



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.Cuatro Las garantías secundarias del derecho de acceso a la Información pública.....	6
4.1. Determinación de las garantías secundarias según el parámetro de regularidad constitucional de los derechos humanos.....	6
4.1.1. El deber de prevención.....	12
4.1.2. El deber de investigar.....	15
4.1.3. El deber de sancionar.....	16
4.1.4. El deber de reparar.....	20
4.2. Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información.....	22
.	
4.2.1. El diseño del procedimiento de revisión.....	23
4.2.2. La autoridad de	



	tutela.....	46
4.2.3.	El procedimiento.....	50
4.2.4.	Efectos de las resoluciones.....	58
4.2.5.	La segunda instancia.....	68
4.2.6.	La verificación de las obligaciones de transparencia y la denuncia por incumplimiento.....	70
4.3.	Cumplimiento del parámetro de regularidad constitucional en el diseño jurídico de las garantías secundarias del derecho.....	75



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 CUATRO

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

LAS GARANTÍAS SECUNDARIAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

**MTRO. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE LA PAZ**

Módulo Cuatro. Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información pública.

4.1. Determinación de las garantías secundarias según el parámetro de regularidad constitucional de los derechos humanos.

Los derechos humanos son una relación jurídica consistente en el derecho a la propia conducta o a la conducta ajena (Kelsen, 2008: 87). La primera de las dos posibilidades antes mencionadas puede tener las siguientes expectativas: que el titular de la obligación jurídica que genera el derecho se abstenga de cualquier acto y que dicha abstención permita realizar la conducta del titular del derecho, que realice algún acto que estorbe en cierto grado la conducta o, incluso, que los actos que realice terminen por impedir totalmente la realización de la conducta. La segunda de las dos posibilidades señaladas al inicio tiene, a su vez, las siguientes expectativas: que el titular de la obligación que genera el derecho realice la conducta esperada, que ejerza alguna conducta que en cierto grado satisface la pretensión del titular del derecho, que haga algo que defrauda totalmente esa pretensión, que realice algo que pueda generar una mayor lesión al bien jurídico protegido; o que, simplemente no haga nada para satisfacer el derecho.

Cuando únicamente ocurre la primera expectativa de cada posibilidad, puede decirse que la relación jurídica se desarrolló de forma congruente y plena. Por lo

tanto, la relación jurídica se agota y se cumplen perfectamente los supuestos previstos por la norma y se ha dado a cada cual lo suyo.

Pero en los tipos restantes de expectativas existe un grado de incumplimiento en la relación jurídica que trae como consecuencia una posible afectación en el ejercicio del derecho. Esas distintas afectaciones pueden ser consecuencia de dos tipos de conductas de los titulares de la obligación que genera el derecho: de actos formales inválidos; esto es, actos realizados por una autoridad legalmente facultada para ejercer determinadas acciones, pero que resultan inválidos en tanto no cumplen los mandatos de garantía primaria que el orden jurídico positivo establece y a los que debe ajustarse el conjunto de actuaciones que la norma obliga para atender la relación jurídica que establece el derecho. Son actos realizados por una autoridad formalmente facultada para ello, pero cuyo contenido no cumple el estándar contenido en las obligaciones legalmente conferidas al atender los aspectos medulares que el legislador estableció como componentes del derecho.

También pueden ser consecuencia de otro tipo de acciones, me refiero aquí a actos informales e ilícitos. Entiendo bajo esta categoría a aquellas omisiones al cumplimiento de los mandatos legalmente establecidos; en tanto que la omisión de un deber es, evidentemente, su incumplimiento no permitido por la ley y que, en consecuencia, podría ser sancionado; así como a la realización de una conducta contraria al derecho positivo y que tiene una consecuencia directa en la afectación del derecho.

Tanto los actos formales inválidos, como los informales ilícitos, ocurren en el momento en el que los titulares de las obligaciones que generan los derechos, todas las autoridades en el ámbito de sus atribuciones, deberían cumplir con las obligaciones que constituyen las garantías primarias de los derechos, mediante acciones que no alcanzan a cubrir el contenido de esas obligaciones, acciones contrarias a la expectativa que la relación jurídica genera u omisiones de actuación. En los tres supuestos nos encontramos ante la posibilidad de que se pueda afectar sustancialmente el ejercicio de los derechos. En cualquiera de los casos señalados en los párrafos anteriores, la relación jurídica puede tener un grado parcial o total de incumplimiento que afecta el ejercicio del derecho protegido y que tiene consecuencias, en diversas magnitudes, en el titular del derecho, consecuencias que el orden jurídico contempla como posibles y que, para enfrentarlas, ha planteado un conjunto de deberes para su mitigación, ya sea anulando los actos formales inválidos o determinando las responsabilidades por la comisión de los actos informales ilícitos.

Para que esto pueda conseguirse se requiere de la existencia de otro tipo de garantías de carácter procesal, disponibles para el titular del derecho, que tienen por objeto determinar la invalidez de dichos actos formales, o a la determinación de la responsabilidad correspondiente a las conductas que constituyen los actos informales respectivamente; como medida para asegurar la reparación de la afectación y el regreso, en lo posible, a la regularidad establecida por la relación jurídica.

La existencia, disponibilidad y éxito de esta fase procesal, subsidiaria de las garantías primarias o sustanciales, contribuye a fortalecer a las garantía primarias, y pretende inhibir la repetición de estos actos; ya que si la autoridad encargada de resolver los procedimientos, determina sostenidamente que determinados actos formalmente adoptados son inválidos, envía un mensaje al resto de las autoridades obligadas por el derecho, en el sentido de que cometer esos tipos de actos, en otros casos, tendrá la misma consecuencia, lo que también aplica en el caso de la sanción a los actos informales ilícitos (Luna 2, 2020: 185).

En los módulos previos consideré que el reconocimiento de los derechos y de las garantías para su protección genera una obligación, *a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias*, que constituye un conjunto de obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, y que se identifican como las garantías primarias o sustanciales de los derechos, analizando con precisión aquellas que corresponden al derecho de acceso a la información.

Ahora debe considerarse que la determinación de la obligación conduce a pensar, lógicamente, en las posibilidades de cumplimiento o incumplimientos que señalé antes. El cumplimiento no tiene, para efectos del presente estudio, mayores consecuencias, pero el incumplimiento sí las tiene, en tanto requiere de la existencia de remedios institucionales, recursos accesibles para el titular del derecho, garantías secundarias o procesales, disponibles para someter a control los actos u omisiones que afectan sus derechos, y son las que ahora procedo a explicar.

Es a partir de esta razonable, y desgraciadamente muy frecuente, expectativa de lesión que el parámetro de regularidad constitucional, aplicable a la protección de los derechos humanos, establece el deber del Estado *de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

En esta parte del párrafo tercero del artículo primero constitucional se encuentra, en primer lugar, un deber que ya no corresponde a todas las autoridades, en consecuencia a cada una, sino al Estado para actuar a partir de la habilitación que genera el texto constitucional y que fija en el legislador ordinario el deber de definir: a) los procedimientos que permitan que el Estado cumpla con esos deberes; b) pero esa habilitación no se encuentra abierta sino orientada a conseguir cuatro metas, relacionadas todas con las violaciones a los derechos humanos: su prevención, investigación, sanción y reparación; c) para lo cual es necesario identificar a la o a las autoridades facultadas para resolver esos procedimientos.

Entonces, parecería que, al determinarse el cumplimiento de esos deberes, *en los términos que establezca la ley*, se establece una habilitación al legislador ordinario para determinar legalmente los recursos procesales disponibles para los titulares de los derechos. A diferencia de éstos, sólo podría entenderse por garantía constitucional secundaria a los mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad (Ferrajoli, 2013: 87), consistentes en *“normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos”* (Ferrajoli, 2013: 867). Esa idea de que las

garantías secundarias, como remedios jurisdiccionales para reparar las violaciones a las garantías primarias, tendrían que establecerse legislativamente como parte de la labor del legislador ordinario, *“impuesta por la garantía débil o implícita consistente en la obligación de una legislación de actuación”* (Ferrajoli, 2013: 867); debe matizarse, en nuestro caso, si nos atenemos al diseño existente de protección en nuestro país.

Ya que fue el propio poder reformador de la constitución el que se reservó el derecho de establecer derechos y garantías para su protección, mediante el procedimiento de reconocimiento, desde la materia de su actuación: la propia Constitución. Así es como encontramos establecida, en el texto constitucional, la garantía secundaria por excelencia de los derechos humanos: el juicio de amparo. Definiendo no sólo el recurso en cuanto su determinación formal, sino también como atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación, y definiendo sus aspectos más importantes de diseño e, incluso, las medidas más importantes para asegurar su eficacia.

Lo que también ocurre, en el caso del derecho de acceso a la información, mediante la determinación de un procedimiento formal: el procedimiento de revisión, cuya sustanciación se encomendó a los organismos constitucionales autónomos creados con esa finalidad, señalando las materias de procedencia, un sistema de dos instancias y aspectos para asegurar su eficacia, para hacer cumplir la ley cuando el derecho de acceso a la información se vulnere (Olivos, 2020: 251).

Así entonces, si bien el párrafo tercero del artículo primero constitucional contiene esa habilitación al legislador ordinario de regular, mediante la ley, la forma de cumplir los objetivos de prevención, investigación, sanción y reparación, al mismo tiempo, el párrafo primero del mismo artículo reservó, para el propio poder reformador de la constitución, la posibilidad de establecer este tipo de garantías, lo que, como se ha visto, ocurre en el caso del amparo y del procedimiento de revisión en materia de acceso a la información.

Pero antes de analizar el caso específico del derecho de acceso a la información, conviene hacer una pausa para analizar los objetivos propuestos de las garantías secundarias que se reconozcan para la protección de los derechos, según el propio diseño constitucional.

4.1.1 El deber de prevención.

Para algunos autores, la prevención es un objetivo que puede conseguirse con la difusión de los derechos, la capacitación y la creación de mecanismos internos de supervisión de las conductas de los agentes públicos (Carbonell, 2016: 95 y 96); y podría parcialmente estar de acuerdo con esa idea destacando una diferencia. En primer lugar, se debe considerar que la difusión del derecho corresponde, precisamente, al deber de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promoverlos. La capacitación es un supuesto de la obligación de respetarlos y garantizarlos.

Pero, lo que corresponde a estos objetivos, lo que se busca es prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones. Desde mi punto de vista el análisis de las obligaciones predicadas debe partir del objeto directo del enunciado: las violaciones a los derechos humanos. Carbonell cita, con buena fortuna, el siguiente criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales...” (CoIDH, caso Velázquez Rodríguez, Serie C No. 01: 175).

Si se analiza el criterio podríamos reconstruir varios argumentos que se combinan, y cuyo análisis permite identificar que no se trata de cualquier tipo de medidas, sino de un tipo de medidas especiales. Veamos.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que cumplan con un objetivo: promuevan la salvaguarda de los derechos humanos. ¿Cómo se logra ese objetivo? Asegurando que las eventuales violaciones sean tratadas y consideradas como un hecho ilícito. Ahora

bien, los hechos ilícitos son susceptibles de acarrear sanciones para quienes los cometen y de obligaciones de indemnizar a las víctimas.

Por lo que, en realidad, el criterio hace referencia a todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que permitan que, frente a un hecho ilícito consistente en una violación a derechos humanos, los responsables de su comisión serán susceptibles de ser sancionados; además, se podría generar una obligación de indemnizar a las víctimas.

¿A qué tipo de medidas podríamos referirnos con este criterio? Desde el punto de vista jurídico, a la existencia y eficacia de una norma jurídica válida que establezca los recursos procesales disponibles para conseguir los dos objetivos, la sanción y la indemnización. Desde el punto de vista político, las medidas que permitan que el poder legislativo apruebe esa norma. Desde el punto de vista administrativo, que el Estado disponga de los medios necesarios para la efectividad de la norma. Desde el punto de vista cultural, que la existencia y eficacia de esa norma jurídica válida contribuya a consolidar condiciones de regularidad y consistencia con la norma en el comportamiento de los agentes gubernamentales.

Como puede apreciarse, el objetivo de prevención entonces deriva de la existencia y eficacia de una norma jurídica válida que establezca las garantías procesales para reparar las violaciones a los derechos humanos, que el Estado haya dispuesto de las medidas necesarias para la viabilidad y efectividad de la garantía y que su existencia tenga un impacto en las condiciones de actuación de los agentes

gubernamentales; más que de las obligaciones genéricas de difusión del contenido del derecho y de las obligaciones inmediatas a las autoridades, el deber de difusión estaría orientado a la divulgación de la existencia de las garantías procesales, de su efectividad y de la forma como se ha ejercido anulando actos formales pero inválidos o sancionando actos informales e ilícitos.

