creciente problema: archivos públicos en condiciones de abandono.

Algo entonces comienza a no concordar. Las líneas anteriores pretendieron mostrar cómo los archivos son tan preciados para quienes ejercen el poder, el celo de la burocracia para pretender acceder, poseer y utilizar la mayor cantidad de información posible, sin la obligación o la posibilidad de compartirla. Entonces, ¿cómo podemos explicarnos las razones que provocaron que la gestión documental fuera vista en nuestro país y, en determinado momento de este proceso, con desprecio, sin darle la debida importancia, hasta terminar en las condiciones de rezago y, en muchos casos, de desastroso abandono, frente al resto de las funciones gubernamentales?

La respuesta más simple a esta incógnita consiste en la escasa rentabilidad electoral que los actores políticos, en sociedades democráticas semi y competitivas, asignan a los archivos. Destinar recursos públicos para construir las instalaciones de archivo, equiparlas, asignar servidores públicos con ingresos suficientes para mantenerlas ordenadas y organizadas, no se aprecia como rentable en la contienda política, en contraste con las ventajas y la popularidad que, se piensa, genera la creación de infraestructura de servicios o la entrega de bienes a la población. Esta justificación tiene su lógica; sin duda, se encuentra presente en las explicaciones inmediatas, espontáneas, conscientes o más visibles, de los servidores públicos al

problema que enfrentamos en la materia. Hay otra razón, en mi opinión, más profunda y de mayor impacto, compuesta de tres vertientes distintas.

En México, cada seis años intentamos instrumentar un nuevo modelo de combate a la corrupción, un mal añejo, cíclico y –al parecer– imbatible. Pero cada medición que se da a conocer, cada resultado de la más nueva o reciente actualización a cualquier estudio sobre corrupción, impunidad, transparencia, nos sitúa en la dramática realidad, en la que el incremento del problema parece vencer los intentos institucionales por resolverlo. Debido a ello, seis años después, el nuevo modelo implantado, incapaz de modificar las tendencias generales de este vergonzoso flagelo, termina por abandonarse, por lo que resulta necesario diseñar uno nuevo.

Cada seis años también, en el país o en los gobiernos estatales; o, cada tres años en los municipios, los nuevos actores políticos pretenden reconstruir el país, cambiar su ruta, realizar las grandes reformas –modernizadoras o transformadoras– y se comienzan a ejecutar decisiones de gobierno que no siempre, podríamos decir, reúnen las condiciones técnicas para ser consideradas como políticas públicas (Franco, 2017: 84). Con desafortunada frecuencia, se trata de decisiones unilaterales, voluntaristas, improvisadas, que se adoptan sin cumplir el mandato constitucional de un gobierno eficaz y eficiente y, en buena medida, esto es consecuencia de la falta de suficiente información a la mano, disponible para definir problemas, diseñar soluciones y evaluar la ejecución de las acciones de gobierno.

La última de las tres vertientes enunciadas consiste en un aspecto macabro y terrorífico, que pensamos finalmente se erradicaría de nuestro país. Las graves violaciones de los derechos humanos no forman parte del pasado remoto, ni del régimen autoritario que prevaleció durante la segunda mitad del siglo XX. Desgraciadamente, ni los años de la alternancia democrática, y quizá ni siquiera de aquellos del reciente periodo de gobierno de la Cuarta Transformación, se encuentran exentos de acontecimientos similares.

Existen, por otra parte, tres graves problemas de generalizada presencia en el país: la corrupción, el ejercicio ineficiente e ineficaz del poder público y las graves violaciones a los derechos humanos. Problemas cuya pertinaz existencia es, desde mi punto de vista, la razón estructural y de fondo, oculta, soterrada, que explica la situación de abandono en la que se encuentran los archivos públicos.

Todo parece indicar que, mientras en nuestro país el régimen autoritario se acercaba paulatinamente a su fin, y durante toda la etapa de modernización democrática, diversas fuerzas políticas apreciaron que lo único que podría preservar los intereses viciados persistentes en el ejercicio del poder público, frente a los riesgos que significaban el avance de la democratización y la apertura de la información, era el abandono y el desastre existente en los archivos públicos.

Mientras los archivos públicos se encuentren desordenados, sin control, y sin observar el principio de integridad, existe un incentivo perverso para que

cualquiera de estas tres conductas ocurra, vuelva a presentarse recurrentemente y continúe así ininterrumpidamente. Es ésta una razón profunda, estructural y subconsciente del propio sistema político ya que enfrentar, en el no tan peor de los casos, con una bodega que almacena cajas repletas de papeles desordenados, en franco proceso de deterioro, generando fauna nociva, o protegiendo a servidores públicos nocivos o, en el extremo más grave, la sustracción sistemática de información cada vez que concluye un periodo administrativo; o, también en estos casos, con la destrucción indebida de expedientes, permite integrar el ambiente más propicio para que esos tres graves problemas prevalezcan y sus actores permanezcan impunes cuando tengan que enfrentar los consiguientes procedimientos de investigación, viciados de origen, edificados sobre la arena del desierto insondable de las penas de nuestro país, dada la carencia de archivos administrativos actualizados, organizados, controlados e íntegros.

Si algo puede cambiar esa realidad es precisamente la transformación estructural que necesitamos efectuar, en materia de archivos, en todos los sujetos obligados. Por eso, la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública, de febrero de 2014, así como la aprobación de la legislación derivada, han fijado su especial atención en el rescate de los archivos.

De ahí la necesaria importancia que debe asignarse a estas dos primeras garantías primarias del derecho de acceso a la información pública, ambas de relevancia constitucional, al estar establecidas en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que define el deber de los sujetos obligados de

documentar todo aquello que lleven a cabo en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones y la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Si todos los sujetos obligados cumplieran con ese deber de documentar, y por tanto generar esos documentos de archivos, tales piezas documentales serían testimonio fiel de lo que se realiza durante el ejercicio del poder, al igual que de la aplicación de los recursos públicos; tanto de lo hecho correctamente como de sus deficiencias, de los errores naturales y justificados, así como de desviaciones abusivas y dolosas.

La misma disposición constitucional establece el deber de preservar los documentos así producidos en archivos administrativos actualizados; y, uno de los principios definidos en la Ley General de Archivos, es el de integridad, que pretende *“(g)arantizar que los documentos de archivo sean completos y veraces para reflejar con exactitud la información contenida”* (artículo 5 fracción III).

El cumplimiento de los aspectos enunciados permitiría que se generen los registros de toda actuación de los servidores públicos, que se preserven clasificados, ordenados, controlados, descritos e íntegros, para que, al proceder a la apertura de la información, una sociedad debidamente informada pueda ejercer su derecho a la libertad de expresión, al igual que verificar si las autoridades se encuentran cumpliendo con sus obligaciones o, en su caso, se inicien, con mayor efectividad, los procedimientos de control existentes, lo que sólo es posible si se garantiza plenamente el derecho de acceso a la información pública.

3.3.3. La obligación de publicar la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.

El artículo sexto constitucional en su sección A fracción V, también establece el deber de los sujetos obligados de publicar, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con los indicadores que permitan rendir cuentas del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos. Con este mandato constitucional se establece, como consecuencia del derecho, una obligación para el sujeto obligado, por lo que es posible identificarlo como una garantía primaria del derecho de acceso a la información.

Sin embargo, hasta ahora ha prevalecido la idea de que la “transparencia”, los deberes de publicación de oficio de información forman parte de una política pública ajena al derecho de acceso a la información. Por esta razón procederé, a continuación, a presentar los argumentos de quienes sustentan esta idea, aludiendo a conceptos presentados por Mauricio Merino y Sergio López Ayllón, así como las razones que, en mi opinión, nos deben de conducir a considerar esta obligación como una garantía primaria del derecho de acceso a la información pública.

