

Archivos públicos: la garantía más importante del derecho de acceso a la información

José Guadalupe LUNA HERNÁNDEZ

Resumen

En este artículo se explica el régimen de protección constitucional del derecho de acceso a la información pública en México, describiendo sus garantías primarias, especialmente las que se relacionan con la gestión documental, bajo la idea de que los archivos abiertos garantizan el derecho a la verdad y la vida democrática.

El horizonte general de protección

Para analizar el régimen constitucional del derecho de acceso a la información en México, conviene considerar una reforma previa, la de derechos humanos de 2011, ya que transformó el sistema jurídico y determinó una nueva concepción de los derechos. Para efectos del presente análisis, destaco los siguientes elementos: 1) La existencia de derechos humanos, reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano forma parte; 2) La existencia de garantías para la protección de esos

derechos; 3) El deber de todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, de promoverlos, respetarlos, protegerlos, garantizarlos; y, 4) La obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

En el centro del diseño constitucional figura el reconocimiento de los derechos humanos. Pero eso no alcanza para transformar la realidad. Para que esas justas aspiraciones lleguen a las personas y revertan las condiciones de atraso, es necesario que existan garantías que los protejan y que sean efectivas. Sin ellas, los derechos terminan como promesas políticas en constituciones ineficaces, imposible de ser judicializados y, por lo tanto, su cumplimiento supeditado a la voluntad política.¹

La reforma constitucional de 2011 pretende modificar una inercia de continuas violaciones a los derechos humanos que nos ubican lejos de *un comportamiento consistente con la norma*,² por lo que además de reconocer los derechos, reafirmó a las garantías para su protección. Considerando la clasificación binaria del tipo de garantías, éstas pueden ser de carácter primario, cuando consisten en *las obligaciones o prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones*.³ Esta definición se relaciona con el texto adoptado en el artículo 1º. de la Constitución que establece la obligación, de todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Para asegurar que esas obligaciones se cumplan es necesaria la existencia de los remedios que sometan a control jurisdiccional los actos de las autoridades. Esos procedimientos de tutela son las garantías secundarias.⁴

¹ SAGÜÉS (Néstor), Teoría de la Constitución, Buenos Aires, Astrea, 2004, págs. 254 y 255.

² ANAYA MUÑOZ (Alejandro), El país bajo presión, México, CIDE, 2012, pág. 143.

³ FERRAJOLI (Luigi), La democracia a través de los derechos, Madrid, Trotta, 2014, pág. 62.

⁴ FERRAJOLI (Luigi), Poderes salvajes, Madrid, Mínima Trotta, 2011, pág. 40.

El derecho de acceso a la información pública y sus garantías

Ahora tenemos que identificar el contenido del derecho de acceso a la información, conforme a sus fuentes nacionales e internacionales, mismo que propongo en los siguientes términos:

La igualdad de oportunidades de las personas para recibir, buscar y difundir información⁵ en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, subnacional y municipal,⁶ que se constituye como una herramienta fundamental para ejercer el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que (las personas) puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas,⁷ fomentando la transparencia de las actividades estatales y promoviendo la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública,⁸ que permite saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada.⁹

La más reciente reforma constitucional en la materia, de 2014, diseñó un conjunto de obligaciones que constituyen sus garantías. Sus garantías primarias son las obligaciones siguientes: a) La de

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo sexto, sección A, fracción I.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, no. 151, párr. 86.

⁸ *Ibidem*, párr. 87.

⁹ Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión (2004).

documentar todo lo que los sujetos obligados realizan en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones; b) La de preservar los documentos en archivos administrativos actualizados; c) La de publicar sus obligaciones de transparencia de oficio; y d) La atención de las solicitudes de acceso a la información pública. En esta ocasión sólo me referiré a ellas y no a las de carácter secundario.

La reforma constitucional ordenó que se expidieran leyes generales, lo que se atendió de la siguiente manera: Primero la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en mayo de 2015; posteriormente la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada en enero de 2017; y, por último, la Ley General de Archivos, publicada en junio de 2018.

En ocasiones se ha puesto en duda si esa ruta fue la correcta, ya que la inmediata entrada en vigor de la norma de transparencia, dio continuidad a una dinámica previa e imposible de detener, la de apertura de la información, aunque con un defecto: que no se tuviera un modelo consolidado de protección de los datos personales que abundan en la información en posesión de las autoridades. Esto provocó que se expusiera información susceptible de protegerse por la causal de confidencialidad.