4.1.2 El deber de investigar.

Procederé ahora a analizar el segundo objetivo: Investigar. Es cierto que la investigación implica realizar las pesquisas necesarias para individualizar la violación al derecho, pormenorizar las circunstancias en que fue cometido e individualizar a los responsables, poniéndolos a disposición de la autoridad competente (Carbonell, 2016: 97); pero debemos considerar que, si bien este deber es una obligación de medios y no de fines, no se puede pretender su cumplimiento “como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares” (CoIDH, caso Noguera y otra, Serie C, No. 401: 401).

Para esa misma Corte, “(l)a investigación (de las violaciones a los derechos humanos) debe ser seria, objetiva y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, y eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos. Además, la obligación de investigar se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en

cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (CoIDH, caso Gómez Virula, Serie C, No. 393: 65). Esto es necesario en tanto que no puede lograrse una reparación de los derechos violados si previamente no se realiza una investigación de las conductas que provocaron esa afectación y que cumpla con los estándares establecidos, de esta forma “la obligación de investigar es una forma de reparación” (CoIDH, caso Isaza Uribe y otros, Serie C, No. 363:159) de los derechos afectados.

De estas consideraciones puede desprenderse el deber del Estado, a través de la norma jurídica que emita el legislador, de establecer el recurso procesal disponible para que, frente a una violación al derecho humano, el titular de éste pueda promover el inicio de una investigación que deberá de ser seria, objetiva, efectiva, orientada a la determinación de la verdad. Lograr esto puede ser, por sí mismo, una medida de reparación de la violación al derecho. Y, en tanto que se determine la verdad, será posible individualizar las responsabilidades como condición indispensable para obtener el siguiente objetivo: la sanción.

4.1.3 El deber de sancionar.

En este texto se insiste en señalar que los derechos humanos generan una relación jurídica entre el titular del derecho y el titular que la obligación generada por dicha relación. Frente a esa obligación se puede responder mediante actos formales (adoptados por autoridades facultadas para ello) y válidos (cuyo contenido cumple

las obligaciones sustanciales que la obligación genera); mediante actos formales inválidos (cuyo contenido no cumple con las obligaciones sustanciales); o, a través de actos informales (adoptados sin cumplir el principio de reserva de ley), ilícitos (por ser contrarios a las leyes pueden constituirse como una infracción al orden jurídico).

En el caso de los dos últimos supuestos, actos formales inválidos y actos informales ilícitos, se genera una afectación a la forma jurídicamente aceptable en la que debe ocurrir y desahogarse la relación jurídica, normalmente, afectando al titular del derecho. Con el objetivo de investigación, antes estudiado y componente de las garantías secundarias, se pretende reconstruir la forma como ocurrieron los hechos, lo que permitiría identificar a los responsables, el modo en que ocurrió la afectación y los posibles efectos en las personas titulares de los derechos. Conseguir este objetivo no siempre es algo fácil; quizá por ello, puede ser considerado, en principio, incluso como una forma de reparación.

Pero es apenas el primer paso para lograr un comportamiento institucional consistente con la norma en materia de derechos humanos. Una vez que se ha reconstruido la verdad, se ha determinado la violación del derecho y sus dimensiones y se ha identificado a los responsables, la forma más adecuada para reparar el derecho afectado y, para inhibir la repetición de este tipo de conductas, requiere de la imposición de las responsabilidades que se derivan de estos hechos.

La determinación de un hecho como ilícito no produce, en automático y de manera inmediata, una sanción, sino que genera “una expectativa de la condena que prescribe la sanción y que es precisamente la responsabilidad” (Ferrajoli, 2013:627). Por lo que el deber que impone esta porción constitucional consiste en la obligación del legislador de establecer un procedimiento legal para que, una vez que la investigación permita identificar la violación al derecho, la forma como ocurrió y al activo de la conducta ilícita, se proceda a determinar su responsabilidad y a imponérsele la sanción que corresponda.

Pero para cumplir con este objetivo se requiere que las conductas sujetas a responsabilidad previamente se encuentren tipificadas (CoIDH, caso Villamizar Durán y otros, Serie C, No. 364:187), que se determine sobre qué conductas no se pueden hacer valer criterios como la “i) prescripción; ii) el principio ne bis in ídem; iii) leyes de amnistía; así como iv) cualquier disposición análoga o excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (CoIDH, caso Herzog, Serie C, No. 353: 232); la Corte Intereamericana hace especial énfasis en la necesidad de que los procedimientos para determinar las responsabilidades por las violaciones a los derechos humanos no tengan una simple existencia formal que, sin embargo, no sea efectiva, de esta manera exige que la persecución de la conducta se corresponda “con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia” (CoIDH, caso Rodríguez Vera y otros, Serie C. No. 287: 459); y puede apreciarse, en otro pronunciamiento, el estrecho vínculo que existe entre el

determinar e imponer las sanciones a los responsables de las violaciones de derechos humanos con la condición de prevención de la comisión de nuevas y reiteradas violaciones a los mismos derechos, al señalar que el cumplimiento de la obligación de sancionar a los responsables es un componente de una política de no tolerancia a las violaciones de los derechos humanos (CoIDH, caso González Medina y familiares, Serie C, No. 240:126).

Imponer las sanciones pertinentes, a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, asegura “jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (CoIDH, Caso Torres Millacura y otros, Serie C, No. 229: 98), ya que “la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación entre los Estados, que deben adoptar las medidas necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo” (CoIDH, caso Contreras y otros, Serie C, No. 232:130); considerando que la “determinación de las responsabilidades correspondientes y a la sanción eventual por las mismas. Ambos aspectos son correlativos y deben estar presentes en cualquier investigación” (CoIDH, caso Ibsén Cárdenas e Ibsén Peña, Serie C, No. 217: 215); y, por último, “que el otorgamiento de total y completa inmunidad contra el procesamiento y juzgamiento de violaciones de derechos humanos, así como la falta de adopción de medidas que garanticen que los perpetradores de dichas violaciones sean castigados y que las víctimas sean debidamente compensadas, no sólo impiden a

las últimas la obtención de una reparación a sus violaciones, negándoles con ello su derecho a un recurso efectivo, sino que promueven la impunidad y constituyen una violación de las obligaciones internacionales de los Estados” (CoIDH, caso Gomes Lund y otros Guerrilha do Araguaia, *Serie C No. 219*: 146).

A la luz de estas consideraciones es que puede determinarse que cualquier proceso de investigación de violaciones a los derechos humanos debe contar con una etapa complementaria que permita extraer los resultados de la investigación y ponerlos al servicio de las instituciones del Estado a las que se les encomiende el deber de sancionar tales conductas, procedimiento que debe cumplir con los criterios previamente señalados.

4.1.4 El deber de reparar.

Lo anterior nos conduce al último objetivo: la reparación del derecho afectado. Digamos que en una relación jurídica en la que el titular de la obligación ha violado el derecho, generando con ello una afectación al titular del derecho, se procede a investigar y sancionar al responsable, más allá de que estas acciones puedan ser entendidas como medios de reparación, es necesario considerar que, frente a estos supuestos de lesión, la condición de mayor protección del derecho consiste en la expectativa de anulabilidad de los actos formales e inválidos que generan la lesión; considerando que las garantías “secundarias son siempre, en sentido lato, garantías reparadoras, dirigidas a eliminar o reducir el daño producido o a intimidar y castigar a los responsables... cualquier reparación post

factum es siempre imperfecta, y este es un límite insuprimible de todo sistema de garantías secundarias, unido al obvio principio *quod factum infectum fieri nequit*: es decir, lo que ha sido hecho no puede ser desecho” (Ferrajoli, 2013: 637).

Con ese mismo criterio coincide la Corte Interamericana, al señalar que “(l)a reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*) que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. De acuerdo al caso, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación; las medidas pecuniarias, de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición pueden tener especial relevancia por los daños ocasionados” (CoIDH, caso comunidades indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Nuestra tierra, Serie C, No. 400: 307). Criterio que viene sosteniendo desde 2001 (CoIDH, caso de los “Niños de la calle” Villagrán Morales y otros, Serie C. No. 77: 60). Sin embargo, como se sugiere, debe considerarse que esas medidas de reparación sean *idóneas y congruentes, adecuadas respecto de la naturaleza y los efectos producidos por la violación* (Carbonell, 2016: 127)

Precisamente a partir de la valoración de estos objetivos, puede apreciarse su condición de complementariedad y necesidad para que el régimen de protección a los derechos humanos sea realmente efectivo. Frente a una violación a un derecho

humano lo que, evidentemente genera una lesión en la esfera de los derechos del titular, independientemente de su grado, es necesario que se establezcan las garantías procesales de reparación, disponibles para la persona afectada y mediante las cuales se logre: investigar los hechos y determinar lo ocurrido, señalar a quienes intervinieron en la comisión de los hechos violatorios y precisar las conductas empleadas para hacerlos responsables de sus conductas; esto es, para sancionarlos, así como reparar las afectaciones generadas, restituyendo las cosas al estado anterior a la afectación; o bien, mediante otras medidas de carácter compensatorio. La existencia de estos recursos, al ser contemplados en una norma jurídica válida y efectiva, es precisamente lo que permitirá cumplir con el deber de prevención de dichas violaciones.

Expuesto lo anterior, tenemos entonces que los deberes de prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos, no pueden estimarse cumplidos con la existencia de procedimientos formales ineficaces, sino que existe un alto estándar de contenido que sirve para sujetar a control las acciones emprendidas por las autoridades que deberán acreditar que su ordenamiento jurídico y el comportamiento de sus agentes gubernamentales es consistente con dicho parámetros convencionales que configuran los procedimientos de prevención, investigación, sanción y reparación de los derechos humanos afectados, estándar que nos permitirá, ahora, analizar las garantías secundarias dispuestas para la tutela del derecho de acceso a la información pública y determinar si, en este caso, se cumple con dichos requisitos.

4.2. Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información.

Ante todo, tenemos que identificar las instituciones de “garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de sus garantías primarias” (Ferrajoli, 2013: 638) que, en el caso del derecho de acceso a la información, se han establecido y que consisten en dos: el recurso de revisión y la verificación del cumplimiento de las obligaciones de transparencia; ésta última incluiría, la denuncia por incumplimiento. A través de estas instituciones se pretende garantizar el cumplimiento de los deberes de documentar lo que se realiza en el ejercicio de las facultades competencias o funciones de los sujetos obligados, de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados, de publicar y mantener actualizada y disponible la información relacionada con las obligaciones de transparencia, y de atender los procedimientos de acceso a la información. El desahogo de estos procedimientos quedó asignado, como funciones sustantivas, de los órganos garantes (Mendiola, 2016:86-88).

4.2.1 El diseño del procedimiento de revisión.

Como había adelantado, en este caso nos encontramos ante garantías secundarias que escapan al modelo conceptual revisado y que concebía que dichas figuras eran de carácter legal, producto del legislador ordinario. En nuestro caso, el poder reformador del orden constitucional se reservó cierto margen para establecer

derechos y garantías para su protección desde su materia de trabajo: la Constitución.

Y no sólo se reservó esa prerrogativa, sino que, en realidad, la ejerce con relativa frecuencia. Por esa razón es que, para el caso del derecho de acceso a la información, encontramos en el artículo sexto constitucional la expresa determinación de sus garantías primarias, así como la definición parcial de una de las instituciones de esta garantía secundaria, la que se complementa con aspectos contenidos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En la sección A fracción IV del citado artículo constitucional, se determina la necesidad de establecer “mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos” lo que nos permite identificar que el diseño de la garantía secundaria, consistente en el procedimiento de revisión, se vincula directamente con el mecanismo de acceso a la información.

En la fracción VII determina la necesidad de fijar en las leyes las consecuencias con que se sancionará el incumplimiento de “las disposiciones en materia de acceso a la información pública”, de lo que deberá derivarse la habilitación para legislar el régimen de responsabilidades aplicable en la materia.

El artículo 142 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información permite identificar que este recurso se encuentra disponible para el solicitante de la información o su representante; esto es, para el titular del derecho, ya sea que se

promueva “de manera directa o por medios electrónicos”, ante el organismo garante o ante la Unidad de Transparencia del sujeto obligado.

Es el artículo 176 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios el que mejor define este recurso, al señalar que se trata de “la garantía secundaria mediante la cual se pretende reparar cualquier posible afectación al derecho de acceso a la información”.

