U N I V E R S I D A D I N T E R C O N T I N E N T A L

LICENCIADO EN DERECHO

CON RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL DE ESTUDIOS
DE LA SECRETARIA DE EDUCACION PÚBLICA
EGUN ACUERDO NO. 20091441 DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2009

El derecho de acceso a la información pública en México y sus garantías.

TESIS

QUE PRESENTA:

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

CIUDAD DE MÉXICO, 2021

A Adelina y a mis hijos, por su amor y comprensión.

A Georgina, por su dedicación y paciencia.

A la ponencia, por su esfuerzo y compromiso.

A las personas que ejercen su derecho de acceso a la información.

Índice

		Pág.
	Abreviaturas más usadas……	1
	Introducción……	2
Cap. Uno	El derecho de acceso a la información……	5
1.1.	Evolución y estado actual de los fundamentos internacionales……..	5
1.2.	Evolución y estado actual de los fundamentos nacionales..	8
1.3.	Componentes del derecho de acceso a la información……	16
1.3.1.	Componentes esenciales del derecho……	17
1.3.2.	El derecho, desde la condición de sus titulares……	19
1.3.3.	El derecho, desde la condición de los titulares de la obligación que genera……...	31
1.3.4.	El derecho, desde la condición de su objeto……..	48
1.3.4.1.	La publicidad como característica de la información……..	49
1.3.4.2.	El ser completa como característica de la información…….	54
1.3.4.3.	La oportunidad como característica de la información…….	56
1.3.4.4.	La accesibilidad como característica de la información……	60
1.3.4.5.	Ser actualizada como característica de la información……	61
1.3.4.6.	La congruencia como característica de la información……	62
1.3.4.7.	La confianza como característica de la información…….	64
1.3.4.8.	Ser verificable como característica de la información……..	67
1.3.4.9.	La veracidad como característica de la información…….	69
1.3.4.10.	La información debe entregarse en el estado en que se encuentre……	70
1.3.5.	El derecho, en su relación con otros derechos……..	72

Cap. Dos Las garantías primarias del derecho……. 86
2.1. La naturaleza jurídica de las garantías primarias…….. 86
2.2. La naturaleza de las garantías primarias del derecho de acceso a la información……. 88
2.3. Las garantías primarias constitucionales del derecho de acceso a la información……. 92
2.3.1. La obligación de documentar…… 92
2.3.2. La obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados…… 114
2.3.3. La obligación de publicar la información completa y actualizada, relacionada con el ejercicio de los recursos públicos y con los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos……. 144
2.3.3.1. La transparencia como política pública, no como derecho... 145
2.3.3.2. Una respuesta a la concepción de la transparencia como algo distinto al derecho de acceso a la información……. 149
a) Sus antecedentes jurídicos……... 150
b) Definición……. 151
c) De las condiciones del obligado a transparentar la información……. 153
d) De las condiciones de la persona que accede a lo que se transparenta…….. 157
e) Sus efectos en la función pública…… 159
f) La materia que se transparenta……... 166
2.3.3.3. El diseño de la transparencia como garantía primaria del derecho de acceso a la información……..…… 167
2.3.4. Las solicitudes de acceso a la información pública…… 175
2.4. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información……. 182

Cap. Tres Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información……. 183
3.1. Determinación de las garantías secundarias según el parámetro de regularidad constitucional de los derechos humanos……. 183
3.2. Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información……. 188
3.2.1. El diseño del procedimiento de revisión…… 189
3.2.2. La autoridad de tutela…… 208
3.2.3. El procedimiento…… 211
3.2.4. Efectos de las resoluciones……. 218
3.2.5. La segunda instancia…… 227
3.2.6. La verificación de las obligaciones de transparencia y la denuncia por incumplimiento……... 228
3.3. Cumplimiento del parámetro de regularidad constitucional en el diseño jurídico de las garantías secundarias del derecho…….. 232
Cap. Cuatro Límites y restricciones del derecho de acceso a la información……. 236
4.1. Los límites del derecho de acceso a la información…….. 236
4.1.1. Límites internos…….. 236
4.1.2. Límites externos……..... 251
4.2. Las restricciones al derecho de acceso a la información……. 255
4.2.1. Requisitos para justificar restricciones a los derechos humanos…… 256
4.2.2. Condiciones de formalidad para determinar la restricción…… 269

4.2.3. Condiciones substanciales para determinar la restricción al derecho……... 275
4.3. La suspensión del derecho de acceso a la información… 279
4.3.1. Las causas que lo justifican……. 280
4.3.2. Los derechos afectados…… 280
4.3.3. Los efectos de la suspensión de derechos…… 285
4.3.4. El procedimiento para la suspensión…….. 285
Conclusiones…….. 287
Bibliografía…….. 293

Abreviaturas más usadas

AR	Amparo en Revisión
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
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 generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas.
PDCP	Pacto de Derechos Civiles y Políticos
RENULOE	Relatoría de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión
SEGOB	Secretaría de Gobernación

I. Introducción.

A partir de que, en 1977, el derecho de acceso a la información fue incorporado a la Constitución Política de nuestro país, como una garantía social, se desarrolló un proceso de perfeccionamiento del diseño jurídico para su protección. Con la reciente reforma de 2014, en materia de trasparencia y acceso a la información, se terminó el diseño de los preceptos constitucionales, posteriormente complementados con la emisión de la Ley General respectiva.

Esta investigación presenta el estudio sistemático de las disposiciones jurídicas que definen, protegen, delimitan y restringen, el derecho de acceso a la información, lo que se expone a partir de la descripción y del análisis de su contenido esencial y de la identificación de las garantías establecidas para su protección.

El estudio que se realiza, especialmente sobre las garantías, se aleja de la visión tradicional que identifica a las instituciones de garantía de los derechos humanos, esencialmente, como procedimientos jurisdiccionales. Para sustituir ese presupuesto se acude a la propuesta teórica de Luigi Ferrajoli y a la clasificación binaria de garantías que formula, entendiendo a las primarias, como las obligaciones inmediatamente relacionadas con el derecho y, a las secundarias, como las garantías procesales actuables cuando se viola el derecho o se incumplen los deberes primarios.

Identificado esto, conviene decir que se identificará, en el capítulo primero, al derecho de acceso a la información pública como un derecho de fuente internacional y nacional, que puede definirse, tal y como se explicará en el cuerpo de la investigación, como la igualdad de oportunidades, de las personas, para buscar, recibir y difundir información pública que es aquella que se encuentra en posesión de los sujetos obligados en tanto se relaciona con las facultades, competencias o

funciones legalmente establecidas. Derecho que sirve para el ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho a la libertad de expresión, y para que las personas puedan cuestionar e indagar si los agentes del Estado cumplen con las funciones legalmente establecidas.

Al reconocerse al derecho y establecerse los términos dispuestos para su protección jurídica se define una relación entre el titular del derecho y el, ahora, titular de la obligación de garantía del derecho, los sujetos obligados, quienes, por mandato constitucional deberán de: a) documentar todo acto que realicen en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; b) resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados; c) publicar, en medios electrónicos, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores sobre el cumplimiento de sus objetivos y resultados; y, d) atender las solicitudes de acceso a la información. En el segundo capítulo de la presente investigación se analizarán las condiciones de estas obligaciones y su relación directa con el derecho.