Algo similar sucedió en materia de archivo. La falta de regulación, la deficiente gestión documental derivada de las condiciones de negligencia y desorganización, provocaron que, en diversas solicitudes, los plazos de las respuestas se extendieran injustificadamente porque no se localizó a tiempo la información; en ocasiones, los servidores públicos de las áreas remitieron la información con la que se atendía la solicitud, en el límite del plazo establecido, y las unidades de transparencia entregaron información que debió analizarse para proteger los datos personales, o simplemente ya no alcanzaron a responder la solicitud. En los casos más extremos, la información no se entregó porque no se localizó, ya sea porque no se generó, porque se generó, pero fue sustraída o destruida, porque se extravió o, en el extremo más grave, porque a pesar de que se encontró se negó indebidamente su existencia.

Para evitar estos problemas, la Ley General de Transparencia incluyó disposiciones para solucionar la inexistencia, en ese momento, de los otros dos cuerpos normativos y que hoy les sirven de puente. En materia de archivo destaco los artículos 18, 19, 20 y 21 que regulan el deber de documentar, la idea de presunción de existencia de la información, así como las consecuencias que se derivan de ello; acompañados del artículo 131, que garantiza una búsqueda exhaustiva y razonable de la información, lo mismo que los artículos 138 y 139 que definen las medidas para investigar y sancionar las inexistencias de información injustificadas.

Por lo que puedo decir que, a pesar de la inusual ruta seguida, el legislador adoptó medidas, desde la primera ley emitida, para que la tutela del derecho de acceso a la información, bajo su diseño actual, funcionara cumpliendo todas y cada una de las garantías, esenciales para hacer realidad el derecho, y que enuncian los procedimientos para promover, respetar, proteger y garantizar, así como para investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

La incidencia de la tutela del derecho de acceso a la información a través de las garantías relacionadas con la materia archivística

De las cuatro garantías primarias del derecho de acceso a la información, dos de ellas corresponden al proceso de gestión documental: documentar las decisiones y preservar la información en archivos administrativos actualizados. Con información disponible del gobierno subnacional del Estado de México, trataré de explicar los problemas y retos más comunes.

a) La obligación de documentar

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

competencias.¹⁰ Esto lo vimos en el órgano garante del Estado de México (Infoem) en distintas ocasiones, me referiré a dos casos en particular.

En 2017, el presidente municipal de Nezahualcóyotl, México y, la en ese entonces, delegada de Iztapalapa de la Ciudad de México, en una conferencia de prensa, anunciaron un programa de reordenamiento del comercio que utilizaba la vía pública. Se realizó el evento, se registró en un boletín de prensa que se difundió a través del sitio electrónico oficial del sujeto obligado. Tiempo después, una persona solicitó dicho programa y la respuesta de las autoridades fue: no existe el documento porque un programa no es, necesariamente, un documento. Alguien falló en el cumplimiento de su obligación lo que, además de la responsabilidad administrativa que ello pudiera significar, provocó una afectación al derecho de acceso a la información de otra persona, quien acudió al órgano garante, promovió el recurso de revisión que, al substanciarse, nos condujo a encontrar responsable al sujeto obligado por la violación del derecho y ordenó la generación del documento y su entrega, como medio de reparación. Lo que finalmente ocurrió, garantizando plenamente su ejercicio.

Explico otro caso. Para la inauguración del sistema de transporte teleférico, alguien consideró que la vista desde estas unidades de transporte no era muy amable (ya que se ven canchas de fútbol cuyo terreno es simplemente de tierra), por lo que debía de ser embellecida, ese día amanecieron cubiertas por pasto sintético, material que no se quedó para beneficio de los deportistas. Ante este hecho, alguien solicitó las facturas respectivas. La respuesta, confirmada desgraciadamente por la mayoría del órgano garante, consistió en que no existía información.

Aquí observamos las dos caras del mismo problema. En ambos casos, el acto del sujeto obligado existió, pero no se documentó. En los dos casos, alguien más pretendió ejercer su derecho de acceso a la información, que se afectó por el incumplimiento de las obligaciones inmediatas de la autoridad. Los dos recurrieron al

¹⁰ PESCHARD (Jacqueline), *Grandes problemas, Transparencia: promesas y desafíos*, México, El Colegio de México y UAM, 2017, pág. 269.