Regresando a la ley general, en su artículo 143 se definen trece causas por las que procede el medio de reparación, con las que se pretende investigar las afectaciones que pueden generarse al derecho ejercido mediante el procedimiento de acceso a la información, la última de las garantías primarias del derecho, ya sea por el incumplimiento de las garantías primarias consistente en documentar los actos y resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados, lo que comúnmente provoca la declaratoria de inexistencia de información, la entrega tardía de la misma o su no entrega, por deficiencias en la atención del procedimiento de acceso, o por la aplicación desproporcionada de las restricciones legalmente establecidas, las que se analizarán en el siguiente módulo con mayor detenimiento. No incluyo aquí el procedimiento para sancionar el incumplimiento de la publicación de las obligaciones de transparencia, debido a que, para tal efecto, se definió un procedimiento específico que se analizará en la última parte del presente módulo.

En las hipótesis previstas de procedencia, del recurso de revisión, nos encontramos ante posibles actos formales inválidos o ante posibles actos informales ilícitos. Procedo ahora al análisis de esas causales, tratando de identificar los aspectos recién señalados.

El recurso de revisión procede contra respuestas en las que se determine la clasificación de la información, entendiendo a ésta como la restricción temporal (por reserva), o permanente (por confidencialidad), del ejercicio del derecho; ya sea como consecuencia de un acto formal pero inválido, cuando las autoridades han seguido el procedimiento formal y en el acto han participado el titular de la unidad administrativa que gestiona la información, el titular de la unidad de transparencia y el comité de transparencia; pero cuando la decisión posiblemente no cumpla con los criterios sustanciales que justifican el procedimiento, en cuyo caso el recurso de revisión, de encontrar fundada la reclamación, debería dejar sin efecto el acto y ordenar la entrega de la información, o reponer el acuerdo de clasificación con una justificación adecuada; aunque también en este supuesto podríamos estar frente a un acto ilícito, que ocurre cuando se determina la clasificación sin seguir el procedimiento formal, sin que sea emitido por autoridad legalmente facultada para ello, en cuyo caso, debería de desestimarse la decisión, aunque también determinar la responsabilidad correspondiente a los funcionarios involucrados.

También es procedente en contra de la declaración de inexistencia de la información, entendiendo a este acto como consecuencia de los siguientes supuestos: a) que la facultad, competencia o función no se haya ejercido, que sea

legalmente posible justificar su no ejercicio y, en consecuencia, el que no se haya generado la información; b) que la facultad, competencia o función no se haya ejercido, sin que sea legalmente posible justificarlo y, en consecuencia, nos encontraríamos ante una función no ejercida y, como consecuencia de ello, una imposibilidad de generar información; c) que la facultad, competencia o función sí se ejerció pero no se documentó su ejercicio; d) que la facultad, competencia o función sí se ejerció, se documentó en su momento, pero la información no se localiza; e) que la facultad, competencia o función sí se ejerció, se documentó pero la información se destruyó siguiendo el procedimiento para la baja documental; f) que la facultad, competencia o función sí se ejerció, se documentó pero la información se destruyó sin que se siguiera el procedimiento para la baja documental; y, g) que la facultad, competencia o función sí se ejerció, se documentó pero la información se sustrajo del archivo público por el servidor público que la generó o por cualquier otro.

Frente a esta pluralidad de posibilidades es muy importante identificar las razones que propician la posible inconformidad del titular del derecho. Para ello, debe considerarse que los supuestos identificados en los incisos a) y e) podrían corresponder a límites del derecho, lo que se estudiará con mayor detalle en el siguiente módulo; los identificados en los incisos b), c), f) y g), podrían corresponder a posibles actos informales e ilícitos, ya que se trata del incumplimiento legal de realizar determinados actos de carácter obligatorio, y de realización inexcusable, establecidos en el caso del no ejercicio de facultades legalmente establecidas y de carácter totalmente obligatorio; o bien, en el

incumplimiento del deber de documentar; así como la actuación contraria a las normas, al procederse a destruir la información sin observar el procedimiento adecuado; y, en otro de los extremos, por la sustracción indebida de un documento público. En tanto que el supuesto señalado en el inciso d) correspondería a un acto formal, toda vez que los funcionarios legalmente facultados para buscar la información, procedieron a tratar de encontrarla y, al no localizarla, responden de esta manera, pero inválida en tanto constituye un incumplimiento substancial al derecho.

Desde otra perspectiva, los supuestos señalados en los incisos a), b) y c) vienen a significar un incumplimiento a la obligación de documentar los actos que realizan en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones. Lo que puede representar una vulneración a dicha garantía primaria, la más básica y esencial del derecho de acceso a la información. Mientras que los supuestos identificados en los incisos d), e), f) y g) constituyen una posible violación a la siguiente garantía primaria: el deber de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

Si bien se trata del incumplimiento de dos garantías primarias del derecho, identificadas claramente con la gestión documental, es muy importante destacar que su incumplimiento puede investigarse y sancionarse con la finalidad de adoptar las medidas que permitan reparar las afectaciones que generan el incumplimiento de esas dos garantías, lo que debería de ocurrir desde el momento mismo de la respuesta a la solicitud por parte del sujeto obligado y sólo,

subsidiariamente, mediante la intervención del organismo garante en cuya jurisdicción se encuentra la resolución del recurso de revisión.

Para el caso del incumplimiento al deber de documentar los actos, la legislación establece, como medidas de reparación, una de ella consiste en la justificación de los motivos que expliquen el no ejercicio, lo que se aplicaría perfectamente a la conducta identificada con el inciso a); o bien, que se trate de generar la información inexistente, así como se inicie el procedimiento de responsabilidades por el incumplimiento de estos deberes.

Para el caso del incumplimiento al deber de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados, la legislación establece como medida de reparación la posible reposición de la información y el inicio del procedimiento de responsabilidades por ese tipo de incumplimientos; aunque también, la posibilidad de justificar la inexistencia con la entrega de la información que documente la baja documental, siguiendo los procedimientos establecidos.

El recurso de revisión también es procedente en contra de la declaración de incompetencia, entendiendo a ésta como un límite al derecho de acceso a la información cuando, en efecto, la información no la posee el sujeto obligado porque no se corresponde con las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, o bien porque puede ocurrir como consecuencia de un acto formal al ser emitido por el titular de la unidad de transparencia, funcionario legalmente facultado para ello, pero inválido cuando no se verifica con el debido cuidado y, en

realidad, la información solicitada sí puede formar parte de la información en posesión del sujeto obligado. En este segundo supuesto, se deberá resolver el recurso de revisión y ordenarse la búsqueda exhaustiva y razonable de la información y su entrega al dejar sin efectos la respuesta.

La disposición jurídica define la procedencia del recurso en contra de la entrega de información que no corresponda con lo solicitado, entendiendo a tales acciones como una afectación al derecho de acceso a la información, ya que ante una solicitud de acceso a determinada información, la obligación jurídica que genera el derecho consiste en la entrega de esa información y no de otra distinta que pudiera no relacionarse con lo requerido. En este caso nos encontramos ante un acto formal, emitido por los servidores públicos legalmente facultados para buscar, localizar y entregar la información; pero inválido en cuanto que, por un error humanamente posible o por una decisión implícitamente deliberada, entregan información diferente a la requerida, lo que genera una afectación al derecho de acceso a la información susceptible de ser reparado mediante el recurso de revisión a través del cual el organismo garante analizará la solicitud, la respuesta, la posible inconformidad y, al encontrar fundado el agravio, podría ordenar la búsqueda y la entrega de la información realmente requerida por el titular del derecho, y no la que haya entregado el sujeto obligado unilateralmente.

Sobre este supuesto es necesario hacer un matiz especialmente importante. Es posible, y ha ocurrido con mucha frecuencia, que a partir de que se ha establecido el procedimiento formal para acceder a la información, especialmente estudiantes

y académicos han recurrido al mismo procedimiento para acceder a información necesaria para el desarrollo de investigaciones académicas, aunque con una pretensión muy específica a sus propios intereses. Lo que en el pasado era resultado de una aproximación a los archivos públicos para acceder a los documentos existentes, a la búsqueda, recopilación de datos, generación de estadística, ahora es sustituido por cuestionarios diseñados desde la perspectiva e interés del investigador, mediante los cuales se requiere que el sujeto obligado realice la labor de investigación, procesamiento e incluso análisis de la información, a partir no necesariamente de los diseños definidos por el titular de la obligación que genera el derecho en el desempeño de sus funciones, sino a partir de las expectativas personales, específicas, particulares y novedosas del titular del derecho.

Esta nueva forma de investigar problematiza la garantía del derecho en los siguientes términos: la persona solicita la información que el sujeto obligado deba tener sobre el asunto A (que se refiere a facultades, competencias o funciones legalmente establecidas); pero desea que se le entregue procesada y de la siguiente manera: B, C, D y E. El sujeto obligado recibe la solicitud, aprecia que, en efecto, cuenta con información relacionada con el asunto A, pero no se encuentra en las modalidades B, C, D y E, sino en las siguientes presentaciones: 1, 2, 3, 4, 5 y 6, con la siguiente relación: lo contenido en 1 incluye B, además de otra información adicional; lo contenido en 2 contiene parte de lo requerido en C; lo que existe en la modalidad 3, incluye la parte restante de C, más información adicional y distinta; no existe información para atender lo requerido como D, y si bien no existe la

información concentrada que se requirió bajo el concepto E, tendría que revisarse y extraerse información parcial contenida en 4, 5 y 6.

Como se aprecia, el sujeto obligado cuenta con la información sobre el asunto en cuestión, ya que se trata de una facultad, competencia o función legalmente establecida; pero dicha información se encuentra contenida, elaborada, organizada, procesada originalmente en las modalidades 1, 2, 3, 4, 5 y 6. El particular requiere información sobre ese asunto, pero con un nivel de procesamiento, concentración o elaboración distinto. A primera vista parece que el sujeto obligado no se encuentra en condiciones de atender la solicitud y, con frecuencia, se responde a la solicitud en ese sentido lo que genera, en opinión del titular del derecho, una afectación.

Y, efectivamente, ese tipo de respuestas generan una afectación al derecho del titular ya que, si bien la información no existe, no se genera y no se posee en el formato, con el nivel de desagregación o descripción que el solicitante requiere, sí existe de manera diversa. En esos casos debe atenderse lo ordenado por el artículo 129 de la Ley General de Transparencia, que señala que “Los sujetos obligados deberán otorgar 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 que el solicitante manifieste, de entre aquellos formatos existentes conforme a las características físicas de la información o del lugar donde de encuentren así lo permita”. Esto es, el sujeto obligado debe permitir el acceso a la información que se encuentre en sus archivos en aquellos formatos existentes, si

bien puede ocurrir que no exista el documento tal y como lo pida el solicitante, deberá entregarse la información como realmente existe.

Esto implica tanto un límite al titular del derecho que, en efecto, no recibirá la información que colme la pretensión de la forma como la formuló, pero ese límite no le permite al titular de la obligación excusarse de entregar la información como realmente existe en sus archivos o como debe existir por el mandato legal de generarla.

También es materia del recurso la falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información dentro de los plazos establecidos en la ley. Mediante este supuesto se establece el procedimiento para revisar lo que podría ser una vulneración al derecho, como consecuencia de un acto informal ilícito; entendiendo por acción justamente la omisión de atender las obligaciones legalmente establecidas para permitir que las personas accedan a la información; entendiendo que los derechos constituyen tanto esa obligación de hacer como la obligación de no dejar de hacer algo. En este caso las disposiciones jurídicas son muy precisas, las revisamos en el módulo anterior al analizar la última de las cuatro garantías primarias del derecho de acceso a la información, justamente la que define el procedimiento para acceder a la información. Recordemos, cuando se presenta una solicitud, la unidad de transparencia debe: a) requerir mayores detalles para localizar la información; b) manifestar si el sujeto obligado es competente para responder a la solicitud; c) señalar si la información ya se encuentra publicada; o bien, d) iniciar el proceso de búsqueda, remitiendo el requerimiento a los funcionarios del sujeto obligado que,

por sus funciones, puedan tener la información, para que la busquen, localicen y la entreguen. En este caso se puede proceder de la siguiente manera: 1) entregar la información; 2) generar una versión pública, como consecuencia de la restricción parcial del acceso a la información, que deberá acompañarse con el acuerdo de clasificación respectivo; 3) clasificar totalmente la información, para lo cual también deberá de emitirse el acuerdo correspondiente; 4) explicar las razones que justifiquen y motiven el por qué no se cuenta con la información, especialmente cuando es legalmente posible justificar que las facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido; 5) emitir una resolución de inexistencia de la información; o bien, 6) cambiar la modalidad para la entrega de la información con su justificación respectiva. En cualquiera de estos supuestos debe generarse una respuesta que será entregada al titular del derecho que lo pretende ejercer en los plazos analizados en el módulo anterior.