El incumplimiento de estos deberes de garantía puede provocar una posible violación al derecho humano y, para este caso en particular, se estableció un procedimiento, sencillo, accesible y gratuito, materialmente jurisdiccional, que resuelve un organismo constitucionalmente autónomo cuyas resoluciones son vinculatorias y definitivas para el sujeto obligado, no así para la persona que puede, de sentir inconforme, acudir al juicio de amparo, procedimiento que será analizado también pero en el capítulo tercero.

En su diseño, tanto el poder reformador de la Constitución como el legislador ordinario, estableció límites que justifican las condiciones de excepción a las obligaciones primarias y que se estudian como límites internos del derecho, así

como materias exentas del deber de publicidad, la vida privada y los datos personales, entendidos como sus límites externos, así como las condiciones por las que la relación jurídica no puede concluirse y debe restringirse el derecho de acceso a la información, por la condición de la información como reservada por razones de seguridad nacional o interés público, en los supuestos que define la ley y que se estudian en el último capítulo de la presente investigación.

Capítulo Uno. El derecho de acceso a la información.

1.1. Evolución y estado actual de los fundamentos internacionales.

Determinar, con total precisión, desde cuándo podemos referir la existencia del derecho de acceso a la información, como parte del conjunto del derecho positivo, para plantear los antecedentes necesarios que permitan una aproximación adecuada a su definición, puede conducirnos al mismo terreno que ha experimentado el debate de otras ideas. Por poner un ejemplo, algunos piensan que el concepto de Estado puede aplicarse a las formaciones políticas existentes, desde la antigüedad hasta llegar a las contemporáneas, mientras que otros consideran que esa definición únicamente corresponde a las formas políticas existentes desde el estudio de los regímenes políticos analizados por Maquiavelo (Bobbio, 2018: 95).

En esta materia de estudio, una prestigiada investigadora identifica su primer antecedente en la Ley para la Libertad de Prensa y el Derecho de Acceso a Documentos Públicos, de 1766, emitida en Suecia (Peschard, 2017: 36); esto es, 28 años antes de la disposición sancionada por la Convención Nacional Francesa, mediante la Ley sobre la Organización de los Archivos de la República de 1794, en cuyo artículo 37 se estableció el derecho de los ciudadanos a pedir, en los depósitos, que se comuniquen los documentos que contienen (Magdaleno, 2017: 96).

Pero, como refiere Peschard, el antecedente sueco encontró inspiración en una práctica oriental, a cargo del Buró de Censura Imperial Chino, que consistía en la publicidad de los actos del gobierno (Peschard, 2017:86). Así que, no es posible dejar de considerar que la práctica de dar a conocer los actos de gobierno es milenaria, y que acompaña prácticamente a cualquier forma de gobierno como

también han señalado otros autores (Magdaleno, 2017: 76); y, aun lo que diferencia a las leyes suecas y francesas, al adscribir el derecho a un sujeto activo que ya no es el gobierno, sustituido por el gobernante, tampoco es una invención de la ilustración. En Grecia había existido el *Metroon*, templo ciudadano que albergaba los documentos públicos o privados (Cruz, 2009: 18); en Roma el *tabularium* donde, a partir de la ley testamentaria numaria de Sila, se apreció la necesidad de que los documentos reunieran ciertos elementos, especialmente los documentos públicos, cuyas copias debían de contar con una certificación o *vidimus.* La existencia de esas copias certificadas permitía un acceso más amplio a los documentos (Cruz, 2009:19).

Lo cierto es que la idea esencial del derecho de acceso a la información, la posibilidad de que las personas conozcan los documentos en posesión de las autoridades, resulta, como la idea de la democracia, un concepto de presencia intermitente en las sociedades, según se reconozca la participación del pueblo en los asuntos públicos. Por eso encontramos archivos públicos en la época clásica, en los experimentos democráticos de ciertas Ciudades Estado italianas y, evidentemente en los gobiernos modernos, herederos de las revoluciones del siglo XVIII.

Pero el derecho viene a cobrar fuerza en el escenario internacional a partir de su inclusión en dos documentos internacionales de singular importancia, derivados de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial: Primero, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que, en su artículo cuarto, establece *el derecho a la libertad de investigación;* y, posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del mismo año que, en su artículo 19, presenta la fórmula generalmente aceptada, y que, al configurarlo como el derecho *de investigar y recibir informaciones,* lo considera como parte del derecho a la libertad de opinión y de expresión.

Su conformación como norma jurídica positiva, luego de las primeras experiencias sueca y francesa, y de su planteamiento en las declaraciones internacionales previamente citadas, se consiguió con su incorporación en dos instrumentos de derecho público internacional: al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que, en su artículo 19 numeral 2, lo describe en los mismos términos de la Declaración Universal, si bien también precisa sus límites, como puede apreciarse a continuación.

> *Artículo 19*
>
> *1. …*
>
> *2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
>
> *3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:*
>
> *a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
>
> *b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

Posteriormente, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en su artículo 13, dedicado al derecho a la Libertad de Pensamiento y de Expresión, se incluyó una definición similar a la empleada en la Declaración Universal y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, aunque contempló las dos mismas causales de restricción señaladas en el Pacto, agregó un aspecto

novedoso: que las mismas no pueden propiciar un régimen de *previa censura, sino de responsabilidades posteriores,* tal y como puede apreciarse a continuación.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

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

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

1.2. Evolución y estado actual de los fundamentos nacionales.

En México, el derecho de acceso a la información fue incorporado a nuestra Constitución hasta 1977, en el contexto de la llamada reforma política, con la que se inició el proceso de tránsito democrático en nuestro país, lo que ocurrió al incluirse su mención en el artículo sexto, dentro del título de las garantías individuales, pero como una especie de garantía social, al integrarse el enunciado siguiente: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

En 2002, se expidió la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública que estableció garantías individuales para el ejercicio del derecho de

acceso a la información, especialmente al concebir un procedimiento para que cualquier persona pudiera solicitar, de manera individual, información a las autoridades federales. A partir de ese ejercicio se expidieron diversas leyes locales en la materia.