### 3.3.3.1. La transparencia como política pública, no como derecho.

Quienes adoptan la posición de configurar a la política de transparencia como una política pública distinta al derecho de acceso a la información, parten de considerar que mientras el derecho fue incorporado a la Constitución en 1977, el concepto de transparencia aparece primero en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y, posteriormente, en la reforma constitucional de 2007, reforzada con la reforma de 2014 (López, 2017: 284). Para ellos, la transparencia “se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por el Estado para darle contenido a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión en la agenda gubernamental” (Merino, 2006: 128), y es considerada como “una cualidad aplicable a los flujos de información que constituyen las herramientas a través de las cuales identificamos, conocemos, entendemos y evaluamos la acción gubernamental, tanto de individuos como de grupos y organizaciones” (López, 2017: 278 y 279). Por lo que puede decirse que se desprende de las prácticas y modelos de organización de las dependencias gubernamentales. Estos autores postulan las siguientes distinciones entre la transparencia como política pública y el derecho de acceso a la información.

En primer lugar, la condición de los titulares del derecho de acceso a la información es “universal para todos los ciudadanos... para afirmar la igualdad de los ciudadanos ante la ley” (Merino, 2006:128); a diferencia de la política de

transparencia que “debe responder a las características propias de los gobiernos... exige un proceso de adaptación diferenciado entre los gobiernos que componen la Federación, dadas las condiciones organizacionales propias de cada uno” (Merino, 2006: 128).

En ese mismo sentido se considera que la transparencia es una “política pública que debe originarse al interior de los gobiernos que deciden adoptarla para modificar sus patrones tradicionales de acción pública. Y por eso no puede ser universal como sí debe serlo el derecho de acceso a la información pública” (Merino, 2006: 153), ya que “la política de transparencia no puede ser asumida ni aplicada de la misma manera en todas las entidades federativas, pues su adopción ha de responder a las características propias de cada gobierno. Si el derecho ha de ser universal en el sentido jurídico dado que el sujeto es la persona, la política de transparencia supone, en cambio, una decisión adoptada por los gobiernos” (Merino, 2006: 154).

Para abundar en este criterio es necesario considerar que, según estos autores, “...las organizaciones gubernamentales constituyen el campo específico de implementación de la transparencia. Es decir, la transparencia no se practica en abstracto sino en las estructuras, procesos, rutinas, prácticas y funciones específicas de cada una de ellas. La segunda (implicación) es la necesidad de reconocer la complejidad y diversidad de las organizaciones gubernamentales y por ello la existencia de políticas distintas pero congruentes, con proceso y prácticas heterogéneas que tengan justamente la capacidad de llevar a cada organización a

resultados más o menos homogéneos” (López, 2017: 289). E insisten en esta misma idea: “El despliegue de las políticas públicas de transparencia es una labor compleja que debe atender las especificidades de cada organización (no es lo mismo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que un municipio de Oaxaca, como tampoco lo es una empresa productiva del Estado respecto de un gobierno estatal). Se requiere por ello un despliegue gradual, diferenciado, programado y verificable que permita avanzar en una ruta que permita la adaptación de las organizaciones al nuevo entorno normativo y asegure que la política cumple sus objetivos sustantivos y no meramente procedimentales” (López, 2017: 294).

Un segundo aspecto consiste en la valoración de la transparencia como condición pasiva del derecho de acceso a la información, desde el punto de vista del titular del derecho, en tanto que la información debe de estar “a disposición de la sociedad sin que ésta lo requiera por medio de un procedimiento específico” (Merino, 2006: 130); aunque a esta condición le formulan el siguiente matiz: “El elemento pasivo del derecho a la información no está en la estrategia que siguen los distintos gobiernos para persuadir a los ciudadanos sobre las bondades de sus políticas, sino que supone la obligación de los poderes públicos para poner a disposición de la sociedad toda la información sobre el modo en que se están utilizando los recursos y la forma en que se están construyendo las decisiones públicas” (Merino, 2006: 130).

En este sentido se considera que: “El acceso a la información se construye como un derecho fundamental que implica la potestad de cualquier persona de requerir

información (documentos) al Estado y la obligación correlativa de éste de entregarla, en los plazos y términos que establece la ley. Como derecho humano constituye un derecho subjetivo accionable en cualquier momento respecto de cualquier documento que contenga información gubernamental”, mientras que “La transparencia gubernamental se constituye como la política orientada a dar carácter público a la información gubernamental a través de un flujo de información accesible, oportuna, completa, relevante y verificable” (López, 2017: 282). Y con mayor precisión aporta este autor que “Mientras el acceso a la información es un derecho accionable por los ciudadanos frente al sujeto pasivo que es la administración respecto de cierta información específica, la transparencia es una política en donde el actor es el gobierno, los destinatarios los ciudadanos (genérica o específicamente los usuarios o beneficiarios de las acciones, programas y decisiones gubernamentales) respecto de la información que genera la propia actividad gubernamental” (López, 2017:283).

Un tercer aspecto consiste en la heterogeneidad de contenidos de la política de transparencia, en función de la entidad federativa a la que pertenezca el sujeto obligado, ya que “Si se trata en efecto de un derecho fundamental, no debería de existir en principio ninguna razón para que el origen o la residencia de los ciudadanos determinen qué tipo de información pública tendrán a su alcance, sin recurrir a una instancia de arbitraje para lograr obtenerla” (Merino, 2006:137).

Un cuarto elemento se refiere a las características de la política de transparencia asociada al diseño de políticas públicas; por lo tanto, debe permitir racionalizar el

proceso administrativo al seleccionar y realizar una definición democrática de problemas, definir criterios de evaluación, indicadores de resultados y la evaluación de su ejecución (Merino 2006: 148-153). La transparencia también sería “una serie de principios, normas, criterios y transformar estos flujos — subproductos de la acción organizada— (de información gubernamental) en información pública” (López, 2017: 288).

Este autor, parafraseando a Merino, apunta tres premisas de una política de transparencia: “1) ‘la forma en que se produce, se distribuye y se utiliza la información como un recurso estratégico’; 2) el carácter público de la información que ‘sirve para perfeccionar los procesos y las decisiones internas’ de la organización; y, 3) la construcción de ‘procesos de decisión y acción que forman parte del espacio público y, en consecuencia no son excluyentes, asignan responsabilidades con claridad, pueden verificarse y deben conocerse públicamente’” (López, 2017: 289).

El quinto elemento por considerar consiste en la definición de los servidores públicos responsables de su cumplimiento. Para estos autores, “La política de transparencia no se agota en la formación de una oficina o de un órgano responsable de otorgar información solicitada por las personas, sino que exige modificaciones mucho más amplias en la forma en que los gobiernos adoptan la gestión pública” (Merino, 2006:155).

Otro aspecto consiste en las finalidades de la transparencia que, según estos autores, consiste en: a) “conducir al diseño y la implementación de las políticas que lleva a cabo un gobierno es... una clave para fortalecer y multiplicar la calidad de las respuestas a los problemas públicos” (Merino, 2006: 150); b) “abre posibilidades legítimas de participación, promueve la participación y ofrece mayores garantías de afinar en la selección y en la solución de los problemas planteados en la agenda pública” (Merino, 2006: 150). Además, y parafraseando a Jeremy Bentham, agregan “la publicidad no es sólo un control para los servidores públicos sino también un recurso para ellos pues crea la posibilidad que los ciudadanos expresen opiniones y recomendaciones que permitan mejorar las leyes y decisiones” (López, 2017: 280). La transparencia entonces puede considerarse “no sólo como una meta en sí misma sino como un instrumento o prerrequisito para la democratización y mejora del gobierno” (López, 2017: 281).

### 3.3.3.2. Una respuesta a la concepción de la transparencia como algo distinto al derecho de acceso a la información.

Luego de resumir los argumentos más importantes, de quienes adoptan la posición de diferenciar el derecho de acceso a la información de la política pública de la transparencia como política pública, es necesario analizar si sus consideraciones deben aplicarse o debemos de proponer una nueva reasignación de contenidos al concepto. Para proceder de esta forma, es necesario referirme a sus antecedentes jurídicos, a su definición, a las condiciones del obligado de transparentar, a las condiciones de la persona que accede a lo transparentado, a sus efectos en la

función pública y a la materia que se transparenta. Para concluir, como propongo, en la consideración de las obligaciones de transparencia como una más de las garantías primarias del derecho de acceso a la información.

a) Sus antecedentes jurídicos.