órgano garante para inconformarse por estas acciones; en el primer caso prevaleció la decisión de corregir y lograr que el régimen constitucional de protección se aplicara, ya que se ordenó que se generara y entregara la información, con lo que se reparó el derecho afectado. En el segundo, no prevaleció la adecuada garantía.

El mandato constitucional que configura esta inicial garantía primaria del derecho de acceso a la información es de la mayor relevancia ya que en los registros documentales queda el testimonio del ejercicio del poder público, las decisiones, en ocasiones las razones que las justifican y el ejercicio de los recursos públicos. La naturaleza de cualquier acto indebido es, precisamente, la opacidad y el insano deseo que no se registre para que, en consecuencia, los propósitos indebidos persistan sin consecuencias. Para que la transparencia y el derecho de acceso a la información sean efectivos y respondan al efecto útil que explica su reconocimiento y configuración, se requiere que se observe el primer deber de todo sujeto obligado: documentar lo que realicen en el ejercicio de sus facultades, sin quedar subordinado al criterio de los servidores públicos, de cumplirlo o no.

A pesar de que los riesgos persisten, el desarrollo tecnológico y la complejidad de nuestras sociedades reducen el margen de posibilidades de las autoridades para no registrar los actos indebidos. Uno de los factores que inciden en esta significativa complejidad consiste en el vertiginoso desarrollo tecnológico. La revolución de la internet y los niveles de conectividad son manifiestos. En México, al cierre de 2017, 47% de los hogares contaban con servicio de internet y 59 de cada 100 habitantes contaban con suscripciones activas de banda ancha móvil.¹¹ La existencia de una infraestructura tan poderosa para compartir información obliga al mercado a desarrollar y favorecer el acceso a equipos capaces de crear, difundir, reproducir, la información que circula. Al cierre del segundo trimestre de 2017, en México existían

¹¹ <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Mexico-avanza-en-conectividad-UIT-20171115-0110.html>

112.8 millones de líneas telefónicas móviles, 85% de las cuales utilizaban teléfonos inteligentes.¹²

Para apreciar cómo este vertiginoso desarrollo tecnológico provoca que resulte cada vez más difícil que los propósitos indebidos y las acciones repudiables queden sin registro, hago alusión a un acontecimiento dramático para el país. La noche del 26 de septiembre de 2016, estudiantes de la Normal Rural de Ayotzinapa y un equipo de fútbol, fueron reprimidos, heridos, asesinados, detenidos y 43 de ellos, desaparecidos.

Los estudiantes se habían dado a la tarea de “tomar” camiones para trasladarse a actos de protesta por el 02 de octubre; al parecer, uno de esos autobuses contenía droga oculta, sin que fuera de su conocimiento. De ahí la virulenta reacción del crimen organizado y el uso de las fuerzas policiacas, sometidas al control de esos grupos.

Si bien hasta ahora no se ha logrado descubrir la orden directa para desaparecer a los estudiantes, desde el primer momento de los acontecimientos descritos, los actos de poder (la represión y las detenciones) se documentaron y, al existir, se informaron, se comunicaron. Los muchachos grabaron con sus teléfonos los enfrentamientos, tomaron fotografías, mandaron mensajes por Whats app, informaron a los reporteros gráficos y a los de las cadenas de radio de Chilpancingo, quienes no dudaron en trasladarse a Iguala. La noticia fatídica irrumpió en el escenario nacional y el sistema político se cimbró. Después de esa noche en Iguala, el curso de la reproducción del sistema político mexicano ya no fue el mismo, llegó a un punto de quiebre: el fin de la legitimidad de un régimen que había apostado su éxito a la concertación entre la clase política.

Es así como aprecio que el registro de los actos de los sujetos obligados, en el ejercicio de sus facultades, informa acerca de los contenidos del poder, que resulta la condición esencial para garantizar el derecho de acceso a la información de las personas. Garantizar el derecho de acceso a la información es, incluso, un

¹² <https://lopezdoriga.com/economia-y-finanzas/cuantos-celulares-hay-en-mexico/>

factor esencial para la reproducción del sistema político en sociedades modernas, complejas y democráticas como la nuestra.