En julio de 2007 se reformó el artículo sexto constitucional, para darle sustento constitucional a ese ejercicio que paulatinamente fue consolidándose en el país como consecuencia de las leyes de transparencia y acceso a la información; en esa ocasión se adicionó un segundo párrafo con siete fracciones al referido artículo, en los siguientes términos:

Artículo 6º. …

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirá por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.
IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se

sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos de archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

En febrero de 2014, en el marco de las llamadas reformas estructurales del gobierno federal en turno, se emitió la última gran reforma en materia de transparencia y acceso a la información pública, mediante decreto que reformó las fracciones I, IV y V del apartado A, y adicionó una fracción VIII al artículo 6o.; adicionó las fracciones XXIX-S y XXIX-T al artículo 73 para facultar al Congreso de la Unión para emitir leyes generales en materia de transparencia y acceso a la información pública y archivos; se adicionó una fracción XII al artículo 76, se recorrieron las subsecuentes, para facultar al Senado para elegir a los integrantes del órgano garante nacional, órgano encargado de la tutela del derecho; se reformó la fracción XIX del artículo 89, para otorgarle al Presidente de la República el poder de veto sobre dichos nombramientos; se reformó el inciso l) de la fracción I, y se adicionó el inciso h) a la fracción II del artículo 105, para reconocer legitimidad al órgano garante, así como a los de las entidades federativas, para promover

acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales; se reformó el párrafo tercero del artículo 108, para hacer responsables a los integrantes del órgano garante por las violaciones a la Constitución, a las leyes federales y por el manejo indebido de fondos y recursos federales; se reformaron los párrafos primero y segundo del artículo 110, y los párrafos primero y quinto del artículo 111 para otorgar fuero constitucional a los integrantes del órgano garante; se adicionó una fracción VIII al artículo 116 y se adicionó un inciso ñ), recorriéndose el orden de los siguientes incisos a la fracción V de la Base Primera del Apartado C del artículo 122, para que el mismo modelo de órgano garante se estableciera en las entidades federativas y en el, en ese entonces, Distrito Federal. Las reformas aludidas del artículo sexto, que es donde se encuentra la definición del derecho, quedaron en los siguientes términos:

Artículo 6o. ... .
A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información 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, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

II. y III. ...

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece esta Constitución.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, 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 y de los resultados obtenidos.
VI. y VII. ...

VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, 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 en los términos que establezca la ley.

El organismo autónomo previsto en esta fracción se regirá por la ley en materia de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, en los términos que establezca la ley general que emita el Congreso de la Unión para

establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho.

En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de los estados y el Distrito Federal que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley.

El organismo garante federal de oficio o a petición fundada del organismo garante equivalente del estado o del Distrito Federal, podrá conocer de los recursos de revisión que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La ley establecerá aquella información que se considere reservada o confidencial.

Las resoluciones del organismo garante son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados. El Consejero Jurídico del Gobierno podrá interponer recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que establezca la ley, sólo en el caso que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional conforme a la ley de la materia.

El organismo garante se integra por siete comisionados. Para su nombramiento, la Cámara de Senadores, previa realización de una amplia consulta a la sociedad, a propuesta de los grupos parlamentarios, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, nombrará al comisionado que deba cubrir la vacante, siguiendo el proceso establecido en la ley. El nombramiento podrá ser objetado por el Presidente de la República en un plazo de diez días hábiles. Si el Presidente de la República no objetara el nombramiento dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de comisionado la persona nombrada por el Senado de la República.

En caso de que el Presidente de la República objetara el nombramiento, la Cámara de Senadores nombrará una nueva propuesta, en los términos del párrafo anterior, pero con una votación de las tres quintas partes de los miembros presentes. Si este segundo nombramiento fuera objetado, la Cámara de Senadores, en los términos del párrafo anterior, con la votación de las tres quintas partes de los miembros presentes, designará al comisionado que ocupará la vacante.

Los comisionados durarán en su encargo siete años y deberán cumplir con los requisitos previstos en las fracciones I, II, IV, V y VI del artículo

95 de esta Constitución, no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de los no remunerados en instituciones docentes, científicas o de beneficencia, sólo podrán ser removidos de su cargo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y serán sujetos de juicio político.

En la conformación del organismo garante se procurará la equidad de género.

El comisionado presidente será designado por los propios comisionados, mediante voto secreto, por un periodo de tres años, con posibilidad de ser reelecto por un periodo igual; estará obligado a rendir un informe anual ante el Senado, en la fecha y en los términos que disponga la ley.

El organismo garante tendrá un Consejo Consultivo, integrado por diez consejeros, que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de

mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

La ley establecerá las medidas de apremio que podrá imponer el organismo garante para asegurar el cumplimiento de sus decisiones.

Toda autoridad y servidor público estará obligado a coadyuvar con el organismo garante y sus integrantes para el buen desempeño de sus funciones.

El organismo garante coordinará sus acciones con la entidad de fiscalización superior de la Federación, con la entidad especializada en materia de archivos y con el organismo encargado de regular la captación, procesamiento y publicación de la información estadística y geográfica, así como con los organismos garantes de los estados y el Distrito Federal, con el objeto de fortalecer la rendición de cuentas del Estado Mexicano.

Si bien el artículo sexto constitucional ha sido reformado en seis ocasiones, sólo en las tres reformas previamente mencionadas, el contenido que produjo el proceso legislativo consistió en la regulación del derecho de acceso a la información pública.

La evolución de la norma, en el sistema jurídico mexicano, ha sido constante y se ha pasado desde su concepción como una garantía social no judicializable hasta un procedimiento que reconoce en cualquier persona a los titulares del derecho y, en consecuencia, con la legitimidad para accionar los mecanismos existentes de protección. Esa evolución en la concepción jurídica del derecho y la historia del movimiento social que lo acompañó no es propiamente objeto de la presente investigación, que consiste en el análisis del estado actual de diseño y protección, por lo que, aprovechando la muy variada producción de obras intelectuales en esas materias, me veo en mejores condiciones de prescindir de esos elementos para proceder a los temas sustantivos definidos en los alcances de esta investigación.

1.3. Componentes del derecho de acceso a la información.

Monserrat Olivos, en una obra reciente, hace un puntual recuento de la conceptualización que formularon diversos académicos españoles y algunos mexicanos, en la parte final del siglo XX y la primera década del presente siglo, para llegar a la conclusión de que el derecho de acceso a la información es “la ciencia jurídica que tiene por objeto estudiar y establecer los fundamentos de los

fenómenos informativos, que permitan la creación de una regulación normativa para el ejercicio y tutela del derecho a la información” (Olivos, 2020: 32).

Si bien es cierto que la materia es suficiente para integrar una nueva especialidad en el estudio del derecho, en estos momentos me parece que resulta más importante analizar, con mayor profundidad y detalle, el objeto de esa nueva especialidad: el derecho de acceso a la información en sí mismo. Para conseguir ese objetivo es necesario regresar a las disposiciones normativas recientemente descritas. Los elementos que describen el derecho de acceso a la información en los ordenamientos jurídicos, más allá de la concepción de los autores, nos permiten identificar el contenido esencial del derecho de acceso a la información, tanto en sus fuentes internacionales y nacionales —éstas últimas terminan por completarse con la regulación contenida en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública— así como en los desarrollos posteriores que perfeccionan esa regulación a través de la emisión de la norma jurídica interpretada, generada por los guardianes últimos de la convención y la constitución.

A continuación, procederé por tanto a formular una reconstrucción de los elementos que configuran el derecho de acceso a la información, tratando de emplear las referencias teóricas que nos permitan identificar sus diversos elementos: componentes esenciales del derecho, titulares y responsables, objeto del derecho y la relación con otros derechos humanos. Las obligaciones y expectativas que genera y que identifico como sus garantías, serán analizadas en el siguiente capítulo, mientras que sus límites y restricciones serán el tema para desahogar en la última parte de la investigación.