Cuando los integrantes del titular de la obligación que genera el derecho simplemente omiten responder, nos encontramos ante esa vulneración al derecho porque los funcionarios han dejado de hacer lo que no podían dejar de hacer, responder a una solicitud, lo que conduce a un incumplimiento de esa obligación legal que afecta al derecho en cuestión. Es por eso que nos encontramos ante un acto informal, no autorizado por la norma, e ilícito porque la omisión se encuentra incluso sancionada por la propia normatividad vigente, en cuyo caso, el órgano garante deberá de analizar si lo requerido se refiere a las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas del sujeto obligado y, de ser el caso, ordenar se

atienda la solicitud, haciendo cesar el indebido silencio administrativo e, incluso, iniciar el procedimiento de responsabilidades administrativas a que haya lugar.

Es procedente, también en contra de la notificación, entrega o puesta a disposición de información, en una modalidad o formato distinto al solicitado. Mediante esta causal se someten a control actos formales, pero inválidos, que pueden constituir una restricción injustificada del derecho. Formales en tanto que los funcionarios legalmente facultados para atender una solicitud de acceso proceden de acuerdo con las formalidades establecidas y emiten una respuesta que, sin embargo, puede ser inválida si no se cumple con lo que dispone el artículo 124 fracción V y 125 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El segundo de estos artículos establece que cuando una solicitud se ingresa por medios tecnológicos, la Plataforma Nacional, se entiende que todas las notificaciones se realizarán por ese medio. Si los integrantes del sujeto obligado respondieran por estrados a una solicitud ingresada por la Plataforma, estaríamos ante este supuesto. Pero ese mismo artículo refiere también que las solicitudes pueden presentarse por otros medios; por ejemplo, de manera física en la unidad de transparencia, en el caso de una solicitud presentada de esta forma y en la que el titular del derecho hubiera señalado domicilio para oír y recibir y notificaciones, de ser el caso que se le notificara mediante la Plataforma, se estaría también en este supuesto.

Podría también considerarse que este supuesto aplica cuando el solicitante de la información escoge la modalidad en la que quiere se le entregue la información:

por vía de la plataforma, en copias simples, copias certificadas o en cualquier otro medio electrónico; y el sujeto obligado responde en una modalidad diferente, sin justificar esa decisión. Nos encontraríamos también ante un acto formal, emitido por funcionarios legalmente facultados, pero inválido en tanto que no respeta la prerrogativa legalmente establecida y concede, al titular del derecho, la oportunidad de escoger la modalidad de entrega de la información.

Aunque en este caso también es procedente realizar un matiz, no todos los cambios de modalidad en la entrega de la información puede considerarse como inválidos, ya que el mismo ordenamiento legal constantemente citado establece, en su artículo 127, que cuando *“(d)e manera excepcional, ... de forma fundada y motivada, así lo determine el sujeto obligado, en aquellos casos en que la información solicitada que ya se encuentre en su posesión implique análisis, estudio o procesamiento de Documentos cuya entrega o reproducción sobrepase las capacidades técnicas del sujeto obligado para cumplir con la solicitud, en los plazos establecidos para dichos efectos, se podrán poner a disposición del solicitante los Documentos en consulta directa, salvo la información clasificada”*. Al respecto, la legislación local del estado de México añade a las capacidades técnicas, las administrativas y humanas.

Por lo que, cuando la información se solicita vía la plataforma, y su volumen sobrepasa las capacidades técnicas que impiden que se entregue de esa forma, el sujeto obligado, debe fundar y motivar el cambio de modalidad y ofrecer otras modalidades como la consulta en las oficinas o las copias simples con costo. En el Estado de México, el artículo 158 de la legislación local, también considera posible

este cambio de modalidad, por sobrepasar las capacidades administrativas y humanas, es el caso cuando, por ejemplo, el volumen de la información requerida por una misma persona, mediante numerosas solicitudes de acceso a la información presentadas en un mismo día y que deberían de tramitarse simultáneamente en los plazos definidos por la ley podrían sobrepasar las capacidades administrativas, al tener que retirar a funcionarios públicos del desempeño de sus funciones ordinarias para dedicarse al procesamiento de la información; y, capacidades humanas, cuando el volumen es tal que sobrepasa las condiciones, especialmente de sujetos obligados con limitadas capacidades de recursos humanos (03178/INFOEM/IP/RR/2020 y 02223/INFOEM/IP/RR/2020). En estos últimos casos, se estaría ante una restricción formalmente posible. Pero en los casos anteriores, nos encontraríamos ante actos formales inválidos, susceptibles de ser corregidos mediante su anulación y ordenándose que las notificaciones o la modalidad de entrega atiendan lo planteado por el titular del derecho.

También es causa del recurso la entrega o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante. Este supuesto pretende hacer frente también a un acto formal pero inválido; formal en tanto, una vez más, los funcionarios facultados legalmente cumplen con su deber y responden remitiendo información, pero que no cumple la característica de la información, consistente en ser accesible, a la que refiere el artículo 13 de la Ley General de Transparencia, lo que comúnmente pasa cuando se entrega información digitalizada con una calidad de resolución que no permite su lectura; o bien cuando se entrega un documento electrónico en un programa de uso

restringido o exclusivo por parte del sujeto obligado. En estos casos, aunque formalmente se ha entregado la información, estructuralmente es imposible, por la calidad de la reproducción o por el programa que se requiere, que el titular del derecho pueda acceder a su contenido, lo que contraría las obligaciones substanciales de protección del derecho y representa una afectación al derecho humano, siendo, por ello, inválido el acto y debiendo corregirse mediante su anulación y ordenándose la reposición de la información con mejor calidad o mediante un programa electrónico de libre acceso (01663/INFOEM/IP/RR/2020).

No está por demás señalar que en este supuesto también pueden considerarse aquellos casos relacionados con personas en situación de vulnerabilidad, débiles visuales o integrantes de comunidades indígenas que requieran la información impresa en sistema braille o traducida en lenguas indígenas, en cuyo caso el sujeto obligado debe implementar los ajustes razonables para superar esas diferencias estructurales.

Puede promoverse el recurso de revisión en contra de los costos o tiempos de entrega de la información; lo que puede representar, también, un acto formal, emitido por autoridades legalmente facultadas por tomar esa decisión, pero inválido en tanto que injustificadamente pretenda establecer costos para la entrega de la información; o bien, responder a la solicitud dentro del plazo, pero estableciendo un calendario de entrega que pudiera no ser justificado, lo que representa una afectación al derecho de acceso a la información susceptible de ser

sancionado con su anulación y ordenándose la entrega de la información, sin costos o en un plazo diferente.

Esto puede ocurrir cuando el particular presenta su solicitud de acceso a la información mediante la plataforma tecnológica y requiere la información bajo esa misma modalidad, lo que implica que la información se digitalice y se remita por esa vía. Partimos, en este caso, de considerar que una proporción considerable de la información pública se genera en soporte físico. A partir de ese hecho, algunos sujetos obligados han considerado que el artículo 141 de la Ley General de Transparencia, que contempla la posibilidad de que existan costos para obtener la información, pero que los limita a costo de los materiales utilizados en la reproducción de la información, costos de envío y pago de certificaciones, puede justificar el cobro por la digitalización de la información que se remite por la plataforma. Dicha interpretación que, en el Estado de México incluso condujo a los legisladores a establecer una tarifa por el pago de los derechos por la digitalización de la información (artículo 148 del Código Financiero del Estado de México y Municipios), es sumamente desafortunada bajo los siguientes supuestos:

Resulta bastante cuestionable determinar la acción de digitalizar un documento que solicita un particular como generadora de un derecho, desde el punto de vista tributario, que el particular debe cubrir “en contrapartida a las prestaciones o ventajas que obtiene de éste” (Piña, 1996:91), vinculadas con “un uso individual de los servicios” (Piña, 1996: 95); cuando debe ser “indispensable que se trate de servicios divisibles o *uti singuli*, donde el aprovechamiento individual del servicio

puede ser medido” (Rodríguez, 2014: 76), y que debe corresponderse con “sostener el gasto meramente de utilización, en tanto que la totalidad del costo del establecimiento del servicio, y en consecuencia, normalmente el de su amortización, tendrían que ser financiados a través del impuesto” (Piña, 1996: 97).

A diferencia de la reproducción del documento en copia simple o certificada, en la que el solicitante obtiene de manera exclusiva y excluyente de otros, el producto requerido (la copia simple o certificada) en el caso de la digitalización, la persona que ejerce su derecho de acceso a la información accede a una copia digital de un documento electrónico que genera pero que seguirá en posesión del sujeto obligado; ya sea para que, en el futuro, pueda utilizarlo para otras finalidades, o para atender solicitudes de acceso de otras personas. Es más evidente este desacierto cuando el sujeto obligado, incluso, previamente digitalizó la información para cumplir con sus propios procedimientos administrativos y, aun así, pretende realizar el cobro, y ya, como razón última, es totalmente inaceptable cuando las obligaciones de gestión documental conducen a proceder a la digitalización progresiva de la información.

Tampoco puede justificarse esta pretensión si consideramos que la propia Ley General de Transparencia, en su artículo 17, precisa que “(e)l ejercicio del derecho de acceso a la información es gratuito y sólo podrá requerirse el cobro correspondiente a la modalidad de reproducción y entrega solicitada”, y que los criterios internacionales han sido sumamente claros y enfáticos al determinar que

los procedimientos de acceso a la información deben ser gratuitos (RLE de la CIDH, 2012: 10).

El segundo supuesto que puede generar que el acto formal sea inválido, consiste en la determinación de plazos injustificados para la entrega de la información. Si bien es cierto que el procedimiento de acceso fija un plazo para responder a la solicitud, también lo es que, en su respuesta, el sujeto obligado podría optar por determinar un calendario de entrega de la información que supere ese periodo de tiempo si el volumen de la misma o el tratamiento que debe realizar, por ejemplo, la elaboración de versiones públicas, lo justifica; pero, en todo caso, dicho plazo debe ser razonable para que la decisión sea válida. De lo contrario, debe tomarse como inválida y dejarse sin efectos para ordenarse la entrega pronta y expedita, como lo requieren la Constitución y los criterios internacionales (RLE de la CIDH, 2012: 10).

El recurso de revisión también procede en contra de la falta de trámite a una solicitud que es una modalidad específica de una de las revisadas anteriormente (la falta de respuesta), imputable directamente al titular de la unidad de transparencia del sujeto obligado y que, como aquella, es consecuencia de un acto informal e ilícito; entendiendo al incumplimiento del deber de hacer algo, en este caso, de darle trámite a una solicitud, como un acto de carácter ilícito, en tanto el artículo 131 de la Ley General de Transparencia define la obligación de darle trámite a la solicitud. En este caso, no sólo debería de proceder el ordenar la realización del acto formal que exige la ley sino sancionar el ilícito mediante el

inicio del procedimiento de responsabilidades administrativas, lo que el órgano garante del Estado de México realiza con la vista correspondiente al órgano interno de control 00163/INFOEM/IP/RR/2018.

Es procedente también, en contra de la negativa, permitir la consulta directa de la información, en cuyo caso nos encontraríamos ante un acto formal, la respuesta que emite el funcionario legalmente habilitado para ello, pero inválido en tanto que el interés del particular podría ser acceder directamente al documento que obra en el archivo público en sus instalaciones oficiales. Esto puede significar una afectación al derecho si fuera el caso de que no se actualice ningún supuesto de clasificación; el acceso debe permitirse adoptando todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad e integridad de la información.

Esta garantía secundaria también procede en contra de la falta, deficiencia e insuficiencia de la fundamentación y/o motivación en la respuesta, causal pertinente para cuestionar un acto formal, la respuesta emitida por los servidores públicos legalmente facultados para ello pero inválido y, por ello, generador de una afectación al derecho. Por ejemplo, cuando ante una ausencia de información por causas justificadas, éstas no se expresan cumpliendo lo que determina el segundo párrafo del artículo 19 de la Ley General de Transparencia, cuando no se justifica correctamente una declinación de competencia o, incluso, un cambio de modalidad en la entrega de la información requerida, en cuyo caso debería de ser procedente la desestimación del acto y el ordenarse su reposición cumpliendo el estándar jurídicamente establecido.

Puede intentarse el recurso de revisión en contra de la orientación a un trámite específico; este supuesto es procedente en contra de un acto formal, la respuesta emitida por los funcionarios legalmente facultados para ello pero que podría considerarse inválida ya que la relación jurídica que genera el derecho establece la posibilidad de que se acceda a la información requerida, lo que se pretendería obstaculizar con la respuesta que pretende controlar este supuesto de procedencia. Frente a esta posibilidad cabría preguntarse si vale la pena entonces mantener los trámites ordinarios específicos para acceder a determinados actos administrativos que son resultado de un trámite específico. La respuesta es muy clara: el ejercicio del derecho de acceso a la información no sustituye dichos procedimientos.