El concepto de transparencia se incorpora al ordenamiento jurídico, como ya se señaló, a partir de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2002, y se eleva a rango constitucional en 2007, al adicionarse un segundo párrafo y siete fracciones al artículo sexto constitucional.

Conviene, para comenzar el análisis de este tema, considerar que el artículo sexto consistía en un único párrafo que, con la reforma de 2007, se convierte en el primer párrafo de dicho artículo. Dicho párrafo fue el que, en 1977, determinó la obligación del Estado de garantizar el acceso a la información. Esto es, el que introduce al reconocimiento del derecho de acceso a la información en el orden jurídico positivo. Lo que añade el párrafo adicionado en 2007 fue la inclusión de los principios y las bases del derecho de acceso a la información descritas en las fracciones subsecuentes. La reforma no estableció una nueva materia, distinta, autónoma, ajena, al derecho; al contrario, buscó establecer los primeros principios y bases del derecho reconocido en 1977, con ello, se estableció un marco constitucional para propiciar su protección en todo el país.

Una de esas bases, contenida en una de las fracciones añadidas, es el deber de “publicar, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos”, contemplada en la fracción V y acompañando a otra obligación, la de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Esa ubicación topográfica de la norma, en la parte dogmática de la Constitución, y la interpretación literal del texto nos permite apreciar que tanto las obligaciones de archivo como el deber de publicar indicadores, forman parte de las bases del derecho de acceso a la información. Su incorporación al texto constitucional no se inserta, en este momento, en lo que se denomina la parte orgánica de la Constitución, lo que ocurriría después, cuando se incluya el concepto en el artículo 134, dentro del título séptimo, “Previsiones generales”, y cuyas disposiciones complementan lo dispuesto sobre las funciones públicas. Tenemos así los primeros aspectos a considerar, para valorar si la apreciación de estos dos prestigiados académicos es la que debe prevalecer en el tema.

#### b) Definición.

Procedamos ahora a analizar la definición de la transparencia. Como se señaló antes, Merino considera que “se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por el Estado para darle contenido a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión en la agenda gubernamental”. Mientras que López Ayllón considera que es “una cualidad aplicable a los flujos de

información que constituyen las herramientas a través de las cuales identificamos, conocemos, entendemos y evaluamos la acción gubernamental, tanto de individuos como de grupos y organizaciones”. Analicemos con cuidado estas ideas. ¿Qué son las decisiones y las acciones gubernamentales? El texto actual del artículo sexto lo define con precisión: el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas de los sujetos obligados. El marco normativo determina el conjunto de acciones que deciden ejercer las instancias gubernamentales para cumplir con los requerimiento que derivan directamente de mandatos legales concretos: aprobar en determinada fecha el plan de desarrollo, el presupuesto de egresos, presentar la cuenta pública, entre otros; o como consecuencia de lo requerido o solicitado por los particulares, al amparo también de otras disposiciones jurídicas. Por ejemplo, pavimentar una calle, expedir una licencia de construcción o bien, otorgar un beneficio social.

Cada una de estas decisiones deben adoptarse en cumplimiento de un procedimiento administrativo, que puede variar de acuerdo con la complejidad del asunto o con los requisitos y fases establecidas legal o administrativamente. Pero, ninguna de estas acciones es resultado de la espontaneidad o la casualidad; por esa razón, el diseño presupuestal en nuestro país se encuentra basado en resultados y no puede ejercerse ningún recurso si previamente no se ha determinado el gasto.

Como se aprecia, lo que la acción de transparentar pretende es dar a conocer aquello que los agentes públicos han realizado en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y, al cumplir con esos deberes, lo

que han hecho es agotar los procedimientos administrativos cuya ejecución va generando información sobre el quehacer gubernamental. Como se ha visto, López Ayllón considera que la transparencia es “una serie de principios, normas, criterios y transformar estos flujos —subproductos de la acción organizada— (de información gubernamental) en información pública” (López, 2017: 288); lo que no es exacto. Lo que transforma “los subproductos de la acción organizada” de los entes públicos en información pública no es la política de transparencia, su condición de información pública es consecuencia de su existencia como un registro del ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. Esto es, por el simple hecho de registrar la forma como se ejerce el poder público.

La transparencia no es la acción que regula el proceso de documentación ni tampoco el proceso de ejecución de esa facultades, competencias o funciones. La información no adquiere la condición de ser pública porque sea transparentada; esa información es pública por el simple hecho de generarse en el ejercicio de facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. La transparencia es una función accesoria, concomitante de la acción de gobierno, y consiste en la obligación de divulgar, a través de las plataformas tecnológicas, y mantener actualizada cierta información, de tal forma que se encuentre disponible antes de que sea solicitada, lo que la acerca al derecho de acceso a la información más de lo que estos autores han aceptado.

c) De las condiciones del obligado a documentar.

Evidentemente que los productos informativos que la labor pública produce dependen de “las prácticas y modelos de organización de las dependencias gubernamentales”; pero eso, una vez más, no es consecuencia de la política de transparencia sino de las condiciones específicas de cada sujeto obligado, ya que tienen asignadas acciones comunes a todos los entes públicos, pero también actividades sustantivas, exclusivas, que propician que algunos sean más complejos que otros, lo que requiere incluso un grado diferente de especialización de sus integrantes. También entre un mismo tipo de sujetos obligados la forma de ejercer sus atribuciones varía de sus condiciones específicas; pero, lo que producen instituciones simples, tanto como lo que generan las altamente especializadas o sujetos obligados administrativamente más débiles, al igual que otros administrativamente más fuertes, es exactamente lo mismo: información pública que, en cualquier caso, refleja si ese sujeto obligado en particular cumple con las facultades, competencias o funciones que le han sido legalmente establecidas, así como la forma como lo hace, ya sea que las facultades, competencias o funciones de carácter sustantivo, sean más o menos complejas o según el margen de la capacidad administrativa del ente.

Entonces, la complejidad del sujeto obligado, sus formas de organización influyen en el catálogo de la información que poseen, incluso en el contenido de la misma, pero esas diferencias no nos permiten generar una diferenciación en la condición básica de la información que producen: su condición de pública y su valoración

como insumo para someter a escrutinio la actuación de los agentes gubernamentales. En todo caso, esas diferencias tendrán consecuencias en la cantidad de información disponible, en los formatos empleados para su registro, en la forma como la información se expone y en el grado de interés público para acceder a la información. Por eso es por lo que, entonces, no puedo coincidir en la propuesta que estos autores formulan al expresar que, cuando nos referimos al derecho de acceso a la información y a la transparencia, estemos tratando con dos categorías conceptuales distintas en un mismo nivel de abstracción.

En este sentido, los autores insisten en la diferencia de las políticas de transparencia como consecuencia de características y condiciones organizacionales diversas que exige una adaptación distinta, para cumplir con este deber y la uniformidad que exige el derecho de acceso a la información. Sobre este aspecto conviene precisar las categorías que recién incorporé en el análisis. En primer lugar, todos los sujetos obligados tienen facultades, competencias o funciones que archivísticamente se denomina como comunes; por ejemplo, administrar sus recursos humanos y materiales, financieros, para controlar sus inventarios de bienes, etc., por su parte, según su naturaleza jurídica, los sujetos obligados tienen facultades, competencias o funciones sustantivas, las que ejercen exclusivamente ese tipo de sujetos obligados y que se relacionan directamente con la finalidad para la cual fueron creadas tales instituciones. Es evidente que no todos los sujetos obligados poseen la misma información, todos pueden poseer información relacionada con esas funciones comunes, pero cada uno de ellos posee información sobre sus funciones sustantivas. Por lo tanto, el tipo de información que se les

puede requerir, o el tipo de información que pueden proporcionar de oficio, se relaciona directamente con estas facultades, competencias o funciones legalmente establecidas que les corresponden.

Segundo aspecto, las facultades, competencias o funciones sustantivas de los distintos sujetos obligados se distinguen a partir de la naturaleza jurídica de los mismos, derivan de los fines para los cuales fueron creadas estas instituciones. Por eso existen requisitos distintos para ocupar el cargo en cada una de ellas; no es lo mismo el perfil establecido para ser integrante de un ayuntamiento que el fijado para ser miembro del Instituto de Investigaciones Nucleares, ya que el tipo de facultades, competencias o funciones legalmente asignados varía en la complejidad de sus procedimientos, decisiones, materias, etc. Como consecuencia, el tipo de información que generan es de complejidad diversa.