1.3.1. Componentes esenciales del derecho.

Comenzaré con una consideración esencial: los derechos subjetivos suelen ser divididos en derechos a la propia conducta y a la conducta ajena (García Maynez, 2016: 195). Esto se relaciona con una segunda consideración esencial: los

derechos generan ciertas expectativas; esto es, que sean derechos de acción, o de no lesión o de prestaciones generadas (Ferrajoli, 2013: 615 y 617). En el caso del derecho de acceso a la información, sin embargo, nos encontramos en una situación que escapa a esas dos divisiones binarias esenciales, ya que —como refiere el artículo 13 de la Convención Americana— consiste en la igualdad de oportunidades para recibir (conducta ajena al titular o expectativa de no lesión o prestación generada) y buscar (conducta propia del titular, expectativa de acción).

Por otro lado, debemos considerar que los derechos pueden ser positivos o negativos. Los primeros, en tanto reclaman la realización de prestaciones por parte de los responsables frente a los derechos; los segundos, requieren la omisión de lesiones (Ferrajoli, 2013: 612). En el caso del derecho de acceso a la información, nos encontramos ante un derecho positivo que requiere una prestación por parte del obligado, responder a la búsqueda de la información y entregarla al titular que ejerce su derecho.

Para salvar las dos primeras y la más básica de las clasificaciones binarias, hay que considerar una clasificación adicional pero sólo de los derechos negativos, que pueden ser considerados como derechos inmunidad, derechos facultad y derechos potestad (Ferrajoli, 2013:607). Me referiré a estos últimos, que son derechos que pueden determinarse como incluyentes de expectativas negativas, pero también de facultades y potestades, lo que implica tanto una condición activa del titular del derecho como una pasiva por parte del responsable frente al derecho (Ferrajoli, 2013: 612). Tales elementos resultan suficientes para señalar que el derecho de acceso a la información puede definirse como la igualdad de oportunidades (derecho positivo) para buscar (derecho de propia conducta y con expectativa de acción) y recibir (derecho a la conducta ajena, expectativa de prestación general) información.

Ahora bien, de la primera de estas condiciones especiales, derecho a una conducta propia y derecho a una conducta ajena, deriva que el ejercicio del derecho es resultado de una premisa básica: la actuación de las personas en sociedad, que en este caso se individualiza en una relación ego/alter. Entonces, un derecho que forme parte del orden legal establecido cuenta con un titular de éste, por un lado y, por otro, a aquella persona que desempeña la condición de titular del correspondiente deber; esto es, de actuar la prestación que lo satisfaga (Ferrajoli, 2013:617). En otras palabras, "el derecho subjetivo de un individuo sólo es posible en relación con el deber jurídico de otro, todos los derechos subjetivos son relativos" (Kelsen, 2008: 100).

Me aproximaré ahora al tema de estudio a partir de esta relación, entre el titular del derecho y el titular del correspondiente deber jurídico, analizando las condiciones particulares de cada uno de los factores de esta relación jurídica, así como el objeto del derecho, en el entendido de que estos tres elementos son esenciales en la composición de un derecho humano.

1.3.2. El derecho, desde la condición de sus titulares.

Para identificar quiénes son los titulares del derecho de acceso a la información, debe considerarse que, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana, establecen que ese derecho corresponde a toda persona. Conviene, antes de perdernos en el amplísimo debate que la idea que entraña el concepto persona, considerar que el Pacto, en su Preámbulo, establece que se reconocen los derechos que contiene, en tanto "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana" y, en su artículo 2 numeral 1, contiene el compromiso de los Estados Parte de "respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos" en el mismo. Mientras que la Convención, en su artículo 1 numeral 2, configura el

contenido del concepto persona a todo ser humano. Las fuentes internacionales identifican la titularidad del derecho, entonces, en favor de la persona humana.

Por su parte, el artículo primero de nuestra constitución precisa que en el país todas las personas gozarán de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Esa referencia genérica tiene que modularse a partir de diversos criterios de interpretación existentes que nos podrían conducir a pensar que, tratándose del derecho de acceso a la información estamos ante un derecho cuyo titular es la persona física, entre esos criterios se encuentran los siguientes:

PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA.

PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN.

PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDEN DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE.

Estas consideraciones, internacionales y nacionales, permiten señalar que el derecho de acceso a la información corresponde a todas las personas humanas que se encuentren en nuestro país o sujetas a su jurisdicción. Aunque aquí se tiene

una delimitación inicial, considero necesario depurar la determinación de su titularidad.

Los derechos humanos o fundamentales pueden clasificarse, a partir de la condición de su titularidad, en tres identidades: ya sea que correspondan a la persona, por el simple hecho de ser persona, como el derecho a la vida o a la libertad; las que corresponde al ciudadano, como el derecho a votar; y las que corresponde a quien es reconocido con la capacidad de obrar, por ejemplo, el derecho a establecer contratos por sí mismo (Ferrajoli, 2013: 695).

Para continuar con este proceso de delimitación, hay que considerar que los derechos cuya titular es la persona, por el simple hecho de ser persona, son considerados como derechos primarios; mientras que, los derechos de las personas que son capaces de obrar, y que son considerados como derechos civiles, pueden ser catalogados como derechos secundarios de las personas (Ferrajoli, 2013:694 y 698).

En tanto que los derechos correspondientes a todos los ciudadanos, que pueden ser considerados como públicos, son los derechos primarios del ciudadano y los derechos propios del ciudadano, que además es capaz de obrar, son propiamente los derechos políticos y pueden considerarse como derechos secundarios del ciudadano (Ferrajoli, 2013:694).

El derecho de acceso a la información, si bien se reconoce en favor de cualquiera o bien, de todas las personas, es evidente que tiene una condicionante especial. Para buscar cierta información determinada y no otra, el titular del derecho necesita inicialmente tener un conocimiento básico de su realidad. Ese nivel esencial de conocimiento es el que le permite, en un complejo entorno social y público, determinar sobre qué parte requiere determinada información; esto es, implica

contar con una capacidad esencial de apreciación de la realidad para, a partir de ella, realizar determinadas selecciones, por los motivos que sean, y requerir esa información en particular. Esto, desde luego, colisiona con la idea de titularidad universal ya que, a pesar de los esfuerzos por divulgar este derecho desde los primeros años de los escolares, los menores de edad se encuentran estructuralmente limitados, desde un punto de vista físico y psicológico, para su ejercicio. Por lo tanto, no es un derecho de carácter primario que corresponda a la persona por ser persona, como el derecho a la vida.