Cierto es que no en todos los casos es posible documentar los actos de poder y persiste el intento de los protagonistas por impedirlo, como en el ejemplo de Ayotzinapa, en cuyo caso, incluso, faltan piezas centrales para reconstruir la verdad; aún existen ciertos márgenes para que los funcionarios no generen la información. Pero, es aquí donde los órganos garantes deben poner en operación el estándar y actuar con mayor determinación para impedirlo, evitando que se afecte el derecho de acceso a la información y el derecho que tienen los pueblos a la verdad. Para esto es necesario que las disposiciones contenidas en los artículos 17, 18, 19, 20 y 21 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública se apliquen con mayor rigor.

b) La obligación de resguardar la información en archivos administrativos actualizados

Una vez que los sujetos obligados cumplen con su primera obligación y documentan lo que realizan durante el ejercicio de sus facultades, viene la siguiente tarea: Preservar su información en archivos administrativos actualizados. Con esta subsecuente obligación viene aparejado un reto de dimensiones mayúsculas.

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

Y, si el derecho de acceso a la información tiene un asiento, esencialmente documental, la necesidad de contar con archivos administrativos actualizados es una condición esencial para su

adecuada garantía. Por eso es que la nueva agenda en esta materia necesita resolver urgentemente los viejos problemas relacionados con la organización de los archivos: El rescate de acervos documentales que se encuentran en el abandono y a punto de perderse, almacenados, desorganizados; la recuperación a través de una correcta gestión documental que nos permita clasificar, ordenar y describir la información; el control adecuado de los procesos de transferencia, depuración, baja documental y preservación de la información histórica y, en medio de todo esto, discutir y revalorar la relación entre los registros documentales (sean tradicionales, sean digitales) y la ciudadanía; de igual forma, la relación entre ciudadanía y el derecho a la memoria, para hacer realidad aquella vieja aspiración de la ley para reorganizar los archivos de la república francesa: la apertura de los archivos.

No basta, obviamente, trabajar para alcanzar la transparencia de las grandes decisiones del espacio público, precisamos garantizar que el acceso sea efectivo, cada vez más a la mano de todos, para acceder a toda información del proceso de decisión y hasta del más mínimo registro que implica el trámite de una solicitud y esto no se puede conseguir si no vencemos la difícil realidad que enfrentan los archivos; particularmente señalando que el mayor reto no se encuentra en los archivos históricos.

Los retos de pérdida de valores documentales más significativos los tenemos en los archivos de trámite, de los primeros meses de este año puedo referirme al incendio de dos cajas de tráiler que almacenaban documentos del Instituto de Asistencia Social de Jalisco, institución que resguarda 1,200 vehículos y bienes incautados por el gobierno y sobre el que pesan denuncias por posibles robos de algunos vehículos y autopartes; el extravío de diversos convenios de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, del gobierno federal, vinculados con el posible desvío de más de 185 millones de pesos; los expedientes de la Fiscalía General de la República de la ex dirigente sindical de profesores, así como las pruebas recabadas sobre el asesinato de un activista ambiental en Morelos y el envío de una porción del acervo documental histórico a una recicladora en Zacatecas.

En el Estado de México, la Secretaría Técnica del Sistema Estatal de Documentación realizó el Diagnóstico del Registro Estatal de Unidades Documentales y Auxiliares de la Documentación 2017, con el que se recabó información de diversas unidades, y nos permite apreciar las dimensiones del acervo documental, susceptibles de consultarse a través del derecho de acceso a la información pública. El 97.2% de la información se administra en los archivos de trámite. Sólo el 20% de quienes respondieron cuentan con el Cuadro de Clasificación Archivística, el 24% reporta inventarios generales, 86% carece de un programa de digitalización de documentos, 45% de las unidades de archivo carecen de espacios físicos suficientes y adecuados, 21% almacena los documentos en bodegas y 1.3% aún en sótanos, baños y patios.

En esas condiciones, falta mucho por hacer para madurar el papel que los archivos ejercen frente a la sociedad. Mientras prevalezcan las condiciones que he descrito, el mandato constitucional de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados se seguirá incumpliendo y, al no observarse esta garantía, el derecho de acceso a la información se seguirá afectando. Antes de concluir este apartado, me referiré a uno de los riesgos más importantes que enfrentamos actualmente: la ligereza de los sujetos obligados y también de los órganos garantes, ¿por qué no decirlo?, para declarar que la búsqueda que realizan es exhaustiva y razonable y que, no obstante, la información no se encuentra.