Tercer aspecto, incluso en un mismo tipo de sujetos obligados su complejidad varía según sus dimensiones y capacidades, el caso más evidente son los municipios. Si bien parece que todos cuentan con las mismas facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, esto no es así del todo y es posible realizar diferentes tipos de segmentaciones: municipios urbanos y rurales, municipios metropolitanos, con población indígena o municipios regidos por sistemas normativos de usos y costumbres, costeros, mineros, industrializados o predominantemente habitacionales, etc. Aun cuando sus facultades, competencias o funciones sustantivas puedan ser mayoritariamente las mismas, algunas de ellas responden a sus condiciones específicas y pueden variar.

A partir de esos tres aspectos conviene retomar también, por lo que de una vez me referiré, a la condición de heterogeneidad que los autores señalan para distinguir a la transparencia y que, desde su punto de vista, le distingue de un derecho humano porque “no debería de existir en principio ninguna razón para que el origen o la residencia de los ciudadanos determinen qué tipo de información pública tendrán a su alcance”. Sobre esta crítica hay que decir que esas diferencias no solamente ocurren en materia de transparencia. Pongamos el ejemplo de los municipios que se rigen por usos y costumbres y los que no. Entre estos tipos de municipios hay diferencias en la forma en la que se eligen a sus autoridades, las sanciones por el incumplimiento de la regulación bajo su jurisdicción, la participación de las mujeres en los asuntos comunes, la forma como atienden las solicitudes de acceso a la información o como transparentan su información. Esas diferencias no derivan en sí mismas de si se trata de una solicitud de acceso a la información o de una acción de transparencia; se derivan de las condiciones que los definen como municipios regidos por sistemas normativos internos de usos y costumbres o no.

Pensemos también en municipios que, sin ser de usos y costumbres, carecen de infraestructura tecnológica para cumplir con estas obligaciones. Pero, así como en estos municipios es más complicado publicar información en las plataformas tecnológicas y cumplir con sus obligaciones de transparencia, también lo es atender, a través de las plataformas tecnológicas, las solicitudes de acceso a la información, y también será mayor el tiempo que ocurra entre la detención de una

persona que comete un delito y su presentación ante el Ministerio Público, por pensar en la garantía de otro derecho humano. Pero esas condiciones que diferencian la forma como se cumplen las obligaciones inherentes a los derechos humanos no propicia que esas obligaciones sean algo distinto a las garantías propias de los derechos humanos. Lo único que muestran es que existe un espectro de efectividad de las garantías, como consecuencia de las condiciones de los sujetos de las obligaciones que los derechos humanos generan. Una vez más, la diferencia deriva de la naturaleza del sujeto obligado, de sus características y no de que se trate de una solicitud de acceso a la información o una obligación de transparencia.

d) Las condiciones de la persona que accede a lo que se transparenta.

La confusión de los autores es más evidente cuando se refieren a los titulares del derecho. Cuando se refieren al derecho de acceso a la información reconocen que la titularidad del derecho es “universal” y corresponde a “todos los ciudadanos”; pero cuando se refieren a la transparencia, trastocan el enfoque y ya no se refieren a los ciudadanos sino a los gobiernos y a los distintos tipos de dependencias. Es aquí donde el error conceptual es más evidente.

La forma de solucionarlo es más que sencilla, conviene preguntarnos ¿quién posee la información? Los sujetos obligados, ellos la generan, la poseen puesto que la emplean como insumos de sus procedimientos o la generan al desarrollarlos; todo ello en cumplimiento de las facultades, competencias o funciones que legalmente les han sido establecidas. Ellos, de suyo, la conocen, la utilizan, la emplean. ¿Quién

no posee la información? Todas las personas ajenas a los sujetos obligados o a las áreas administrativas que poseen la información.

Si tenemos entonces, por un lado, a todas las personas que no poseen la información ya sea porque son ajenas a los sujetos obligados o a las áreas administrativas que la poseen y, por otro lado, a los sujetos obligados y a sus áreas que sí poseen la información, podremos apreciar que el derecho de acceso a la información viene a establecer el poder de las personas que carecen de la información para buscar y recibir la información de aquel que la posee. Con esto sólo me estoy refiriendo al derecho y al titular del derecho, así como al titular de la obligación que el derecho genera para apreciar que se trata de la misma persona, la que carece de información y la busca y debe recibirla, ya sea porque se encuentre publicada de oficio, como una obligación de transparencia, o la reciba luego de presentar su solicitud de acceso a la información.

Ahora conviene preguntarnos, ¿de qué formas, las personas que no poseen la información pueden buscarla y recibirla? Y aquí tenemos dos alternativas, ya sea que los sujetos obligados la difundan de oficio y por mandato legal, hay que decirlo, las acciones de transparencia; o bien, porque las personas se las requieran directamente, mediante una solicitud de acceso a la información que detona los procedimientos que veremos en la siguiente parte de este módulo.

Este procedimiento de análisis nos permite apreciar entonces que derecho de acceso a la información y transparencia son, en efecto, dos categorías conceptuales

distintas; pero también nos permite identificar que estas categorías no comparten el mismo nivel de abstracción, ya que el derecho de acceso a la información se encuentra en un nivel más general que el de la transparencia. De hecho, el nivel del derecho comprende al de la transparencia, y el de la transparencia deriva del derecho y comparte el mismo nivel que el de las solicitudes de acceso a la información.

Apreciar estas diferencias conceptuales es esencial para entender que la transparencia no es algo ajeno al derecho de acceso a la información sino una consecuencia del derecho, una más, de las garantías primarias del derecho, una obligación impuesta a los sujetos obligados, la que deben atender en el ámbito de sus facultades, para que el derecho se garantice.

e) Sus efectos en la función pública.

Vale la pena destacar, justo ahora, que cuando estos autores se refieren a la transparencia bajo este aspecto, claramente la identifican como una “política pública que debe originarse al interior de los gobiernos que deciden adoptarla para modificar sus patrones tradicionales de acción pública. Y por eso no puede ser universal como sí debe serlo el derecho de acceso a la información pública”. Quizá de aquí derive la confusión conceptual que comparten. Tendríamos que preguntarnos, ¿quieren decir estos autores que, si la transparencia es una política pública, puede haber distintas formas de transparencia? ¿Una política pública es una acción de gobierno ajena e independiente a los derechos humanos?

Sobre estas consideraciones hay que precisar que, desde el punto de vista instrumental, desde el cómo se cumplen estas tareas, en efecto, pueden existir distintas formas de cumplir con las obligaciones de transparencia. La más importante y la que pretende homogenizar el proceso, es el uso de la Plataforma Nacional de Transparencia; lo que no es inexplicable, sino que responde directamente al mandato constitucional de divulgar la información a través de plataformas tecnológicas. También pueden adoptarse otras medidas, como el uso de pizarras físicas en lugares comunes, especialmente pensando en los municipios con capacidades administrativas limitadas.

Pero estos autores se refieren más bien a las diferencias en el contenido de la información. No es lo mismo el proceso de adjudicación en un municipio con un presupuesto de más de mil millones de pesos que aquel en el que apenas si se compra la papelería necesaria para funcionar, o aquel en el que no se puede comprar nada. Pero una vez más se confunde el contenido de la información con el deber de informar. El acceso a la información, ya sea por vía de una solicitud de acceso a la información o porque se haya publicado previamente, consiste en el acceso a la información tal y como obre en los archivos, tal como exista y como se haya generado. El acceso a esa información permitirá apreciar la forma como el sujeto obligado cumple con sus funciones.

Ya sea que estos autores se refieran a las diferentes vías para acceder a la información que se transparenta, o al contenido diverso de la información, eso

deriva de las condiciones estructurales del sujeto obligado y no a las diferencias entre el acceso a la información y la política de transparencia.

Ahora bien, si la diferencia radica en los distintos catálogos de información disponible, lo que existía predominantemente antes de la reforma constitucional de 2014, y de la emisión de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, es necesario precisar que esa realidad ha sido superada, tal y como se explicará más adelante.