Lo anterior no demerita su importancia, sólo nos permite perfilar correctamente las condiciones de sus posibles titulares. El ejercicio del derecho de acceso a la información requiere entonces cierta capacidad de apreciación de la realidad que va de la mano de otro aspecto para la determinación de sus titulares; me refiero a la capacidad de obrar del individuo, al ejercicio de su voluntad, de su razón y de su actuación autónoma; aunque también debe matizarse esta expresión ya que su ejercicio no trae como consecuencia la generación de obligaciones futuras vinculantes para su titular; por lo que esa capacidad de obrar no puede ser considerada en los estrictos términos con la que puede comprenderse en la materia civil, sino como una capacidad, podría decirse, simple o básica de obrar; de tal forma que, en este caso, no nos encontramos ante la tradicional situación en la que la persona quizá no pueda ejercitar por sí misma los derechos, sin que ello implique perder la posibilidad del goce de los mismos (García, 2016:273), sino ante una especialmente distinta, en la que —sin que tenga reconocida su plena autonomía para ejercer por sí misma distintos derechos— sí puede contar con una autonomía menor pero suficiente que le permite estar en condiciones de ejercer este derecho, directamente al escoger sobre qué desea indagar; y, para formular, directamente y sin ningún intermedio, su búsqueda de información.

Ahora bien, ese buscar información, también debe de acotarse desde el punto de vista del contenido o naturaleza de la información que se busca, y este es un punto intermedio que vincula y determina, tanto al tipo del titular del derecho como al tipo de titular de la obligación que el derecho genera, con un elemento que mediatiza la relación: lo que se busca. Más adelante abundaremos en las condiciones tanto del titular de la obligación como de la información, pero por ahora aludamos a este concepto, de manera general, para terminar de configurar la naturaleza del titular del derecho.

La persona puede buscar información sobre cualquier cosa de la realidad física que le rodea o de la vida cultural en la que existe al formar parte de sociedad; pero este derecho de acceso a la información se relaciona solamente con la información del Estado, ya que son estos sujetos del derecho público internacional los que se encuentran vinculados por el Pacto y la Convención. Más adelante, cuando consideremos el tipo de esos titulares de las obligaciones, regresaré con mayor detalle a esta idea que ahora enuncio.

Para justificar correctamente la propuesta de que la información objeto del derecho es la que se relaciona con las funciones públicas, debemos considerar un punto de vista previamente establecido y totalmente oportuno para nuestra caso, desde el cual se considera que “en una democracia directa el derecho subjetivo político decisivo es el que el ciudadano tiene de participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea popular” (Kelsen, 2008: 103); y, abunda el mismo autor: “Desde el punto de vista de la función dentro del proceso total de creación del derecho, no hay diferencia esencial entre un derecho subjetivo privado y un derecho subjetivo político. Tanto uno como el otro, permiten a su titular intervenir en la creación del orden jurídico, o ‘voluntad del Estado” (Kelsen, 2008: 104).

Parecería entonces que el derecho de acceso a la información, que corresponde a información del Estado, esto es, relacionada con los asuntos públicos, es aquella información necesaria para generarse una opinión informada con la que se puede participar en el proceso deliberativo de una sociedad política democrática; por lo que entonces parecería que el derecho de acceso a la información pública forma parte de los derechos de tipo político. En ese sentido, la hipótesis encuentra respaldo en una interpretación que acuda a un tópico argumentativo consistente en el criterio topográfico de la norma, ya que el derecho de acceso a la información, en los ordenamientos internacionales ya referidos, e incluso en nuestra propia Constitución General, se encuentra comprendido como complemento del derecho a la libertad de expresión.

Seguramente, en el momento en el que fueron adoptados los instrumentos internacionales ya aludidos, el derecho a la libertad de expresión, elemento esencial del proceso deliberativo que permite generar la opinión pública y la voluntad general, fue concebido como un derecho cuyos titulares eran los ciudadanos, las personas que pueden participar en la toma de las decisiones colectivas, los ciudadanos que participan en la discusión que permite formar la opinión pública, las personas pertenecientes a un Estado que cumplen ciertos criterios; en el pasado podrían incluir los de nacionalidad, propiedad y edad; y, en el presente, de nacionalidad y edad, principalmente. Sobre todo, si consideramos que, desde la concepción clásica de la democracia, la participación en el foro público fue siempre una prerrogativa exclusiva del ciudadano.

Pero esa noción ha sido sensiblemente modificada durante la última mitad del siglo XX y lo que va del actual, sobre todo como consecuencia de ciertos episodios en los que la participación política de personas que, sin necesariamente ostentar la

calidad de ciudadanos, terminaron por influir en el proceso deliberativo, en la conformación de la opinión pública y en la determinación de la voluntad general, sin necesidad del ejercicio del derecho al voto, pero sí a partir del ejercicio de otros derechos, como los de libertad de expresión, manifestación o asociación. Pienso, por ejemplo, en los movimientos estudiantiles de 1968 en todo el mundo y sus posteriores réplicas; o, en ejemplos tan individualizados, y no por ellos menos efectivos, como el de la activista ambiental Greta Thunberg, cuya potente opinión incluso se abrió paso en la propia sede de la Organización de las Naciones Unidas.

Al apreciar esas circunstancias, en la actualidad no se podría delimitar tan enfáticamente la titularidad del ejercicio de ciertos derechos políticos, como la libertad de expresión o reunión, exclusivamente en los ciudadanos, entendidos como los nacionales de un Estado que cumplen requisitos como la edad o el modo honesto de vivir.

Lo mismo ocurre en el caso del derecho de acceso a la información, lo que queda más claro si se hace referencia a los aspectos materiales que posibilitan su ejercicio, que se contienen en la regulación actual, para lo que es necesario acudir al dispositivo constitucional existente que refiere: “Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización tendrá acceso gratuito a la información”; pero, también a los desarrollos de esta disposición que, en la legislación general emitida y que disciplina la materia, establece en su artículo 122 que “Cualquier persona por sí misma…podrá presentar solicitud de acceso a información…” a través de diversos medios, entre ellos la Plataforma Nacional (que es una plataforma electrónica diseñada para permitir el ejercicio del derecho vía remota y sin un contacto físico entre el solicitante y el sujeto obligado); así como en lo incluido en su artículo 124, mediante el cual establece que, si bien el nombre es

un requisito para presentar la solicitud, éste se puede proporcionar de manera opcional, y no es requisito indispensable para la procedencia de la solicitud de información.

En consecuencia, si cualquier persona puede, por distintos medios, entre ellos la Plataforma Nacional, solicitar la información, sin necesidad incluso de proporcionar su nombre, mucho menos de identificarse para posteriormente acreditar interés jurídico alguno; a partir de tales elementos resulta perfectamente posible que, incluso menores de edad, en consecuencia personas que no son ciudadanos, con conocimientos básicos o generales sobre las funciones del Estado pero con capacidad para, por sí mismos o con el auxilio de alguien, generar una solicitud, por escrito o a través de la Plataforma Nacional, busquen información y activen el derecho en cuestión, con lo que adquieren la condición de titulares del mismo y propician la expectativa de satisfacción de todas las obligaciones que se imponen a los sujetos obligados.