Para explicar esto, de mejor manera, es necesario considerar que el derecho de acceso a la información, como expresa el artículo sexto constitucional, tiene efectos sobre la información en posesión de los sujetos obligados, y sólo puede estar en su posesión lo que previamente se ha generado. Así, por ejemplo, una constancia de residencia, una de antecedentes no penales, una certificación de no adeudo de impuestos, una licencia, que no se ha generado porque el interesado no formuló previamente su solicitud mediante el trámite ordinario o no cumplió con los requisitos, y el procedimiento establecido, sería inexistente y no podría accederse, a estos documentos que se han puesto como ejemplo, mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Incluso en el supuesto de que el acto administrativo estuviera realizado, por ejemplo, una constancia o certificación que expide cierta autoridad; aunque se pretendiera acceder a copia digitalizada y, por lo tanto, gratuita, ese documento carecería de los efectos legales que corresponden a la versión del documento que se obtiene mediante el trámite específico de certificación. De esta forma, existe razón de ser de ambos procedimientos, como actos diversos e independientes, cada uno disciplinado de manera diversa por el ordenamiento jurídico.

En todo caso, el derecho de acceso a la información es efectivo cuando una persona desea acceder a una copia digitalizada, simple o certificada de un documento que fue generado previamente mediante el procedimiento ordinario, en cuyo caso, el negar el acceso señalando que debe agotarse una vez más el procedimiento podría significar una afectación al derecho de acceso a la información al ser, como se señaló antes, un acto formal pero inválido, sancionable con la desestimación de la respuesta y con la instrucción al sujeto obligado para entregar la información y reparar, de esta forma, el derecho afectado.

Para concluir esta parte del módulo, dedicada a las causales de procedencia del recurso de revisión, garantía secundaria o procesal del derecho de acceso a la información, es importante destacar que el mismo artículo 143 de la Ley General de Transparencia establece que, una vez que se presenta un recurso de revisión en contra de la declaración de incompetencia del sujeto obligado, la falta de respuesta a una solicitud, la entrega de información o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante; por los costos o

tiempos de entrega; la falta de trámite a una solicitud; o la negativa a permitir la consulta directa, luego de que el organismo garante resuelva el recurso y, en su caso, desestime los actos formales inválidos o declare a las acciones u omisiones como actos informales inválidos y ordene la entrega de la información; cuando el sujeto obligado cumpla la resolución y responda a la solicitud, el titular del derecho tiene la posibilidad de ejercer un segundo recurso de revisión ahora en contra de la respuesta que el sujeto obligado en cumplimiento a la resolución del procedimiento de revisión, de considerar que la respuesta pudiera seguir afectando el derecho.

Esto es perfectamente posible en casos como los siguientes: una persona solicita acceder a cierta información, la unidad de transparencia no gestiona la solicitud y no responde. El particular impugna la falta de gestión de su solicitud y de respuesta. El organismo garante encuentra fundado el motivo de inconformidad y ordena al sujeto obligado que atienda la solicitud. El sujeto obligado, a quien se impone el deber de responder a la solicitud por la resolución, rompe el silencio e informa que tampoco puede entregar la información solicitada ya que determina su clasificación, señala que no cuenta con atribuciones para poseer la información, entrega algo diferente a lo solicitado o remite información ilegible, en todos estos casos, aunque el sujeto obligado parece que, formalmente atendió la resolución y dio respuesta, su nueva actuación sigue generando una afectación al derecho de la persona de acceder a la información, por ello la ley tiene prevista la posibilidad de un segundo recurso de revisión.

Lo mismo si la respuesta inicial consistió en señalar que se carecía de facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para entregar la información, lo que provoca que la persona acuda ante el órgano garante que, en su resolución, podría ordenar al sujeto obligado la entrega de la información. Al atender la resolución, el sujeto obligado podría intentar optar por una clasificación de la entrega de la información, entregar información distinta a la solicitada, incompleta o ilegible, en cualquiera de estos casos, la respuesta dada en cumplimiento a la resolución sigue generando una afectación al derecho, por lo que es procedente el segundo recurso.

Lo mismo ocurre cuando la respuesta inicial fue la entrega de información ilegible, siendo eso la causa del recurso de revisión, si al atender la resolución que ordena entregar información legible, el particular identifica que esa información no es la solicitada, podría optar, también, por el segundo recurso.

Como se aprecia, en cualquiera de estos casos, en virtud de la condición específica de la causa que provoca el recurso de revisión, al ordenarse la reparación del derecho, sigue existiendo la posibilidad de que la nueva respuesta persista en el mismo sentido de no satisfacerlo y, al contrario, afectarlo. Lo que intenta la norma con la posibilidad de interponer este segundo recurso de revisión, en contra de la respuesta del sujeto obligado al cumplir la resolución del órgano garante, es que el procedimiento se agote y resuelva en definitiva con la mayor prontitud posible para tratar de garantizar que no persista una injustificada afectación al derecho en cuestión.

4.2.1 La autoridad de tutela.

Una vez que se analizaron las causales de procedencia del recurso de revisión y sus consecuencias, es importante referirnos a la naturaleza de la autoridad en la que se depositó la substanciación del procedimiento. En los criterios y recomendaciones existentes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos prevalece la idea de que debe “existir el derecho a la revisión judicial de la decisión administrativa a través de un recurso que resulte sencillo, efectivo, expedito y no oneroso, y que permita controvertir las decisiones de los funcionarios públicos que niegan el derecho a una determinada información o que simplemente omiten dar respuesta a la solicitud” (RLE de la CIDH, 2012: 11). Esto, que además es consistente con el criterio que prevalece en la teoría jurídica sobre el diseño de las garantías secundarias, que se consideran como funciones de carácter jurisdiccional (Ferrajoli, 2013:625); de carácter judicial (Ferrajoli, 2013:927); procesales (Ferrajoli, 2013: 630); y que tiene como fuente de legitimación, la verdad (Ferrajoli, 2013: 628).

Pero, en el caso del diseño constitucional del derecho de acceso a la información, se optó por una alternativa distinta, el artículo sexto apartado A fracción VI determinó que el procedimiento de revisión a las respuestas que se brinden en la atención de las solicitudes de acceso se depositan en organismos autónomos especializados e imparciales; mientras que la fracción VIII definió como un organismo autónomo al de carácter federal, especializado, imparcial colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de

gestión, con capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados. Como refieren diversos autores, la autonomía es una condición para el ejercicio imparcial de las funciones encomendadas (Olivos, 2020: 259).

En la designación de los siete comisionados, que integran al órgano garante nacional, intervienen el Senado de la República desahogando un procedimiento que requiere la aprobación de dos terceras partes de sus integrantes y que puede enfrentar el veto del Presidente. Por si esas condiciones de contrapeso político fueran pocas, la sociedad civil también cuenta con un grado de participación en la designación de los comisionados, todo lo cual “supone una reconfiguración a la clásica división de poderes” (Bonifaz, 2017: 210 y 211).

Se define además que su actuación debe sujetarse a los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

Su jurisdicción se define con alcances para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de todos los sujetos obligados señalados en el mismo artículo constitucional, con excepción de los asuntos jurisdiccionales que corresponden a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resuelve un comité integrado por tres ministros.

La peculiaridad de esta garantía secundaria es que se desahoga en la sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones es definitiva en todos aquellos casos en los que las pretensiones de la persona se colman ordenando al sujeto obligado la entrega de la información requerida o cuando éstas, al no ser impugnadas, causan estado. Se trata de un procedimiento materialmente jurisdiccional depositado en una autoridad que no forma parte de la judicatura, sino de un órgano autónomo especializado y revestido de la condición de ciudadano (Opinión Particular Luna, 01750/INFOEM/IP/RR/2015 y 01751/INFOEM/IP/RR/2015: párr. 21) cuya organización y funcionamiento se encuentra regulado en la parte dogmática de la constitución, junto con la regulación del derecho (Soberanes Díez, 2015:27).

Estos órganos son constitucionalmente autónomos, colegiados y ciudadanos, integrados por personas que, si bien son profesionistas, no se ven obligadas a responder al perfil de la judicatura y esa condición de autonomía se explica por los fines que le fueron encomendados y que consisten en la defensa de los derechos humanos ante la incapacidad de controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes tradicionales (Azuara, 2016: 116). El hecho de que el procedimiento sea relativamente flexible, y no sujeto a las rigurosas formalidades de los procedimientos judiciales tradicionales, es la ventaja más clara del diseño institucional del recurso de revisión, como una garantía secundaria depositada en estos órganos ciudadanos que desarrollan una función materialmente jurisdiccional, al margen del Poder Judicial, que permite cumplir las exigencias

interamericanas en la materia y responder a las condiciones de vulnerabilidad estructural que caracterizan el control existente entre los poderes tradicionales. La necesidad de estas jurisdicciones especiales se explica a partir de las contundentes críticas al sistema judicial por su anquilosamiento, su distancia de la sociedad y la dificultad para responder a diversos conflictos sociales. Pero, además, es oportuno bajo una perspectiva de protección del informante interno que es, en posiblemente no pocas ocasiones, el que ejerce el derecho de acceso a la información como forma para visibilizar acciones indebidas en la administración pública que, de otra forma, no se atrevería a denunciar.

Como bien refieren diversos autores, la condición de autonomía “es una gran ventaja en la medida en que los separa del *quid pro quo* de la política normal y les permite enfocarse en metas fundamentales a largo plazo” (Ackerman, 2016: 36) sin que esa autonomía quede exenta de supervisión y control, en el caso del Inai, por ejemplo, es necesario recordar que se encuentra sujeto a la supervisión de sus labores por parte del Senado de la República y a las opiniones de su Consejo Consultivo.

4.2.1 El procedimiento.

Una ventaja más que ofrece el diseño final del recurso de revisión consiste en la brevedad de los plazos para su resolución. Aunque el procedimiento fue reformado recientemente y casi homologado en todo el país, pese a su mayor rigidez, sigue siendo un procedimiento expedito que debe resolverse, según el

artículo 146 de la Ley General de Transparencia, en un plazo de cuarenta días, a partir de su admisión, que se puede ampliar por una sola vez en un periodo de veinte días adicionales. Situado esto frente a los largos procesos judiciales, constituye, desde luego, una fortaleza evidente del diseño constitucional que tutela este derecho.

Una fortaleza más del actual recurso de revisión consiste en la flexibilidad para su interposición. El procedimiento puede desahogarse de manera electrónica a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, que permite que cualquier persona, los 365 días del año y las 24 horas del día, desde cualquier lugar, mediante una computadora, pueda formular sus solicitudes y presentar sus recursos de revisión.

Un rasgo característico más de la flexibilidad del procedimiento es consecuencia de que, desde la fase de la solicitud, no se necesite acreditar personalidad jurídica para requerir información o interponer el recurso de revisión. Aunque se solicita el nombre del solicitante que recurre o de su representante, según lo dispuesto en el artículo 144 fracción II de la Ley General, esto únicamente tiene como finalidad verificar que coincida con los datos de quien solicitó la información, sin que sea necesario acreditar la identidad, por lo que, incluso las solicitudes y los recursos de revisión promovidos de manera anónima, con nombre incompleto o seudónimo, resultan procedentes, lo que se considera como una buena práctica (Morales, 2016:437). Para presentar el recurso de revisión, sólo es necesario que el usuario que requirió la información en la plataforma electrónica lo promueva desde la misma cuenta para presuponer que se trata de la misma persona. De esta manera

se han resuelto recursos promovidos por “tres caritas sonrientes” y “Superman”, entre otros pseudónimos o ficciones, lo que, desde luego, sería prácticamente imposible en materia del juicio de amparo, pero que resulta esencial en el modelo de rendición de cuentas, para proteger a los informantes internos o whistleblowers, que siempre ha sido una recomendación en la materia (Banisar, 2009:239).

Una vez que una persona que solicitó acceder a información pública obtiene una respuesta, inicia el plazo de quince días hábiles para interponer el respectivo recurso de revisión e inconformarse, si considera que la respuesta genera alguna lesión en su derecho. De igual forma, si luego de concluir el plazo para obtener la información requerida y el solicitante no la obtiene, se encuentra en condiciones de promover el recurso de revisión; aunque en este caso el plazo no se limita a quince días para promover el recurso, sino que puede presentarlo en cualquier momento, sin ninguna restricción, ya que debe considerarse como un acto de realización sucesiva (00043/INFOEM/IP/RR/2016).