Pero conviene detenernos un poco más en la segunda interrogante fundamental sobre este tema: ¿las políticas públicas se relacionan directamente con los derechos humanos? Una anterior y equivocada consideración reduccionista de los derechos podría conducir a estos autores, a pensar que no se relacionan.

Formalmente el derecho a la integridad o a la libertad personal requiere de la conducta individual de un servidor público; un policía, por ejemplo, que atienda diligentemente una llamada de auxilio que, cuando asegure a una persona, no cometa actos crueles o degradantes; que no realice una detención sino por la comisión de una conducta delictiva en flagrancia o por la orden fundada y motivada de un juez y que, una vez hecha una detención, proceda a presentar de manera pronta e inmediata a los detenidos ante la autoridad, que no vulnere el derecho de las personas a no inculparse, etc. Todas estas parecen conductas aisladas de un servidor público frente al titular de un derecho.

Puede ser que estos autores consideren que el derecho de acceso a la información se parece a esta descripción anterior. Una persona solicita cierta información y un conjunto de servidores públicos, aislados del resto, debe proceder a su búsqueda y entrega.

Pero la verdad es que la interpretación de los derechos bajo esa condición tradicional, entendiendo a los derechos más bien como mandatos de no lesión, es bastante ajena a la realidad de las cosas.

Regresemos a uno de los ejemplos recientes. ¿Qué se necesita para que un policía se comporte de la manera descrita? ¿De manera espontánea puede cumplir con ese alto estándar de protección a los derechos de libertad e integridad personal? Evidentemente que no. Se requiere del establecimiento de una serie de políticas públicas sobre ingreso, selección, formación y permanencia de los elementos policiacos. Requiere de una política pública de capacitación permanente, así como de la existencia de un régimen disciplinario suficientemente capaz de sancionar conductas inadecuadas. Todas estas tareas no se hacen presentes, directamente, en el momento de la detención. En ese instante no van los funcionarios encargados de seleccionar, capacitar, controlar la actuación de los funcionarios; pero, sin la existencia de esas funciones, difícilmente la forma como los policías ejercen sus atribuciones podría garantizar los derechos a la libertad e integridad personal. Directamente estas tareas no concurren en el momento en el que hay que garantizar el derecho, pero son presupuestos esenciales sin los cuales el derecho no puede ser garantizado, obligaciones que deben observar los servidores públicos

para que, al momento concreto de garantizarle el derecho en cuestión a una persona determinada, se haga con el mejor estándar de protección.

Lo mismo pasa en materia de acceso a la información. Si los servidores públicos no realizaran una serie de actos, previamente a que se formulara una solicitud, como documentar sus decisiones, gestionar los archivos administrativos actualizados o publicar la información, el derecho no podría garantizarse, aun cuando se hiciera una solicitud de acceso a la información pública.

Hoy debemos considerar que la garantía de los derechos humanos, cualquiera de ellos, no sólo los derechos sociales, económicos y culturales, sino también los civiles y políticos, requieren de la implementación de costosas y cada vez más complejas políticas públicas. Pensemos en el derecho a la propiedad. Sin un registro público de la propiedad moderno, con procedimientos automatizados, fiables e íntegros, no se podría garantizar. Ya se hizo referencia a los derechos a la integridad y a la libertad. Pensemos en el derecho a la reinserción social, sin políticas públicas en el sistema penitenciario, o el derecho a la circulación, sin políticas públicas en infraestructura y, en el terreno de los sociales, el derecho a la salud, sin políticas públicas sanitarias, o en el derecho a la educación, sin políticas públicas educativas, su garantía termina siendo tremendamente deficiente y, un poco eso es lo que esconde la visión restrictiva del concepto de garantías, que son este tipo de deficiencias, por la falta de política públicas eficientes y eficaces, las que mayores y más graves efectos generan en los derechos de las personas y no

sólo el incumplimiento de las sentencias finales a los recursos judiciales de garantía.

Las políticas públicas no pueden entenderse como meros procedimientos internos de las instituciones públicas, vinculadas solamente a su funcionalidad dotándola de racionalidad, organización, control y mejoría, como insumos de uso exclusivamente de los agentes gubernamentales. Las políticas públicas sirven para todo eso, pero con una finalidad última, procurar que las instituciones cumplan de una mejor manera los fines para los cuales fueron diseñadas, todos los cuales, finalmente, se relacionan con la preservación de los derechos de las personas. Más aún, todas no son sino la realización de acciones en el cumplimiento de las facultades, competencias o funciones; acciones que deben documentarse y que son sujetas al derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, una política pública, pensaríamos netamente interna de una institución, como la contención del gasto y el control salarial, repercute en el fortalecimiento de las capacidades de operación del Estado, si los ingresos que resultan de su ejecución se canalizan a fines vinculados con la atención de las demandas de las personas o bien, pueden propiciar el indebido ejercicio de los recursos públicos y el incumplimiento de los mandatos legales que sujetan a los servidores públicos lo que, desde luego, es materia del derecho de acceso a la información pública.

Lo mismo si pensamos en una política pública como la introducción de nuevas tecnologías y digitalización de los procedimientos de una institución puede

repercutir en un mejor funcionamiento interno que permita conseguir mejores resultados en las acciones sustantivas asignadas.

Esta condición de apreciar cómo las políticas públicas se convierten en garantías de los derechos, nos permite entonces someter a escrutinio la propuesta de estos autores para valorar si su propuesta de distinguir el carácter activo del derecho de acceso a la información, y si la condición pasiva de la transparencia debe seguirse o no.

El ejercicio de los derechos no puede concebirse limitado al instante mismo en que el titular de ese derecho se ve en la necesidad de ejercerlo. Pensemos en el derecho a la seguridad de las personas. Cualquier persona desearía, ese sería el ideal, nunca tener que requerir el auxilio de los integrantes de las instituciones policiales del Estado para protegerse de la conducta de otra persona que amenaza su propia seguridad. En las sociedades donde esto es así, pensaríamos utópicamente que la condición pacífica y civilizada de sus integrantes es lo que propicia que sean muy pocas las personas que requieran las prestaciones directas, el auxilio policiaco, que garanticen su derecho, pero ¿esas prestaciones directas serán, exclusivamente las garantías del derecho a la seguridad?

¿No será que en realidad la existencia de un ordenamiento jurídico efectivo, de un sistema de justicia eficiente, de instituciones policiacas altamente capacitadas sean las que motiven a la población a tener una convivencia generalizadamente pacífica y civilizada y, por lo tanto, sean las garantías más efectivas del derecho a la

seguridad de las personas, además de las prestaciones directas como acudir de inmediato a una solicitud de auxilio?

Esto quiere decir que el Estado tiene que cumplir con todas las obligaciones que genera el reconocimiento del derecho y contar con los hospitales adecuados y suficientes, con los médicos especializados y las medicinas necesarias para atender determinado padecimiento, aunque éste sea sumamente extraño y no esperar a que haya incidentes para, entonces sí, construir instalaciones, contratar personal y gestionar las medicinas.

Que el Estado debe de contar con un ordenamiento jurídico suficientemente amplio para considerar punibles diversos tipos de conductas, aun cuando éstas no se cometan, o se cometan en una frecuencia muy baja; aun cuando la costumbre haya derogado una norma por su desuso, la norma sigue existiendo y garantizando la esfera de los derechos de las personas.

Así también, la transparencia consiste en las obligaciones que el Estado tiene de informar de oficio diversos conceptos sobre su funcionamiento, que se relaciona con el ejercicio de recursos públicos y con el cumplimiento de las facultades, competencias o funciones legalmente asignados, independientemente de que sean muchos o pocos quienes busquen esa información, incluso al margen de que se busque o no. Pero vuelven, una vez más, las acciones de transparencia, a constituirse como una modalidad más de la garantía del derecho de acceso a la información de las personas, no como un campo distinto y separado.

Y llegamos a la última de las respuestas a las consideraciones de estos autores. La finalidad de la transparencia no es otra sino permitir que la población, que carece de la información sobre la forma como actúan los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes legales, cuente con bancos de información actualizados, permanentes y abiertos donde buscar información y recibirla.