Con lo que entonces, el derecho de acceso a la información, que en sus orígenes pudo concebirse como un derecho político cuyos titulares eran los ciudadanos nacionales de un país, adquiere actualmente la condición de un derecho esencialmente político, en tanto su materia se relaciona con los asuntos públicos, a cargo de las instituciones del Estado, pero disponible para cualquier persona con cierta capacidad de obrar y no en el sentido estricto de una autonomía total o plena, bajo una premisa que abre la puerta de la acción comunicativa orientada a la configuración de la opinión pública informada, primero, y de la voluntad general, después, a quienes sin ser ciudadanos tengan capacidad de hablar y de actuar (Habermas, 1985:110-113), superando las restricciones tradicionales que determinan la condición de ciudadano, en los tiempos modernos, como el requisito

de tener una edad mínima, la misma reconocida en el derecho civil, como un requisito para actuar de manera autónoma.

Y este elemento, recién incorporado, viene a aportar otro aspecto poroso que se acerca a la última referencia señalada, a propósito de la propuesta de Habermas, y que obliga a percibir, de una manera más precisa, la delimitación de sus titulares. La Plataforma Nacional de Transparencia es un instrumento electrónico que permite que cualquier persona con acceso a la internet formule una solicitud de acceso a la información, es decir, ejerza el derecho. La Constitución, como se ha señalado, reconoce el derecho de cualquier persona en nuestro país; mientras que, el Pacto y la Convención, reconocen como titular de los derechos a cualquier persona bajo jurisdicción del Estado parte.

En la actualidad, la internet y la revolución en las comunicaciones de las últimas décadas han reducido, si no es que incluso desaparecido, las distancias, así como los tiempos de espera, reconfigurando la vida misma, en general, bajo condiciones de instantaneidad e inmediatez inusitadas, lo que, desde luego, también impacta en el derecho.

En el pasado, los estados podían asegurarse cierta capacidad para limitar la opinión de los extranjeros, por ejemplo, sobre los asuntos internos, lo que hoy no sólo es imposible sino que, incluso, los más altos dignatarios se ven obligados a responder a dichos cuestionamientos de manera inmediata (caso López Obrador y las publicaciones de “The Guardian”, medio electrónico inglés que dedicó ciertas editoriales a las condiciones macroeconómicas de nuestro país), por lo que no es nada extraordinario ni imposible que una persona —que no sea mexicana y que no habite en el territorio y, por lo tanto, formalmente no se encuentre bajo jurisdicción de nuestro país— acuda a la Plataforma Nacional de Transparencia y solicite

información que, en el pasado, pudo considerarse como esencial para el Estado, por ejemplo, los ingresos públicos, los montos de deuda, las funciones de cierta dependencia, o cualquier otra, y las autoridades tendrían que atender la solicitud sin verificar si se trata de un nacional o una persona extranjera sujeta a su jurisdicción por su estadía en nuestro territorio. En todo caso, se trata de un implícito reconocimiento de la jurisdicción del Estado como consecuencia de la decisión de la persona, extranjera y habitante de su propio país, al momento de acudir al procedimiento establecido en nuestro ordenamiento jurídico, para ejercer un derecho reconocido por el Estado Mexicano.

Luego entonces, el derecho de acceso a la información puede ser ejercido por personas que aún no son ciudadanas del Estado Mexicano, por condición de su edad; pero también por personas que no sean ciudadanas del Estado, porque sean originarias de otro país y se encuentren de paso o residan en el nuestro, por ejemplo, un migrante en tránsito, un turista, un estudiante de intercambio o un residente, lo cual no es extraordinario ya que, sin ser parte del Estado, se encuentra bajo su jurisdicción en los términos del Pacto. Pero, aquí viene lo novedoso: el derecho también puede ser ejercido, con adecuadas posibilidades de éxito, por una persona que, sin ser ciudadana mexicana y que incluso se encuentre fuera del país y nunca lo haya visitado, tenga interés en conocer cierta información, por el simple hecho de que reconozca la jurisdicción del Estado Mexicano al acudir al procedimiento legalmente establecido y mediante la plataforma tecnológica disponible.

Esto es así porque, como ya señalé, para su ejercicio no es requisito indispensable señalar un nombre, en consecuencia, identificarse, tampoco acreditar un interés jurídico y, gracias a la Plataforma Nacional de Transparencia, la información puede solicitarse y recibirse, a través de internet, esto es, sin el menor contacto físico entre el titular del derecho y el titular de la obligación.

Este aspecto es, sin duda, novedoso y característico del derecho de acceso a la información, aunque también debe decirse que uno de los motores, identificados por diversos autores, precisamente del auge de la transparencia y del derecho de acceso a la información en nuestro país, es la necesidad de los mercados internacionales y de diversas agencias externas, para conocer información esencial para la toma de decisiones de inversión (Alasdair, 2009: 189 y Peschard, 2017: 120).

Luego de identificar los aspectos más característicos sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información, es preciso regresar un poco para replantear lo que corresponde a las personas morales. Una primera interpretación nos llevaría a señalar que podrían requerir información pública para conseguir los fines que justifican su creación, para el ejercicio de su objeto social o relacionarlos con cualquier asunto de su interés; agotando el procedimiento de acceso a la información a través de su representante, acreditando la relación jurídica existente. Pero como señalé antes, para el ejercicio del derecho no se requiere la identificación plena del titular del derecho, tampoco acreditar un interés jurídico; incluso, tal ejercicio puede ocurrir sin el menor contacto físico entre el titular del derecho y el titular de la obligación, lo que conduce, a la luz de los aspectos jurisprudenciales ya señalados, a considerar que, cualquier persona relacionada con la jurídico colectiva, podría solicitar la información sin necesidad de hacer referencia a la persona moral, sin tener que acudir al representante legal, ni justificar relación alguna o acreditar determinado vínculo, ya que, en realidad, la ley establece una vía de acceso más fácil y accesible, sin necesidad de tantas formalidades. Realmente, el ejercicio del derecho se realizaría por una persona física mas no así por la moral, propiamente.

Concluiré esta parte del estudio, relacionada con el titular del derecho, destacando los siguientes aspectos:

El derecho de acceso a la información comparte, con el resto de los derechos humanos, las expectativas negativas de no lesión que determina el tercer párrafo del artículo primero constitucional. Por un lado, el deber de todas las autoridades (en el ámbito de sus atribuciones) de promover, respetar, proteger y garantizarlos; y, por otro, la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus posibles violaciones. Para que esto sea posible, el Poder Reformador de la Constitución estableció un conjunto de garantías, representadas por los correspondientes deberes (que analizaremos en el siguiente capítulo) que pretenden proteger la situación jurídica determinada por el derecho. Esto constituye un permiso fuerte de protección que deriva de que el derecho sea producido por actos preceptivos, sometidos en consecuencia al principio de legalidad, al estar dispuesto en normas hipotético deónticas, lo que lo dota de la condición de universalidad (Ferrajoli, 2013: 607); pero una universalidad materialmente delimitada a todas aquellas personas físicas con una capacidad general de apreciar su realidad y determinar la selección de un aspecto sobre el que desea conocer algo, sin otro requisito que aquel esencial de poder ejercer el derecho a través de los medios a su disposición.