Para verificar que existan archivos administrativos actualizados, esto es, clasificados, ordenados y descritos, la disposición más efectiva, en materia de acceso a la información, se contiene en el artículo 131 de la Ley General de Transparencia, a través de los siguientes supuestos: Si la información que se solicita corresponde a las atribuciones del sujeto obligado (por lo tanto se presume su existencia, según el artículo 19 de la misma norma), la unidad de transparencia debe garantizar que se turne a todas las áreas competentes que cuenten con la información o deban tenerla de acuerdo con sus facultades, para que estas áreas realicen una búsqueda exhaustiva y razonable.

Vale la pena señalar que, el principal riesgo en este tema consiste en la forma como se desahogaron las negativas totales y parciales de información. Los sujetos obligados no explican qué criterios objetivos, certeros, verificables, se emplearon para buscar exhaustivamente la información, condición que advierte el artículo 139 de la Ley General; mucho menos se señalan las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia, y tampoco se identifica al servidor público responsable de contar con la información, lo que el mismo artículo mandata.

Incluso, si las facultades, competencias o funciones, de las que se desprende la posibilidad de contar con la información, no se ejercieron, las respuestas tampoco se motivan en función de esto, como lo prevé el segundo párrafo del artículo 19 de la misma ley. Simplemente se responde con un lacónico: “no se cuenta con la información”.

Añado a esto la utilización abusiva del texto de la ley, bajo la modalidad de una especie de conjuro, para no responder correctamente a la solicitud, y que muestra la maquinación de los servidores públicos para generar respuestas elusivas. Comparto un ejemplo: A la Secretaría de Cultura del Estado de México le solicitaron los expedientes de la construcción de una explanada en el municipio de Valle de Bravo. La unidad de transparencia, para acreditar que cumplió con el artículo 131 de la Ley General, remitió a todas las áreas de la dependencia, incluyendo a la Orquesta Sinfónica del Estado de México, como si ésta, entre sus partituras, programas de conciertos, etc., pudiera contar con expedientes de ejecución de obra pública. Esta remisión a todas las áreas ocurre porque, en un segundo momento, todas las áreas, incluyendo a la orquesta, respondieron con sendos oficios donde señalaban haber realizado una búsqueda exhaustiva y razonable, pero sin encontrar de hecho la información. El órgano garante, al resolver el recurso de revisión 1539 de 2017, consideró que esa forma de buscar la información, en efecto, fue exhaustiva y razonable, con excepción de quien esto escribe.

En mi opinión, este tipo de búsquedas ficticias termina por generar una afectación al derecho de acceso a la información; tornan

inefectivo el régimen de protección existente. Para que las unidades puedan acreditar que realizaron una búsqueda exhaustiva y razonable, no basta simplemente con que se vaya a los anaqueles o archiveros, gavetas o cajas a buscar los expedientes, sin orden y sin método, porque en estos casos el resultado, frecuentemente, consiste en que no se encuentre la información.

Para que la búsqueda se realice con efectividad, las unidades de transparencia deben contar con un instrumento archivístico indispensable, base del modelo de gestión documental: el cuadro de clasificación archivística, que permite identificar las serie documentales a partir de esas facultades, competencias y funciones, así como las áreas generadoras o administradoras de la información. Con ese instrumento, la unidad puede realizar el turno que la norma señala; deberían emplear sus inventarios documentales de archivos de trámite; su catálogo de disposición documental, para verificar si los expedientes se encuentran en su fase activa, semiactiva o inactiva; sus inventarios de transferencia o baja; y, sus guías de expedientes clasificados.

Desgraciadamente nada de eso ocurre y, cada vez con mayor frecuencia, lo que encontramos son esas respuestas maquinadas y fabricadas, para tratar de justificar, con la repetición de esta disposición jurídica, su intento por impedir el acceso a la información.

Conclusión

El desarrollo democrático de las sociedades se mide por los niveles de participación ciudadana, el pluripartidismo, la existencia de medios de comunicación independientes u otros elementos tradicionales. Es tiempo de que sometamos a examen el compromiso de los Estados con la gestión documental, la integridad de los archivos públicos, su adecuada clasificación, la asignación de recursos suficientes y el éxito en los procedimientos de gestión, control y descripción de documentos, que nos permitan hacer una realidad el ideal de la república francesa: archivos abiertos como condición de la democracia.

Con las aportaciones que, desde el dolor de las graves violaciones a los derechos humanos, la corrupción y el uso indebido del poder público, se han construido para aferrarnos a la idea de que sólo los archivos organizados y abiertos garantizarán la aspiración humana de acceso a la verdad y a la justicia.