¿La transparencia permite mejorar el desempeño de las funciones públicas? En efecto, lo mismo que las solicitudes de acceso a la información. Así como un conjunto de servidores públicos, al momento de integrar la información que harán pública puede apreciar las deficiencias que cometieron y las mejoras que pueden adoptar, eso también ocurre cuando otros servidores públicos buscan la información y la preparan para su entrega. Lo mismo pasa cuando las personas que obtuvieron la información a través de la consulta del banco de información que se ha dado de conocer de oficio, o mediante la respuesta a sus solicitudes de acceso a la información, adquieren un mayor conocimiento sobre si se ejercieron o no las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas de los sujetos obligados y de la forma como se ejercieron, para entonces influir en la toma de decisiones, exigir la reparación de los daños generados o promover acciones de sanción política, administrativa o penal en contra de los responsables de cometer conductas indebidas al amparo del poder público.

En realidad, los dos son fases distintas de un solo proceso que debería de ser continuo para los sujetos obligados. El dar a conocer sus actuaciones para

responder al juicio de los gobernados. Luego entonces, volvemos a advertir que la diferencia entre el derecho de acceso a la información y la transparencia no consiste en la existencia de dimensiones distintas y ajenas. Son diferentes en tanto el derecho de acceso a la información es una categoría más general y porque la transparencia es una parte de ese derecho, en tanto garantía. Pero la transparencia no es un todo aparte y distinto.

f) La materia que se transparenta.

No hay, por tanto, una diferencia entre la materia del derecho de acceso a la información y la materia de la transparencia, el objeto es exactamente el mismo: la información que generan los sujetos obligados al ejercer sus facultades, competencias o funciones, actos que se circunscriben a procesos administrativos que generan productos informativos que le permiten, primero a los propios sujetos obligados y, después, a un observador externo, hacerse una opinión sobre la racionalidad, eficiencia, eficacia, cumplimientos de mandatos de planeación, presupuestación, ejercicio del gasto, respeto a los procedimientos legal o reglamentariamente establecidos para adoptar tales fines. El objeto de los dos procedimientos sigue siendo el mismo y ambas modalidades permiten garantizar el derecho de acceso a la información.

Lo que se publica de oficio y lo que se entrega como respuesta a una solicitud de acceso a la información, son los documentos en los que se registra el cumplimiento, o no, del ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente

establecidas para el sujeto obligado y la forma como ocurrió, el fenómeno concreto, del ejercicio de dichas atribuciones.

### 3.3.3.3. El diseño de la transparencia como garantía primaria del derecho de acceso a la información pública.

Al amparo de las consideraciones anteriores es que me parece necesario apartarme de la idea de que la transparencia es ajena al derecho de acceso a la información pública, o la condición pasiva del derecho para proponer entenderla como la tercera de las obligaciones directas que genera el derecho; esto es, como una garantía primaria más.

La última parte de la fracción V de la sección A del artículo sexto constitucional, establece la obligación de todos los sujetos obligados de “publicar, a través de medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permiten rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos”.

Para explicar esta garantía primaria del derecho de acceso a la información me referiré al tipo de información y al medio de difusión.

La información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos, y los indicadores que permiten rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos, son una parte de la información pública en posesión de

los sujetos obligados; por lo tanto, es una parte de la materia del derecho de acceso a la información. Sobre esta parte de la materia pesa una condición específica: la obligación de publicarla de oficio, empleando los medios tecnológicos disponibles, antes de que cualquiera de los titulares del derecho proceda a solicitarla formalmente.

De esta forma, este conjunto de información que cada sujeto obligado debe mantener actualizada en esos medios tecnológicos disponibles constituye un banco de información permanentemente disponible, que debe actualizar periódicamente el titular de la obligación; de tal forma que cuando el titular del derecho pretenda acceder a la misma solo necesita acudir al sitio electrónico, comenzar su búsqueda y recibir, por esta modalidad, la información de su interés.

Al determinarse lo anterior se consigue generar las largas series de información sobre conceptos determinados que posibilitan el seguimiento del comportamiento de los sujetos obligados; la condición de disponibilidad, sin que medie ningún procedimiento que ponga en una relación directa al titular del derecho con el titular de la obligación generada por el derecho, opera en favor del primero ya que los servidores públicos estarán impedidos de conocer qué información se está consultando y quién o de dónde proviene la persona que consulta esa información.

A través de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se determinó que la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos consiste en lo que se identificó como obligaciones comunes, las

que incluyen mayoritariamente las que pueden definirse como acciones comunes de todos los sujetos obligados, contar con un como marco normativo, directorio, ingresos de los funcionarios, procesos adquisitivos, objetivos programáticos, metas y resultados, entre otros, pero también algunas de carácter sustantivo como: operación de programas sociales.

De estas apreciaciones surgió la necesidad de identificar 48 conceptos denominados como transparencia común, identificados en el artículo 70 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y que comprenden:

1. El marco normativo aplicable.
2. La estructura orgánica completa.
3. Las facultades de cada área.
4. Las metas y objetivos derivadas de su programa operativo anual.
5. Los indicadores de interés público o trascendencia social.
6. Los indicadores sobre sus objetivos y resultados.
7. El directorio de sus integrantes.

8. Las remuneraciones,
9. Gastos de representación y viáticos.
10. El número de plazas.
11. Las contrataciones de servicios profesionales por honorarios
12. Las versiones públicas de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos que así lo determinen
13. El domicilio de la unidad de transparencia.
14. Las convocatorias a concursos para ocupar cargos públicos.
15. La información de los programas sociales.
16. Las condiciones generales de trabajo, contratos o convenio laborales.
17. La información curricular de mandos medios y superiores.
18. El listado de servidores públicos con sanciones administrativas definitivas.
19. Los servicios que ofrecen y sus requisitos.

20. Los trámites, requisitos y formatos.
21. La información financiera sobre el presupuesto asignado.
22. La información de la deuda pública.
23. El gasto en comunicación social.
24. Los informes de resultados de las auditorías.
25. Los resultados de la dictaminación de los estados financieros.
26. Los montos y la información sobre las personas a las que se les asignó recursos públicos o realizan actos de autoridad.
27. Las concesiones, contratos, convenios, permisos, licencias o autorizaciones.
28. La información sobre los resultados sobre procedimientos de adjudicación en sus distintas modalidades.
29. Los informes que deban generarse.
30. Las estadísticas sobre el cumplimiento de deberes legales.

31. Informes de avances programáticos o presupuestales, balances generales y su estado financiero.
32. Padrón de proveedores y contratistas.
33. Convenios con sectores social y privado.
34. Inventarios de bienes.
35. Recomendaciones emitidas por el ombusman.
36. Resoluciones y laudos.
37. Mecanismos de participación ciudadana.
38. Programas que ofrecen.
39. Actas y resoluciones del Comité de Transparencia.
40. Evaluaciones y encuestas que hagan financiadas con recursos públicos.
41. Los estudios financiados con recursos públicos.

42. Listado de jubilados y pensionados.
43. Ingresos recibidos.
44. Donaciones hechas.
45. Catálogo de Disposición Documental y Guía de Archivo Documental.
46. Actas de los consejos consultivos.
47. Listado de solicitudes de empresas de telecomunicaciones.
48. Cualquier otra información que sea de utilidad o relevante.

También se consideró que, dada la diversa naturaleza de los distintos sujetos obligados, era procedente identificar conceptos de transparencia específica para los diversos tipos de sujetos obligados, los que se señalan en los siguientes artículos: en el 71 y que corresponde a las de los poderes ejecutivos, contempladas en dos fracciones y 9 incisos. En el artículo 72, las de los poderes legislativos, contenidas en 15 fracciones; en el artículo 73, se encuentran las específicas de los poderes judiciales, con 5 fracciones; en el 74, las que corresponden a los órganos autónomos. En la fracción I, con 14 incisos, las de los órganos electorales; en la fracción II, con 13 incisos, las de los organismos protectores de derechos humanos; y, en la fracción III, con 7 incisos, las de los órganos garantes del derecho de acceso

a la información; en el artículo 75, las de las universidades, consignadas en 9 fracciones; en el artículo 76, las de los partidos políticos, con 30 fracciones; en el 77, las de los fideicomisos, fondos públicos o mandatos, con 8 fracciones; en el 78, las de las autoridades administrativas o jurisdiccionales laborales, con 8 fracciones; en el artículo 79, las de los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad contempladas, en 4 fracciones; mientras que en el artículo 83, las obligaciones en materia energética.