Esa condición de universalidad del derecho es lo que nos permite caracterizarlo entonces como un derecho fundamental y, por lo tanto, indisponible (Ferrajoli, 2013:623). Al ser indisponible es, también, sustancial, en tanto se refiere a “la ‘sustancia’ o ‘contenido’ de las decisiones; esto es, al que no es lícito decidir o dejar de decidir” (Ferrajoli, 2013:775). Más adelante, cuando me refiera al titular de la obligación, abundaré en este atributo del derecho, por el momento baste con la mención realizada.

1.3.3. El derecho, desde la condición de los titulares de la obligación que genera.

Regresemos de nuevo a la premisa básica del derecho como el derecho a la acción propia o a la acción ajena; por lo tanto, su ejercicio se deriva esencialmente de una relación social básica ego/alter. En la sección anterior se analizaron los aspectos básicos desde el punto de vista del titular del derecho. Ahora es necesario realizar el estudio, pero a partir de las condiciones propias del titular de la obligación que genera la relación jurídica.

El titular del derecho puede buscar y recibir información, por lo que debe tener la capacidad de apreciar su realidad social y seleccionar una parte sobre la que pretende cierto conocimiento que no tiene, un conocimiento más preciso del que ya de suyo cuenta o corroborar una hipótesis que se ha formado sobre ciertos hechos. Ahora bien, conviene preguntarnos ¿el derecho incluye a la información concerniente a toda la realidad?

Si bien cualquier persona puede buscar y recibir información sobre cualquier aspecto de su realidad física y social, no es ese concepto general el que protege el derecho, por lo que la respuesta es contraria a esa pretensión generalizadora, y debe considerarse que el derecho reconocido se limita a la información relacionada con los asuntos públicos; esto podemos determinarlo si consideramos el tipo de personas vinculadas por la relación jurídica y que se constituyen como los titulares de la obligación que el derecho genera.

Por un lado, el Pacto y la Convención vincula a los estados parte; esto, sin embargo, no es suficiente para segmentar la parte de la realidad sobre la cual se puede buscar información, ya que no podemos pensar en cualquier información de la realidad del Estado, ya que aquí se podrían incluir aspectos físicos y sociales. Entre los sociales, que son resultado de la relación entre los propios particulares, o los

que derivan de las funciones gubernamentales; y, si bien las obligaciones de esos instrumentos de derecho público internacional generan ciertas obligaciones del Estado de regular la relación jurídica entre particulares, por ejemplo, en nuestro caso no es la información que generan los particulares en sus relaciones personalísimas, ajenas a la intervención gubernamental, lo que constituye el objeto de este derecho. Esa parte de la realidad es ajena a lo que pueden considerarse como asuntos públicos y estaría fuera del objeto del derecho de acceso a la información.

Esto es así ya que la propia regulación nacional permite apreciar, con total exactitud y sin lugar a duda, la naturaleza de las personas titulares de la obligación jurídica que el derecho genera. El artículo sexto constitucional en su apartado A, primera fracción refiere:

> *Art. 6º……*
> *A…*
> *I. Toda la información 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, estatal y municipal, es pública y… Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de facultades, competencias o funciones…*

Con lo que, el Poder Reformador de la Unión determinó, en consecuencia, que la relación jurídica que genera el derecho se integra entre su titular, con las características y condiciones que se revisaron antes, y los titulares de las obligaciones que son cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los

poderes públicos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); emergentes (órganos autónomos), entidades de interés público (partidos políticos); entidades sujetas a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (Fideicomisos y fondos públicos); y se extendió el mandato incluyendo a personas físicas y morales o sindicatos, con una cierta peculiaridad sobre la que me refiero a continuación; y, concluye, incluyendo a los tres niveles de gobierno.

Podría terminar esta parte con esa alusión, que la virtud de la reforma de 2014 fue incluir a los partidos políticos, a las personas físicas morales y a los sindicatos como sujetos obligados; pero, lo cierto es que diría muy poco, y el aporte en el estudio del derecho sería menor, como con poca fortuna ocurrió en el comentario al artículo 23 en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública comentada que editó el INAI. Considero necesario entonces analizar lo que puede derivarse de las características que comparten ese conjunto de entes, lo que el listado, por sí mismo, nos aporta para configurar al derecho, a partir de su particular naturaleza y sus características comunes.

La inclusión de los sujetos obligados gubernamentales no es sorprendente, forman parte del poder del Estado (Jellinek, 2000: 400) y en ellos se ha depositado el ejercicio del gobierno; esto es, el poder de conducir los asuntos que hemos denominado como públicos, por lo que los poderes tradicionales y los ahora emergentes, constituyen lo que podemos denominar como poder político, al que las Constituciones modernas pretenden limitar bajo dos premisas esenciales: un sistema de pesos y contrapesos (Hamilton et al, 2001:220), derivado del modo clásico de división de poderes (Montesquieu, 2007: 146), que pretende que el interés de unos sea suficiente para inhibir el interés de los otros, al permitir que prevalezca, exclusivamente el interés que procura la voluntad general (Rousseau, 2006:72).

A este conjunto de aspectos que tienden a limitar al poder, los denominaríamos límites formales; mientras que hay otras instituciones, los derechos humanos reconocidos en las Cartas Constitucionales y protegidos legalmente, que se convierten en límites materiales del poder político (Bobbio, 2018: 135).

Ahora que se ha dicho que los derechos humanos se constituyen en límites al poder político, hay que caracterizar los tipos de límites existentes. Pensaríamos inicialmente que los derechos humanos son aquellas condiciones esenciales y necesarias para la existencia y desarrollo de la persona y que, por lo tanto, establecen dos clases de límites al titular: de no lesión o de prestaciones generadas (Ferrajoli, 2013: 615).

Tomemos un bien jurídico esencial de la persona que merece ser protegido: la vida. Este bien genera el primer y más básico de todos los derechos de las personas, el derecho a la vida, que integra, en favor del titular de la obligación generada, una expectativa de no lesión; el Estado y las demás personas deben garantizar que no se lesione ese bien esencial del titular, ya que su lesión puede poner fin a la relación jurídica misma. Pero ese derecho genera otros derechos adicionales, interdependientes. El derecho a la salud, por ejemplo, que integra, frente al titular de la obligación generada, ya no una expectativa de no lesión, sino de una prestación generada. El Estado, ya no el resto de los particulares (aunque también los particulares podrían afectarlo por acción u omisión, pensemos en una negligencia médica ocurrida en un hospital privado), debe brindar una serie de servicios orientados a que el derecho del titular pueda ser efectivo, pensemos ahora en hospitales, servicios de salud, etc.

En ambos casos nos encontramos ante límites del Estado. En el primero de ellos, el Estado y sus agentes no pueden hacer algo que afecte al bien protegido; en el

segundo caso, el Estado no puede dejar de ejecutar una serie de acciones que procuren el disfrute del derecho. En los dos casos nos encontramos ante lo que ya vimos que Ferrajoli denomina la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no, y que por sí mismos son límites al Estado en tanto que lo que realicen en un sentido o lo que dejen de hacer, en el otro; opera "como su fuente de deslegitimación y de invalidación, y no sólo de legitimación y justificación. Desde esta perspectiva bien podemos decir que el paradigma del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista" (Ferrajoli, 2013: 775).