El recurso de revisión deberá especificar: el sujeto obligado ante el cual se presentó la solicitud de acceso a la información; como se señaló antes, el nombre del solicitante, o en su caso del representante, se solicita pero no es requisito de procedencia; también el número de folio de respuesta de la solicitud de acceso; la fecha en que fue notificada la respuesta al solicitante o tuvo conocimiento del acto reclamado, o de presentación de la solicitud, en caso de falta de respuesta; el acto que se recurre; las razones o motivos de inconformidad; la copia de la respuesta

que se impugna; y, en su caso, de la notificación correspondiente, salvo en el caso de respuesta de la solicitud.

De todos estos requisitos adicionales, cuando la solicitud se formula en la Plataforma Nacional de Transparencia, el sistema en automático aporta el folio de respuesta, la fecha y la copia de la respuesta, el recurrente en realidad sólo tiene que registrar el acto que se recurre y las razones o motivos de inconformidad. Aunque el procedimiento establece la posibilidad de que el titular del derecho cuente con un representante, no es un requisito de procedencia; razón por la cual, generalmente acude y participa del proceso de manera directa. Precisamente por eso la normatividad establece, en el artículo 146 segundo párrafo de la Ley General de Transparencia, la figura de la suplencia de la queja, “sin cambiar los hechos expuestos”, lo que les permite a los órganos garantes analizar de fondo, la mayor parte de los recursos de revisión.

Los organismos garantes, además, si las condiciones lo permiten, tienen el deber de subsanar cualquier deficiencia durante la interposición del recurso y, solamente si no fuera posible lo anterior, se prevé la posibilidad de prevenir al recurrente para subsanar las deficiencias (art. 145).

Una vez que se ha interpuesto el recurso de revisión, quien preside el órgano garante lo turna a un comisionado ponente para que decrete la admisión o desechamiento. En realidad, las posibilidades para desechar el recurso son muy reducidas; entre éstas se encuentra la extemporaneidad, si fuera presentado

después de los 15 días de que se hubiera notificado la respuesta, o si acaso se hubiera presentado sin señalar algún asunto en los conceptos de acto impugnado o motivo de inconformidad y se hubiera formulado la prevención respectiva sin que se hubiera atendido.

Una vez que se admite el recurso de revisión, el sistema automáticamente genera el expediente con la solicitud, la respuesta y el escrito de interposición del recurso de revisión, el cual se encuentra disponible para las partes. El sujeto obligado puede presentar sus alegatos a través de un informe justificado y el recurrente puede presentar alegatos adicionales, todo ello en un plazo de siete días. Durante este plazo se pueden ofrecer pruebas; la ley es clara al excluir las confesionales por parte de los sujetos obligados o las que pudieran ser contrarias a derecho.

El comisionado ponente puede determinar la celebración de audiencias con las partes, durante la substanciación del recurso de revisión. Estas audiencias son muy importantes para verificar que la respuesta del sujeto obligado sea adecuada y, en más de una ocasión, han permitido acreditar que el supuesto volumen de información es sensiblemente menor al señalado en la respuesta, por lo que es procedente la entrega de la información a través de la plataforma electrónica (03428/INFOEM/IP/RR/2016). Pero, además, según lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley General de Transparencia, los comisionados deberán tener acceso a la información clasificada, para determinar su naturaleza según se requiera; si bien debe considerarse que no formarán parte del expediente y continuarán en esa

condición de clasificación hasta que se determine si continúa así o si es procedente la desclasificación, tal y como lo dispone el artículo 148 de la multicitada norma.

Luego del plazo de publicidad del expediente deberá de cerrarse la instrucción. Aquí ocurre una situación muy particular que debe analizarse ¿qué parte del expediente es la que deberá ponerse a disposición de las partes? Por la redacción de la norma parecería que el expediente formado desde la presentación de la solicitud, y hasta la admisión del recurso de revisión; ya que, si el sujeto obligado presenta su informe justificado el día siete posterior de la admisión, al siguiente día de ese plazo tendría que cerrarse la instrucción, según la fracción V del artículo 150 de la ley general. Parecería entonces que los escritos de alegatos no serían visibles para las partes. En este caso, la legislación del Estado de México establece un supuesto particular, muy en el estilo del juicio de amparo, en los casos en los que el sujeto obligado en su informe justificado modifique la respuesta inicial, se establece la obligación de darle vista a los recurrentes para que manifiesten lo que a su derecho convenga (art. 155 fracción III de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios). Esto tiene una clara razón de ser, ya que al modificarse la respuesta la litis pudo variar; ya sea porque se haya resuelto el conflicto y se haya entregado la información, o que se justifiquen correctamente las razones que explican por qué no se cuenta con ella, o que se emita una clasificación fundada y motivada, en cuyo caso el particular podría darse por satisfecho e incluso desistirse del recurso.

Aunque también puede ser el caso de que el sujeto obligado, si bien modifica la respuesta sigue negándose a entregar la información. Pensemos en un ejemplo: al responder a la solicitud, manifiesta que no encuentra la información, el titular del derecho promueve el recurso de revisión, y señala que obligatoriamente debe contar con la información por tratarse de una facultad, competencia o función legalmente establecida, de realización indudable; al rendir su informe justificado, el sujeto obligado podría modificar la respuesta aceptando que ha encontrado la información pero que aun así no procede su entrega porque debe de clasificarse. Si bien en este caso el sujeto obligado modifica su respuesta, sigue generando un posible agravio al derecho de acceso a la información, por lo que el recurrente podría modificar las razones o motivos de inconformidad, porque el acto que genera el agravio fue modificado.

Aunque esta posibilidad existe en el Estado de México, es muy poco frecuente que las personas la utilicen y el órgano garante local, en una posición garantista, suple la falta de actuación y analiza de fondo si el nuevo supuesto pudiera violar el derecho o lo repara.

El procedimiento establece un supuesto que vale la pena considerar en sus posibilidades, lo que dispone la fracción VI del artículo 150 de la Ley General de Transparencia. “El organismo garante no estará obligado a atender la información remitida por el sujeto obligado una vez decretado el cierre de instrucción”; esta disposición es, además de lógica, razonable; el diálogo que caracteriza al proceso debe tener fases, pero necesariamente debe contar con un periodo de cierre para

que exista la estabilidad procesal necesaria, que le permita al juzgador emitir una resolución. Si las partes pudieran presentar sin límite de tiempo diversos escritos, se correría el riesgo de que el operador jurídico no lograra atender los términos del diálogo. Al mismo tiempo que esta norma fortalece la clausura del diálogo, juega también en el sentido opuesto, el organismo no está obligado a atender la información remitida después del cierre de instrucción, pero tampoco se encuentra impedido para ello. En consecuencia, deja a libre discreción del comisionado ponente la admisión de escritos que se envíen en alcance a los informes justificados, los que, con frecuencia, aportan información que puede contribuir a resolver la contienda. En estos casos, si el ponente lo admite, se genera un efecto que suspende el cierre de instrucción ya que, en el caso del Estado de México, si modifica la respuesta inicial, debe ponerse a disposición del recurrente para que, en un plazo de tres días posteriores, manifieste lo que a su derecho convenga, decisión que además fue establecida por el órgano nacional en su condición de segunda instancia en la resolución INAI, RIA 087/19.

Uno de los más evidentes desafíos que se enfrentan, en la substanciación del recurso, se deriva, precisamente, del procedimiento materialmente jurisdiccional que se ha establecido. De acuerdo con la legislación anterior, que no era de carácter general, una vez que el recurso de revisión se presentaba, todo el procedimiento se desahogaba por el órgano garante, sin la intervención de las partes, el cual, si bien podía citar a audiencias para mejor proveer o requerir la información clasificada para su revisión, no se encontraba obligado a lo que la actual ley establece con claridad, al contener el mandato de integrar un expediente y ofrecerlo para que,

durante siete días, las partes puedan manifestar lo que a su derecho convenga e, incluso, presentar pruebas que, al no estar debidamente catalogadas, pueden integrarse según lo señalado en la legislación supletoria, particularmente la que regula el procedimiento administrativo, que entre otras opciones, incluye las periciales y las inspecciones oculares. Si bien no es frecuente que se soliciten este tipo de pruebas, sí debe identificarse el enorme reto que significaría el que cualquier recurrente requiriera una inspección ocular a los archivos de los municipios más alejados en algún estado, o de los sujetos obligados más grandes, administrativa y presupuestalmente —en consecuencia, con una mayor complejidad documental—, todo lo cual deberá realizarse en el plazo establecido por la Ley, 40 días hábiles o cuando mucho 60, lo que obligaría al órgano a desahogar las probanzas ofrecidas dentro del plazo formalmente estipulado.

4.2.4 Efectos de las resoluciones.

Cerrada la instrucción, y sin haber admitido escrito alguno, el organismo cuenta con un plazo de veinte días, dentro de los cuarenta días iniciales, para emitir su resolución. Al resolver los recursos de revisión pueden optar por las siguientes alternativas: desechar o sobreseer el recurso de revisión, confirmar la respuesta del sujeto obligado, o bien revocar o modificar la respuesta y, en estos dos últimos supuestos, señalar que la información requerida adquiera la condición de obligación de transparencia, según la relevancia de la información, la incidencia de las solicitudes y el sentido reiterado de sus resoluciones (art. 152 LGTyAIP).

Es muy importante señalar las consecuencias de la resolución de los recursos de revisión que nos muestran por qué debe considerarse este procedimiento, como una garantía procesal, secundaria del derecho. Su finalidad consiste en dejar sin efectos actos formales pero inválidos, cuando han sido emitidos por autoridades legalmente facultados para tal efecto, siguiendo el procedimiento legalmente establecido pero cuyo contenido es inválido en tanto no cumplen con los contenidos sustanciales del derecho y de sus garantías. Pienso en acuerdos de clasificación que no cumplen en el fondo con los supuestos que los justifiquen, declaratorias de inexistencia o incompetencia incorrectas; pero el artículo 154 de la misma Ley General establece el otro supuesto, característico de las consecuencias de la garantía secundaria, la sanción de los actos informales ilícitos, ya que cuando el organismo detecte, durante la substanciación del recurso, que se pudo incurrir en una probable responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, debe darse vista al órgano interno de control o a la instancia competente, para el inicio del procedimiento de responsabilidades, con lo que el organismo se vincula con la tarea de hacer que la ley se cumpla mediante el procedimiento de sanciones (Olivos, 2020: 251).

Dichas conductas se encuentran perfectamente establecidas en el artículo 206 de la Ley General de Transparencia y se relacionan con deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones que constituyen las garantías primarias del derecho: por la falta de respuesta en una solicitud; por actuar con negligencia, dolo o mala fe en la substanciación de una solicitud; por incumplir los plazos de atención; por usar, sustraer, divulgar, alterar, mutilar, destruir o inutilizar sin causa legítima la

información bajo su custodia; por declarar con dolo o negligencia la inexistencia de información, entre otros supuestos.

Así, las resoluciones de los recursos de revisión tratan de disciplinar los actos que generan una vulneración al derecho, mediante medidas de reparación: la entrega de la información o el acuerdo de clasificación o de inexistencia, fundados y motivados, que justifiquen la restricción del derecho; pretenden dejar sin efectos actos formales, pero inválidos, y detonarían el inicio de los procedimientos de responsabilidades administrativas para sancionar los actos informales ilícitos.

Pero el desafío más importante de esta garantía secundaria se aprecia en el caso del cumplimiento de las resoluciones de los recursos de revisión que se expiden. Si bien las disposiciones constitucionales y legales vigentes indican que las resoluciones que el órgano garante emite son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados; aunque en opinión de Pedro Salazar esa restricción no debería de aplicarse a los sindicatos y a las personas físicas y morales. “Con la redacción constitucional queda claro que las entidades públicas, incluidos los partidos políticos que son entidades de interés público, no cuentan con recurso alguno para impugnar las resoluciones del IFAI. En todos estos casos se trata de instituciones que tienen competencias, obligaciones, facultades, pero no son titulares de derechos fundamentales. Reproduzco uno de ellos contenido en el artículo 17 constitucional: ‘toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta,

completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales'. Se trata del derecho 'de acceso a la justicia' que es medular en todo Estado constitucional y que puede entrar en colisión con la definitividad e inatacabilidad de las resoluciones del IFAI cuando los sujetos obligados, son personas físicas o morales" (Salazar, 2016: 89).

Pero al margen de esa opinión, en aquellos casos en los que la resolución ha otorgado la razón al recurrente y ordena a la autoridad la entrega de la totalidad de la información requerida, en la modalidad señalada por el particular, la autoridad no puede interponer recurso legal alguno para combatir la resolución; y la presentación de una demanda de juicio de amparo por parte del particular sería francamente frívola e improcedente. Ello otorga a la resolución la condición de firme y definitiva, que ya no puede ser revisada por ninguna otra autoridad nacional, pues adquiere la condición de resolución emitida por órgano límite así reconocido por el régimen constitucional.