En esta parte la Ley General viene a modificar inercias pasadas. Por un lado, establece un conjunto de temas informativos que todos los sujetos obligados deben publicar antes de que dicha información sea requerida.

Estas disposiciones de la Ley General fueron complementadas con otras de carácter administrativo, emitidas por el Sistema Nacional de Transparencia. Me refiero a los Lineamientos Técnicos Generales para la Publicación, Homologación y Estandarización de la Información de las Obligaciones Establecidas en el Título quinto y en la Fracción IV del artículo 31 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que deben de difundir los sujetos obligados en los portales de Internet y en la Plataforma Nacional de Transparencia

Mediante los lineamientos se definieron los formatos y campos de información necesarios que deben de observarse para la publicación de la información lo que, siguiendo los trabajos que en el país se desarrollan en materia de armonización contable, debe conducir a que esta información requerida se publique en el mismo

grado de descripción y detalle, por parte de todos los sujetos obligados que utilizan la plataforma tecnológica diseñada; ya sea que en un concepto difundan un registro o miles de ellos, según la cantidad de información que generen y que se derive de la frecuencia del ejercicio de la facultad; y que la presentación homogénea de la información sea útil para apreciar las tendencias que ocurren en el comportamiento de los sujetos obligados en el tiempo, y para confrontar su actuación con otros sujetos obligados.

Los lineamientos también determinan plazos de actualización, conservación, procedimientos de carga y resguardo de la información. Todas estas acciones permiten despejar las objeciones analizadas en las secciones anteriores.

Conviene ahora referirnos al medio tecnológico empleado. La Ley General asignó a los organismos garantes la misión de desarrollar, administrar, implementar y poner en funcionamiento “la plataforma tecnológica que permita cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones” señaladas en la ley, según lo dispuesto en su artículo 49. En el siguiente artículo se identifican los sistemas que debe comprender dicha plataforma: el de solicitudes de acceso a la información, el de gestión de medios de impugnación, el sistema de portales de obligaciones de transparencia y uno de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

A través de la definición del medio tecnológico, la Plataforma Nacional de Transparencia, apreciamos que el legislador volvió a apreciar que ese instrumento

permite “cumplir con los procedimientos y obligaciones” y cuenta con dos sistemas en particular, uno para atender las solicitudes de acceso a la información y otro para alojar los sistemas de obligaciones de transparencia; así como un tercero, para sustanciar los recursos de revisión. Esto es, la plataforma permite atender las acciones de estas garantías primarias y secundarias del derecho de acceso a la información.

De esta forma tenemos entonces que hay un conjunto de información pública, que es pública en tanto se encuentre en posesión de los sujetos obligados, conste en documentos que registran el ejercicio de facultades, competencias y funciones legalmente establecidas; y, el artículo sexto constitucional ordena a los sujetos obligados difundirla y mantenerla actualizada a través de una plataforma tecnológica. Lo anterior con una clara finalidad, que cualquier persona que carezca de esa información, pero tenga interés en conocerla, acuda a ese banco de información, sin necesidad de registrarse, solicitarla y esperar a que se la entreguen, la busque y la obtenga. A la luz de estas consideraciones, las obligaciones de transparencia constituyen una modalidad expedita y homogénea de acceder a información pública y, al ser una obligación que se impone al titular de la obligación que genera el derecho de acceso a la información, quien no puede disponer si cumple o no con ello, termina por configurarse no como una materia ajena al derecho de acceso a la información, sino como una garantía primaria más.

Por último, debe destacarse un aspecto adicional: así como el incumplimiento de los deberes de documentar las decisiones y resguardar los documentos en archivos

administrativos actualizados provoca una afectación al derecho de acceso a la información y provoca el inicio de procedimientos para atender el mandato de la última parte del párrafo primero constitucional: reparar, investigar y sancionar a los responsables, lo que tendría que influir en prevenir esas conductas. La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece un procedimiento disponible para que el titular del derecho se queje por el incumplimiento de un sujeto obligado a su deber de publicar de oficio, de transparentar, esta información. Procedimiento que intenta reparar la afectación, investigar al responsable y, en su caso, sancionarlo, o que debería de servir para prevenir estas conductas. En este momento no abundo en este procedimiento porque, a diferencia de la resolución de inexistencia, la denuncia por incumplimiento de las obligaciones de transparencia es perfectamente una garantía secundaria, porque sólo puede desahogarse en sede del órgano garante, razón por la cual se analizará en el siguiente módulo.

#### 3.3.4. Las solicitudes de acceso a la información pública.

El artículo sexto constitucional y el Pacto de San José establecen la necesidad de integrar procedimientos fáciles, accesibles y gratuitos para acceder a la información pública; para ello se ha diseñado el procedimiento denominado solicitudes de información, considerado en el artículo 121 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública que, en el artículo 150 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, se define como garantía primaria del derecho de acceso a la información.

El artículo 122 de la Ley General precisa que, cualquier persona por sí misma o través de su representante, puede presentar la solicitud, ya sea ante la Unidad de Transparencia, mediante la Plataforma Nacional, en las oficinas designadas para ello, por correo electrónico o correo postal, mensajería, telégrafo, verbalmente o cualquier medio aprobado por el Sistema Nacional.

En ese sentido, el artículo 124 determina los requisitos para presentarlas, entre los que se encuentran el nombre o los datos generales del representante, domicilio o medio para recibir notificaciones, descripción de la información solicitada, cualquier otro dato que facilite su búsqueda y eventual localización, así como la modalidad de entrega (lo que incluye medio verbal, consulta directa, expedición de copias simples o certificadas o la reproducción en cualquier otro medio, incluidos los tecnológicos); pero precisa que, tanto el nombre como los datos para facilitar la búsqueda, son opcionales y no pueden considerarse como requisitos indispensables para la procedencia de la solicitud.

Es muy importante destacar el énfasis que se ha puesto para evitar el dato del nombre como un requisito esencial de procedencia. Sobre esto se ha considerado que, dada “la universalidad del derecho otorga legitimación activa a cualquier persona” (López, 2008: 8); sin que sea necesario “acreditar un interés directo o una afectación personal para la obtención de la información requerida” (CoIDH: Caso Claude Reyes y otros, Serie C. No. 151: 77).

El objeto del procedimiento se encuentra definido en el artículo 129 de la misma Ley General, permitir el “acceso a los documentos que se encuentren en sus archivos o que estén obligados a documentar de acuerdo con sus facultades, competencias o funciones en el formato en el que el solicitante manifieste, de entre aquellos formatos existentes”, cuando se traten de bases de datos se procurará la entrega en formatos abiertos.

Los plazos de atención de las solicitudes se fijan en hasta veinte días, a partir del día siguiente de su presentación, con la posibilidad de ampliarse hasta por diez días más “siempre y cuando existan razones fundadas y motivadas, las cuales deberá ser aprobadas por el Comité de Transparencia, mediante la emisión de una resolución” la que debe notificarse al titular del derecho antes del vencimiento del primer plazo; según lo dispone el artículo 132 de la Ley General. Pero el primer plazo se disminuye a cinco días, como lo determina el artículo 130, cuando la información “esté disponible al público en medios impresos, tales como libros, compendios, trípticos, registros públicos, en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio”. En estos casos debe informarse la fuente, el lugar y la forma de consulta. Especialmente esta opción se refiere a los casos en los que la información forme parte de las obligaciones de transparencia, en cuyo caso, el sujeto obligado debe informar que se encuentra en la Plataforma Nacional de Transparencia, lo que no implica una referencia genérica sino el sitio electrónico exacto en el que se encuentre, o la explicación de los pasos que hay que seguir en la Plataforma hasta obtener la información requerida (05393/INFOEM/IP/RR/2019).