Diversos precedentes jurisdiccionales permiten identificar con mayor precisión en qué consiste esta condición de órgano constitucional límite. Entre éstas se encuentra la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 1312/2014, que reconoce dicha condición al Consejo de la Judicatura Federal, cuyas determinaciones específicas no pueden ser revisadas por ninguna autoridad, precisamente por esa cualidad de órgano límite. En ese mismo sentido, se manifestaron la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, mediante voto particular formulado a la misma resolución, al precisar que dicha

institución cuenta con la condición de “órgano límite”, y el Ministro Fernando Franco González Salas, en voto particular formulado en el amparo en revisión 702/2012¹. En una oportunidad diversa, el Ministro Cossío Díaz ha identificado la naturaleza de los tribunales constitucionales como un punto de quiebre del modelo tradicional de división de poderes, al encargar a “un órgano concebido para actuar técnicamente” la posibilidad de ejercer controles más efectivos al ejercicio del poder público, otorgando a éstos “el carácter de órgano límite de los tribunales constitucionales y las características propias de las normas constitucionales pusieron de manifiesto un hecho poco aceptado entre los juristas: la indeterminación del derecho” (Cossío, 1997).

Si bien la condición de órgano límite se ha reconocido en las últimas instancias jurisdiccionales que tutelan los derechos humanos, es necesario señalar que las obligaciones internacionales que determinan que nuestro país cuente con un procedimiento sencillo, rápido y efectivo para la protección del derecho de acceso a la información, condujeron al diseño del recurso de revisión como una garantía secundaria, desahogada en sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones deriva de su condición de definitividad, como se ha señalado. La condición de definitividad y firmeza de las resoluciones, refuerzan y proyectan, en el ámbito federal, la condición de órgano límite reconocido en el régimen constitucional del país.

¹ En esa ocasión, el Ministro Franco señaló que “esta sentencia debe considerarse como cosa juzgada, pues ya no procede ningún medio de defensa en su contra, y mucho menos contra la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano límite, mediante la cual desechó el recurso de revisión contra la sentencia del mencionado Tribunal Colegiado de Circuito”.

La irrupción del control de constitucionalidad en órganos distintos de la fisonomía judicial fue ya advertida por Néstor Pedro Sagüés, en supuestos que dicho autor denomina órganos “sui generis” (Sagüés, 2004:463). Si bien tales órganos cuentan con la capacidad de sujetar a control de constitucionalidad las leyes o reglamentos legislativos, en nuestro caso es la actuación de los sujetos obligados la que se sujeta al cumplimiento de las formalidades señaladas en las disposiciones constitucionales y legales que tutelan un derecho humano: el de acceso a la información pública. En consecuencia, se trata de un control de constitucionalidad, bajo la modalidad de control difuso, con las restricciones precisas que nos ha configurado la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto corresponde a las autoridades no jurisdiccionales, a través de su resolución al Expediente Varios 912/2010.

Lo que se busca, con el reconocimiento de la fuerza de las resoluciones que emiten los organismos garantes, consiste en la necesidad de otorgarles la fuerza suficiente a las decisiones que tutelan derechos humanos como mecanismos de control del poder, lo que, desde luego, forma parte de la justicia constitucional (Brewer, 2007:73). Por lo que resulta perfectamente explicable que, a pesar de que el órgano garante no sea plenamente jurisdiccional ni, mucho menos, forme parte del Tribunal Constitucional. La tutela asignada de un derecho humano como el de acceso a la información provoca que las resoluciones emitidas, en los supuestos antes descritos, cuenten con esa condición de determinación firme, inatacable, vinculante y definitiva; ya que de lo que se trata es de poner remedio, de manera

breve, expedita y plena, a las probables afectaciones al derecho en cuestión, siguiendo el mandato constitucional de reparar los derechos humanos vulnerados.

Esa fortaleza en la resolución contiene la debilidad más importante de la arquitectura jurídica, ya que es una contradicción de nuestro diseño constitucional que exista una garantía secundaria para tutelar el derecho de acceso a la información, que pueda reparar formalmente, y con mayor facilidad, las vulneraciones al derecho humano y que, a la par, tal garantía no sea plenamente efectiva, porque las medidas para asegurar el cumplimiento de las resoluciones son distintas a las existentes para nuestra garantía secundaria histórica: el juicio de amparo. Las disposiciones constitucionales generales señalan, en los artículos 105, último párrafo, y 107, fracción XVI que, ante un incumplimiento injustificado de una sentencia firme de amparo, de acción de inconstitucionalidad o de controversia constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación procederá a separar del cargo al titular de la autoridad responsable y consignarlo ante el Juez de Distrito; lo que también se aplica en el caso del superior jerárquico de la autoridad responsable, si hubiese incurrido en responsabilidad, o de quienes antes, y habiendo ocupado el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

A diferencia de ese grado de efectividad, las resoluciones firmes de los organismos garantes sólo pueden cumplirse a través de las medidas contempladas por el artículo 201 de la Ley General de Transparencia, que consisten en apercibimiento,

amonestación pública o multas, que van desde los ciento cincuenta hasta las mil quinientas veces la Unidad de Medida y Actualización.

Las resoluciones firmes de amparo cuentan con medidas para conseguir su efectividad, que son superiores y de mayor gravedad que las concebidas para promover el cumplimiento de las resoluciones emitidas a los recursos de revisión en materia del derecho de acceso a la información. La diferencia únicamente puede explicarse porque las resoluciones que dictan los organismos garantes son emitidas por una autoridad que no es plenamente jurisdiccional; lo que, sin embargo, es una diferencia inaceptable, porque, como he señalado, las resoluciones adquieren la condición de determinaciones emitidas por órgano límite en el régimen constitucional, y tienen como objeto procurar la debida tutela de un derecho humano, reparando sus probables afectaciones.

Podría decirse que, frente al incumplimiento de las resoluciones de los órganos garantes, el particular puede optar por promover un juicio de amparo indirecto. Pero esa vía terminaría por desvirtuar el procedimiento en su conjunto (Rodríguez, 2020: 423), ya que, en primer lugar, el particular tendría que acreditar su personalidad e interés jurídico, someterse a un procedimiento judicial con mayores formalidades y requerimientos –entre ellos, contar con la asistencia de un profesional del derecho– y esperar que, luego de una larga secuela de procedimientos, se dictara una resolución final, todo lo cual corre en sentido inverso al mandato interamericano de contar con un procedimiento sencillo y ágil que tutele las afectaciones al derecho de acceso a la información pública. Lo que

hemos conseguido cumplir hasta el momento de emitir la resolución, gracias al esfuerzo institucional del Estado, desmerecería si, justo en la etapa del cumplimiento, se supedita a los mecanismos tradicionales de justicia.

En este sentido, la tutela de los derechos humanos no permite la existencia de diferencias artificiales, inicuas y contrarias al efecto útil (CoIDH, caso Baena Ricardo, Serie C, No. 104: párr. 66) de la garantía constitucional diseñada. No importa si la autoridad que emite la resolución que imparte justicia constitucional (Uribe, 2004:841) es de naturaleza jurisdiccional o no, entendiendo como parte de la justicia constitucional la tutela de los derechos humanos. Lo realmente significativo radica en si la condición de la resolución emitida comparte la misma naturaleza, al ser adoptada por un órgano límite en el diseño constitucional y ser una resolución definitiva e inatacable. En estas circunstancias, tanto en el caso de las resoluciones firmes de amparo, de las resoluciones a los recursos de revisión que ordenan entregar la información pública requerida en la modalidad solicitada, o en aquellos casos en los que no fueron atacadas y quedaron firmes, deberían de contar con los mismos instrumentos y el mismo grado de efectividad que generan los remedios legales para promover su cumplimiento.

Para resolver este problema, al tratar de vencer la resistencia para reformar la Constitución Federal cuando se trata de imponer mecanismos de control más efectivos al poder público, podría superarse dicha deficiencia en el diseño constitucional, a través de una interpretación mutativa (Sagüés, 2006: 55 y 56), de carácter aditivo (Díaz, 2011: XLIII, 221 y 222), de los artículos 105, último párrafo, y

107, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo diseño original se limita a las garantías jurisdiccionales entendidas en su concepción restrictiva, sin recoger el proceso de incorporación de nuevas garantías secundarias constitucionales de tutela de los derechos humanos, depositadas en órganos especializados fuera del poder judicial, optar por una solución interpretativa de la Constitución, sin tener que esperar la consabida refirma, nos permitirían equiparar (Tribunal Constitucional Español, STC 2/1993 del 14 de enero de 1993) las resoluciones que emitan los órganos garantes, ya sea porque reparan de manera integral el derecho humano o porque han causado estado, a las sentencias firmes en materia de amparo, ya que en un caso o en otro, la decisión lo que pretende es cumplir el deber del Estado de investigar y reparar las violaciones a los derechos humanos, siendo entonces, que la finalidad de los dos tipos de decisiones, son similares, conveniente sería que compartan las mismas medidas que aseguren su cumplimiento.

Corresponderá después al legislador ordinario el deber de desarrollar, en la ley, el procedimiento para que el mismo órgano garante estatal o el nacional desahogue el procedimiento de supervisión de cumplimiento hasta dejarlo en un estado de vista, para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita la resolución última, consistente en separar del cargo al titular de la autoridad responsable y consignarlo ante el Juez de Distrito; lo que también se aplicaría en el caso del superior jerárquico de la autoridad responsable, si hubiese incurrido en responsabilidad; o de quienes antes, y habiendo ocupado el cargo de la autoridad

responsable, hubieran incumplido la ejecutoria, en aquellos casos en los que injustificadamente se hayan incumplido las resoluciones.

Esta medida implicaría un replanteamiento de la naturaleza del Tribunal Constitucional, al que se le confirió el poder de destituir e iniciar el procedimiento penal en contra de aquellos funcionarios rebeldes que se niegan a cumplir las sentencias de amparo, de tal forma que comparta dicha atribución con otras autoridades, en este caso, los órganos garantes que si bien no son autoridades jurisdiccionales si realizan funciones materialmente jurisdiccionales y cuyas resoluciones, como referí antes, pretenden reparar las violaciones generadas al derecho de acceso a la información; lo que no sería sino un muy franco reconocimiento a la labor que, en distintos espacios, desempeñan cada día otras autoridades para promover la tutela efectiva de los derechos humanos, labor cuya efectividad se ve afectada por la debilidad jurídica existente para hacer cumplir sus resoluciones.

4.2.1 La segunda instancia.

Concluiré la presente sección de este módulo refiriéndome a un rasgo característico más de los procedimientos tradicionales de tutela jurisdiccional: la segunda instancia. Cualquier procedimiento judicial cuenta con este criterio como garantía de legalidad en las decisiones y para hacer efectivo el pleno derecho de acceso a la justicia de las personas.

El recurso de revisión en materia de acceso a la información, aunque se desahoga en sede administrativa, por funcionarios que no son profesionales del derecho de manera obligada, a partir de la reforma constitucional de 2014 y de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Transparencia, cuenta con este diseño de segunda instancia, para el caso de los organismos garantes locales, mediante el recurso de inconformidad, del que disponen solamente los recurrentes para combatir las resoluciones de los organismos garantes locales que confirmen o modifiquen la clasificación de la información o confirmen la inexistencia o negativa de información, procedimiento que se desahoga ante el organismo garante nacional (art. 160 de la LGTyAIP).

Como se aprecia, las causales de procedencia son aquellas que pueden justificar que la violación al derecho no fue resuelta y que sigue siendo afectado. En la actualidad este tema ha generado un fuerte debate entre los órganos garantes ya que el INAI, tratando de justificar su interpretación expansiva y probablemente desproporcionada de la norma, acude al contenido de la sentencia de amparo 1703/2016 para reclamar jurisdicción sobre cualquier supuesto que pudiera equivaler a una negativa de acceso. Esta interpretación expansiva de las causales de procedencia del recurso de inconformidad sumada a la condición de inatacabilidad de las resoluciones del órgano garante, exigen un prudente y correcto ejercicio de sus atribuciones ya que un uso indebido, descuidado y poco deferente con la norma podría generar excesos y abusos en las resoluciones, como así se planteó en la resolución 3103/INFOEM/IP/RR/2020 emitida por el órgano garante del estado de México en cumplimiento del RIA 167/20.

Aunque el particular puede optar por acudir a esta segunda instancia en sede administrativa, o acudir directamente al juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto por el artículo 159 de la Ley General de Transparencia. Incluso, en contra de las resoluciones del organismo garante nacional, los particulares podrían interponer el procedimiento de amparo en contra de sus resoluciones, con lo que aun las resoluciones de este organismo pueden ser revisadas por el Poder Judicial a instancia del recurrente, lo que viene a confirmar el diseño de segunda instancia esencial de cualquier garantía procesal.

4. 2. 6. La verificación de las obligaciones de transparencia y la denuncia por incumplimiento.

La garantía primaria que no puede protegerse mediante el recurso de revisión consiste en la obligación de publicar, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos, así como de los resultados obtenidos; mandato constitucional que el legislador ordinario desarrolló en la Ley General para integrar el Título Quinto denominado “Obligaciones de Transparencia” y que definió 48 conceptos definidos como obligaciones de transparencia comunes de todos los sujetos obligados, contenidos en el artículo 70 y las obligaciones de transparencia

específicas, según la naturaleza de los sujetos obligados. Esto puede explicarse en virtud de que es una obligación cuyo cumplimiento no se vincula con el ejercicio individual del derecho; existe un deber del titular de la obligación independiente incluso de que el titular del derecho decida ejercerlo o no. Por lo que, en principio, no podría considerarse que no existe una relación individualizada que justifique la acción. Digo que esto podría entenderse así en principio, aunque a continuación explico los matices a considerar que me permiten identificar otros dos procedimientos como garantías procesales en este caso.

He señalado que la política de transparencia, como también se conoce a estos deberes, debe considerarse como una garantía primaria, en tanto que es una obligación inmediatamente relacionado con el derecho de acceso a la información y que involucra directamente a los sujetos obligados que no pueden disponer si cumplen o no con estos deberes. Al ser una garantía, sería ineficaz si no existieran recursos procesales para sancionar los actos formales inválidos o los actos informales ilícitos derivados de un cumplimiento parcial o un total incumplimiento. Traté también de justificar por qué no es causal del recurso de revisión la falta de cumplimiento de esta obligación, al considerar que se carece de una relación individualizada de ejercicio del derecho.

Pero ahora es necesario explicar que el legislador, tratando de que el diseño legal del régimen de protección del derecho de acceso a la información cumpliera con el parámetro de regularidad constitucional, definido en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, pretendió darle efectividad a la obligación, mediante un

proceso parecido a una auditoría gubernamental que contribuye a fomentar niveles aceptables de cumplimiento por parte de los sujetos obligados.

De esta forma se estableció el deber de los organismos garantes de realizar acciones de vigilancia del cumplimiento de estas obligaciones (art. 85 LGTyAIP), mediante verificaciones virtuales, oficiosas, de forma aleatoria, muestral o periódica, a los portales de internet de los sujetos obligados o a la Plataforma Nacional de Transparencia (art. 86 LGTyAIP), con la finalidad de constatar que la información esté completa, publicada y actualizada en tiempo y forma; emitir un dictamen que determine el cumplimiento o el incumplimiento, en cuyo caso formulará los requerimientos para subsanar las deficiencias en no más de veinte días; debiendo informar, el sujeto obligado, la atención de ese requerimiento para dar paso a una segunda verificación que asegure la atención de la observación (art. 88 LGTyAIP).

Ese mismo artículo señala que, si luego de esa segunda revisión, persiste un incumplimiento, se dará vista al superior jerárquico del funcionario responsable de dar cumplimiento, en un nuevo plazo no mayor a cinco días, para atender e informar el cumplimiento o para emitir las medidas de apremio o sanciones, según lo establecido en la ley. Ya que el artículo 206 fracción VI contempla como causa de sanción, por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley general, no actualizar la información correspondiente a las obligaciones de transparencia previstas en la ley.

De esta manera, el legislador procuró darle efectividad a la obligación de difundir y mantener actualizada esta información, mediante un procedimiento de auditoría periódica asignada a la misma autoridad encargada de desahogar los recursos de revisión, con lo que los organismos garantes quedaron facultados para asegurar el cumplimiento de la obligación, de esta garantía primaria o, en su defecto, para desahogar un procedimiento de tipo administrativo, sin presencia de los titulares del derecho; pero, evidentemente, en su representación y tutela, con la finalidad de asegurar que cese el acto informal e ilícito que afecta el derecho, reparando la afectación mediante las medidas que conduzcan a que la información se publique e, incluso, a la adopción de disposiciones para sancionar dichos actos si fueran persistentes. Gracias a este procedimiento, el organismo garante puede “incidir efectivamente en el comportamiento de los sujetos obligados para el efectivo cumplimiento de la LGTIP” (Mendiola, 2016: 89).

Aunque esta es una obligación genérica que no genera, en principio, relaciones jurídicas individualizadas, también debemos considerar que cualquier titular del derecho que decidiera ejercerlo por esta modalidad que, al pretender acceder a esta información, en ese momento individualiza la relación jurídica y puede sentirse afectado si la información que busca, y que debería de encontrarse publicada, no se encuentra. Por esa razón, el legislador incorporó, junto con la verificación oficiosa, un procedimiento de denuncia por incumplimiento a las obligaciones de transparencia. Procedimiento que está disponible para cualquier persona (art. 89 LGTyAIP), bajo el supuesto de que, si se denuncia, es porque se pretendió ejercer el derecho y, en automático, se encontraría legitimado para la acción; que se

desahoga también por el organismo garante, según el mismo artículo referido; y, que arranca con una denuncia. Esto propicia que el organismo garante requiera un informe al sujeto obligado, se determine una resolución y ejecución de la resolución (art. 90 LGTyAIP), todo ello en un procedimiento que buscar ser sencillo pero con la seguridad jurídica suficiente (Arizmendi, 2016:325).

Los requisitos de la denuncia son realmente elementales: que se señale al sujeto obligado responsable; que se describa de manera clara y precisa el incumplimiento, se podrían adjuntar los medios de prueba para respaldar la denuncia; que se señale domicilio o correo electrónico para recibir notificaciones, así como el nombre y perfil. Aunque estos dos últimos datos son, también, de carácter opcional (art. 91 LGTyAIP).

Este mini ágil y efectivo proceso se desahoga en las siguientes etapas y con los plazos enunciados a continuación: tres días para que sea admitido, tres días para notificar la denuncia al sujeto obligado, tres días para que el sujeto obligado rinda el informe correspondiente. A continuación, el organismo realiza las verificaciones virtuales que procedan y puede requerir nuevos informes complementarios que deberán rendirse tres días después de requeridos, y después del plazo del último informe, los organismos cuentan con veinte días para resolver la denuncia mediante resolución fundada y motivada en la que invariablemente deberán de pronunciarse sobre el cumplimiento de la publicación de la información. Tres días después de adoptada, se deberá notificar la resolución al denunciante y al sujeto obligado quien, en un plazo no mayor a quince días, deberá de cumplir la

resolución. Existe un proceso de verificación de cumplimiento de la resolución, cuenta con las mismas medidas disponibles para asegurar el cumplimiento de las resoluciones de los recursos de revisión: las medidas de apremio o para determinar lo que proceda (arts. 94 al 97 LGTyAIP).

Debe destacarse que también, en este caso, la resolución es de carácter definitivo e inatacable para los sujetos obligados; los particulares tienen a su disposición el juicio de amparo para impugnar la resolución, si consideran que sigue persistiendo la afectación a su derecho.

4.3. Cumplimiento del parámetro de regularidad constitucional en el diseño jurídico de las garantías secundarias del derecho.

Como se ha visto, el poder reformador de la Constitución de la Unión decidió directamente reconocer una de las dos garantías secundarias del derecho de acceso a la información, desde su materia exclusiva, la propia Constitución, al establecer en su artículo sexto el recurso de revisión como mecanismo de control de las respuestas de los sujetos obligados, procedimiento que se desahoga ante los organismos constitucionalmente autónomos creados con esa finalidad específica. Mientras que, con la finalidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, el legislador secundario incorporó un procedimiento de revisión de oficio y de denuncia.

Tanto el recurso de revisión, como la verificación de oficio al cumplimiento de las obligaciones de transparencia, como la denuncia por el incumplimiento de tales obligaciones de transparencia, permiten al órgano garante investigar las conductas presumiblemente responsables de la afectación del derecho de acceso a la información y a sus cuatro garantías primarias, mediante procedimientos efectivos de investigación que permiten identificar las dimensiones y efectos de las afectaciones, la individualización de las responsabilidades y la determinación de las medidas que permitirían la reparación de las afectaciones generadas en el derecho.

Estos procedimientos de garantía secundaria tienen como misión someter a control los actos de las autoridades para anular los actos formales inválidos o sancionar los actos informales ilícitos que propician un incumplimiento de las cuatro garantías primarias del derecho de acceso a la información.

Con estos procedimientos de garantía secundaria se pretende asegurar la efectividad de las obligaciones primarias del derecho de acceso a la información y se integran los recursos procesales disponibles para que el titular del derecho pueda impugnar las respuestas de los sujetos obligados que pudieran generar alguna afectación.

La descripción y análisis de los procedimientos legalmente establecidos y adoptados, con la finalidad de investigar las posibles afectaciones al derecho de acceso a la información, son procedimientos razonablemente efectivos y no

meramente formales que si se desahogan de manera adecuada permitirán reconstruir las acciones que generaron la afectación al derecho, identificar a los responsables de la afectación y los efectos de sus actos en el titular del derecho. Los procedimientos también permiten iniciar los procedimientos para determinar las responsabilidades por la comisión de esas conductas, así como adoptar medidas para reparar las afectaciones al derecho.

En la medida en que, en la práctica, las resoluciones de los órganos garantes hagan valer los supuestos establecidos en la normatividad y que permiten anular los actos formales pero inválidos o bien investigar y sancionar los actos informales e ilícitos, las resoluciones de los recursos de revisión harán efectivo el alto estándar jurídico existente para la protección del derecho de acceso a la información lo que, en los casos específicos que motivaron los recursos de revisión, permitirá investigar, sancionar y reparar las violaciones al derecho de acceso a la información y a sus garantías, al mismo tiempo, al consolidar un estado generalizado de protección que identifique y sancione los comportamientos no consistentes con las normas, afianzará la condición de prevención al cerrar cualquier margen de impunidad y protección a las conductas que generan afectaciones al derecho de acceso a la información, desalentando la realización de este tipo de actos prohibidos (Morales, 2016: 451), lo que se convierte en un poderoso mensaje a todas las autoridades que, en el ámbito de sus atribuciones, tienen deberes de protección y garantía del derecho, con lo que se consolidará una cultura general de prevención que sólo puede ser resultado de la eficacia de los procedimientos de protección analizados en este módulo.

En la medida en que, en la práctica, las resoluciones de los órganos garantes hagan valer los supuestos establecidos en la normatividad, y permitan anular los actos formales pero inválidos; o bien, investigar y sancionar los actos informales e ilícitos, las resoluciones de los recursos de revisión harán efectivo el alto estándar jurídico existente para la protección del derecho de acceso a la información lo que, en los casos específicos que motivaron los recursos de revisión, permitirá investigar, sancionar y reparar las violaciones al derecho de acceso a la información y a sus garantías. Al mismo tiempo, al consolidar un estado generalizado de protección que identifique y sancione los comportamientos no consistentes con las normas, afianzará la condición de prevención al cerrar cualquier margen de impunidad y protección a las conductas que generan afectaciones al derecho de acceso a la información, desalentando la realización de este tipo de actos prohibidos (Morales, 2016: 451), lo que se convierte en un poderoso mensaje a todas las autoridades que, en el ámbito de sus atribuciones, tienen deberes de protección y garantía del derecho, con lo que se consolidará una cultura general de prevención que sólo puede ser resultado de la eficacia de los procedimientos de protección analizados en este módulo.

Si bien tal diseño tiene algunas debilidades e inconsistencias, frente a las medidas dispuestas para otras garantías secundarias de los derechos, existen alternativas jurídicas para resolver esas diferencias. Lo que se requiere es que la autoridad en la que se han depositado estas garantías secundarias se comprometa realmente con el cumplimiento de sus deberes constitucional y legalmente establecidos.

Bajo la luz de lo que he analizado en este módulo y en el anterior, puede determinarse que el legislador puso especial cuidado en identificar cuatro obligaciones específicas que corresponden a cualquier autoridad, en el ámbito de sus atribuciones, para garantizar el derecho de acceso a la información, así como a los recursos procesales que le permiten al Estado, prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones que se generen en el derecho de acceso a la información, como consecuencia del incumplimiento de cualquiera de esos cuatro deberes de garantía primaria, lo que me permite señalar que el diseño actual del derecho de acceso a la información y de sus garantías primarias y secundarias es consistente con el estándar establecido en el artículo primero constitucional.