También debe considerarse el plazo señalado en el artículo 136 de la Ley General, y que se fijó en tres días posteriores a la recepción de la solicitud para informar de la determinación de notoria incompetencia del sujeto obligado para atender la solicitud de información, de ser posible informar al solicitante el o los sujetos obligados competentes, con la precisión de que la determinación no puede ser total cuando alguna parte de la información requerida sí forme parte de sus facultades, competencias o funciones.

Sobre el procedimiento interno para atender las solicitudes, el artículo 134 de la Ley General determina que cada sujeto obligado establecerá la forma y términos en los que se realizará el trámite interno de las solicitudes; pero, el artículo 131 determina que recibida una solicitud se debe “garantizar que las solicitudes se turnen a todas las Áreas competentes que cuenten con la información o deban tenerla de acuerdo a sus facultades, competencias y funciones, con el objeto de que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable”.

A la luz de estas disposiciones podemos considerar entonces que, si todas las personas gozan del derecho de buscar, recibir y difundir información, que se encuentra en posesión de los sujetos obligados y que generan en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, entonces el medio más importante para que el titular del derecho pueda ejercerlo consiste en el procedimiento de acceso a la información pública. Procedimiento que puede adoptar diversas modalidades, desde la consulta oral acudiendo a la oficina de la unidad de transparencia, por

escrito libre, mediante la Plataforma Nacional de Transparencia, correo certificado, etc.

De estas modalidades la más accesible y, al mismo tiempo, la que mejor protege y puede garantizar incluso el anonimato del titular del derecho que lo ejerce es la Plataforma Nacional, ya que no se necesita acreditar interés jurídico e identidad.

Una vez que se formula la solicitud de información y ésta llega a la unidad de transparencia, tendría que gestionarse en lo que identifiqué como dos etapas, la de búsqueda y la de entrega. En lo que corresponde a la primera de ellas, los servidores públicos tienen que hacer el primer análisis para determinar: a) si el sujeto obligado es competente para contar con la información o no; b) si la información ha sido publicada previamente; o, c) en su caso, turnar a todas las áreas que, por sus facultades, pudieran tener la información para que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable.

La segunda etapa, que identifiqué como de entrega, puede tener una modalidad simple con las siguientes variantes: a) la unidad de transparencia identifica que no es competente y responde en ese sentido, tres días después de recibida la solicitud, al titular del derecho; b) la unidad de transparencia identifica que la información se encuentra publicada y responde informando el sitio donde se encuentra dentro de los cinco días posteriores a la recepción de la solicitud; c) los integrantes de las áreas administrativas a las que fue turnado el requerimiento, localizan la información y, por ser de carácter netamente público, la remiten así a la unidad de

transparencia para su entrega, lo que tendría que ocurrir en el plazo de los veinte días inicialmente planteados para la atención de las solicitudes.

La otra modalidad de esta etapa puede denominarse como compleja y puede ocurrir en sede la última variante anterior con alguna de las siguientes posibilidades. Los servidores públicos de las áreas administrativas a las que fue turnado el requerimiento a) no localizan la información; b) consideran que la entrega de la información sobrepasa las capacidades técnicas del sujeto obligado por ello determinan cambiar la modalidad de entrega a consulta directa; o, c) identifican que contiene información susceptible de ser clasificada como reservada o confidencial, procedimientos que justificarían la adopción del plazo adicional para atender la solicitud de acceso.

Las variantes de esta segunda modalidad corresponden a la aplicación de una serie de restricciones al derecho de acceso a la información, razón por la cual se abordará con mayor detenimiento en el módulo quinto de esta investigación.

Pero es importante regresar a la primera etapa, que corresponde a la búsqueda de la información; y a la segunda etapa, de entrega, pero sólo en su modalidad simple. Para que la unidad de transparencia pueda recibir la solicitud de información y determinar si el sujeto obligado es competente para tener la información o no; y, si es competente, para estar en condiciones de turnar a todas pero sólo a aquellas áreas administrativas que puedan tener la información, por corresponder al ejercicio de las facultades, competencias o funciones que les

competan; es necesario que el sujeto obligado tenga ciertos instrumentos documentales que le permitan conocer con certeza la totalidad de las facultades, competencias o funciones del sujeto obligado. Si bien, contar con la compilación del marco normativo podría ser útil para este fin, no sería ni oportuno ni fácil, por lo que es necesario referir que lo que permitiría tener un claro, completo y pronto conocimiento de todas estas facultades, competencias o funciones sería el uso de un instrumento básico de control de la gestión archivística: el Cuadro General de Clasificación Archivística.

Ahora que, para saber con precisión dónde buscar e identificar a las unidades administrativas que podrían poseer la información, se requiere del uso del otro instrumento de control archivístico: el Catálogo de Disposición Documental, así como de otros instrumentos de descripción archivística, como los inventarios documentales, entre ellos, los de transferencia. Desgraciadamente, la mayor parte de los sujetos obligados carecen de estos instrumentos de gestión documental, lo que muchas veces explica por qué ocurren respuestas que terminan por lesionar, en diversos grados, el derecho de acceso a la información de distintas personas.

Ya sea porque hasta que concluye el plazo original, y a veces hasta después de la prórroga se responde que el sujeto obligado no es competente para tener la información, o se informa dónde se encuentra publicada la información. En no pocas ocasiones se hacen declaratorias de inexistencia sin adoptar las medidas necesarias para localizar la información; en otros casos, las búsquedas exhaustivas y razonables son ficticias y maquinadas, ya que no se incluyen elementos objetivos

que le den certeza al titular del derecho de que, en efecto, se realizaron; y, en no pocas ocasiones, se emiten resoluciones de inexistencia sin iniciar los procedimientos de responsabilidades administrativas. Sin incluir, en esta parte de la exposición, los excesos que ocurren por declarar inexistencias, sin cumplir con las disposiciones normativas que disciplinan este supuesto; o las clasificaciones de la información que, como referí antes, será analizado en el módulo quinto de esta investigación.

Así que el éxito o fracaso del procedimiento de solicitud de la información depende, como es lógico y razonable, del conjunto de obligaciones que los servidores públicos deben atender, en las fases previas, a que el titular del derecho inicie el procedimiento formal de búsqueda.

Por lo que esta garantía primaria, en particular, depende del cumplimiento del resto de las garantías primarias del derecho de acceso a la información, lo que también pasa, como ya se explicó, con el caso de otros derechos, que la garantía primaria consistente en la obligación de no realizar una detención ilegal, o no realizar actos crueles o inhumanos, depende del cumplimiento de otras obligaciones como la capacitación de los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley. Unas y otras, cada vez queda más claro, son obligaciones inherentes y directamente relacionadas con los derechos y, por lo tanto, garantías primarias.

En particular, frente a las posibles deficiencias que pudieran presentarse al atender una solicitud de acceso a la información, el titular del derecho tiene a su

disposición el recurso de revisión como procedimiento para investigar, reparar y sancionar las violaciones al derecho y, con ello, prevenirlas. Este procedimiento también responde, no sin ciertas peculiaridades, a los criterios teóricamente definidos para las garantías secundarias y que no se encuentra a disposición de los sujetos obligados, por lo que se analizará en el siguiente módulo y no en este.

#### 3.4. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información.

Dicho lo anterior, me parece oportuno cerrar este módulo considerando que el diseño actual del derecho de acceso a la información pública, por lo que corresponde la determinación de sus garantías primarias, responde a los criterios constitucionales de protección de los derechos humanos señalados en el artículo primero constitucional.

Por un lado, en el artículo sexto constitucional se reconoce el derecho como el derecho de las personas de acceder a la información en posesión de los sujetos obligados la que, por principio, es pública, salvo las restricciones que defina la ley; así como el reconocimiento de las garantías para su protección, entre ellas, podemos identificar a las primarias como las inmediatamente relacionadas con el derecho y, por lo tanto, comunes para todos los sujetos obligados: el deber de documentar todo acto que realicen en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones; de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados; la de publicar, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con



los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos; y, finalmente, los procedimientos para solicitar información.

El cumplimiento de estas obligaciones y la forma como se logra, por parte de todos los servidores públicos, en el ámbito de sus atribuciones, permite promover, proteger, respetar y garantizar el derecho de acceso a la información pública. Las acciones para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos formarán las garantías secundarias que son las que se analizan en el siguiente módulo.