Pero en el caso del derecho a la salud, la expectativa de prestación se relaciona con un conjunto de obligaciones de hacer algo, vinculadas con la necesidad del titular del derecho (diseñar hospitales, integrar un sistema de salud, etc.), para garantizar el derecho a la salud de la persona, es un hacer algo para y en función de la persona titular del derecho.

A diferencia del ejemplo anterior, en el caso del derecho de acceso a la información nos encontramos ante un caso en el derecho adquiere una condición de doble límite o limite reforzado sobre el poder público.

El titular del derecho busca, y debe recibir la información que se encuentra en posesión de estos sujetos obligados, los servidores públicos que los integran deben proteger y garantizar el derecho, en el ámbito de sus atribuciones por mandato del artículo primero párrafo tercero de la Constitución; y, atendiendo las obligaciones señaladas en el artículo sexto constitucional y demás disposiciones aplicables de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública deberán de responder, en principio, entregando la información. Nos encontramos en una situación que limita al poder político, en tanto que no le es disponible dejar de atender la solicitud.

Esta es la condición primera, como límite o limite básico del derecho, que lo hace similar al derecho a la vida, a la salud y a la mayor parte del resto de los derechos humanos.

Pero también debe destacarse lo siguiente. Se trata de que la persona busque y reciba información que se encuentra en posesión de estos sujetos obligados ya que esa información se relaciona con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones que fueron establecidas legalmente para cada uno de ellos.

La persona que ejerce el derecho de acceso a la información requiere para sí un bien que no se relaciona directamente consigo misma, en su condición de titular del derecho. A diferencia del derecho a la salud en el que pretendería acceder a una consulta médica, a medicinas o a contar con hospitales bien equipados donde atenderse y darle seguimiento a sus enfermedades, cuando una persona busca cierta información de los sujetos obligados lo que pretende es acceder a un bien que se relaciona con el titular de la obligación y con el desempeño que tuvo de esas facultades, competencias o funciones; lo que, si bien puede referirse a la relación del sujeto obligado con el titular del derecho, también puede relacionarse con las relaciones sostenidas por el sujeto obligado con cualquier persona distinta e, incluso, sobre sus acciones de operación internas ajenas, pensaríamos, a los gobernados.

Esto es, el titular del derecho de acceso a la información pública quiere acceder a los testimonios que informen la manera como un sujeto obligado cumplió o no con los deberes legales para los cuales fue constituido, que incluso justifican su existencia misma (CoIDH, Caso Claude Reyes, Serie C, No. 151. Párr. 87); ya sea la forma como atendió un trámite, una solicitud, o brindó un servicio al peticionario; o, la forma como atendió un trámite, una solicitud o brindó un bien o servicio a otra persona distinta, o la forma como realizó sus operaciones de funcionalidad interna.

La relación jurídica que genera el derecho de acceso a la información se distingue entonces del derecho a la salud porque la acción de buscar información, por parte del titular del derecho, y el deber que adquiere el sujeto de la obligación de proporcionarla, tiene por objeto a la información que se relaciona directamente con el titular de la obligación y no sólo con el titular del derecho, en cuanto se trata de la información que se encuentra en la posesión del primero y que debió de ser generada en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones que tiene legalmente establecidas para atender los asuntos públicos.

Es aquí donde se aprecia esta condición de doble límite o de límite reforzado del derecho de acceso a la información; el titular de la obligación no dispone de margen para dejar de atender lo solicitado, y eso que se busca se relaciona con el testimonio del cumplimiento que ha dado a las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y que constituyen su razón de ser.

Digamos en este momento, ya abundaré un poco más adelante cuando se analice el concepto de información pública y la relación de este derecho con otros, que uno de los dos aspectos que permite identificar a este universo de sujetos obligados consiste en una cualidad esencial y fundante del Estado mismo: que cada uno de ellos, al formar parte de las instituciones tradicionales del Estado y ahora, en el caso de los que son instrumentos de los que se vale el gobierno para realizar sus fines, que es la atención de los asuntos públicos, se encuentran legalmente facultados, bajo el principio de reserva de ley (base esencial del derecho público), para atender los asuntos públicos a partir del conjunto de facultades, competencias o funciones que la ley les asigna. Es el testimonio del cumplimiento de esas obligaciones a lo que pretende acceder el titular del derecho de acceso a la información lo que, como se verá, tiene una clara finalidad de controlar la actuación de los agentes gubernamentales.

Es así como el derecho de acceso a la información pública vincula los dos tipos de límites del poder político: un límite derivado de su condición intrínseca como derecho humano reconocido en la Constitución y jurídicamente protegidos; esto es, indisponible para los agentes del Estado, y como un límite reforzado, ya que se pretende conocer lo que estos sujetos obligados han hecho al cumplir los mandatos legales que justifican su existencia, lo que lo convierte en una institución más de control, pero de carácter ajeno al modelo tradicional intergubernamental, ajeno a los entes de gobierno, que no se limita con el control clásico y pasivo que representó el derecho al voto como premio o castigo a las personas o a los partidos políticos. Más adelante regresaré con este tema cuando analice la relación de este derecho con otros.

Bajo esta perspectiva se justifica plenamente la incorporación de los Poderes Públicos tradicionales y las nuevas entidades gubernamentales emergentes al catálogo de sujetos obligados, pero conviene que se analice, con elementos adicionales, el por qué de la inclusión explícita, en ese mismo grupo, de las entidades sujetas a control presupuestal.

La ejecución de los distintos asuntos públicos y que justifican la existencia del Estado y sus instituciones públicas, tiene como objetivo el procurar la mejor garantía posible de los derechos humanos de los gobernados, lo que requiere también de una fuente de financiamiento. Por eso la Constitución establece la obligación de las personas integrantes de la nación de contribuir con los gastos públicos, la atribución del Congreso de la Unión de imponer las contribuciones necesarias y de su Cámara de Diputados de aprobar el presupuesto de egresos y la respectiva Cuenta Pública, así como la obligación de todos los entes que ejercen recursos públicos de administrarlos “con eficiencia, eficacia, economía,

transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados" (art. 134 CPEUM).

La supervisión del ejercicio de los recursos públicos, durante décadas, se limitó a los procedimientos tradicionales de control intergubernamental, a los ejercicios de revisión a cargo de los órganos internos de control y, en su extremo, a la fiscalización por parte de los poderes legislativos. El derecho de acceso a la información pública no sustituye esos circuitos tradicionales de control, pero amplía la capacidad de supervisión al permitirle al titular del derecho buscar y recibir información, no sólo sobre si se ejercen o no —o de qué manera— las facultades, competencias o funciones legalmente conferidas a los sujetos obligados, sino también para conocer cuánto, cuándo, de qué forma, para qué y con quién, se emplearon los recursos públicos y cualquier otro detalle al respecto (Quintana, 2015: 34). Como puede apreciarse, el sujeto obligado no puede, por sí mismo, limitar o controlar el grado de exposición de su información, a los resultados; por ejemplo, sino que se encuentra sujeto a entregar toda aquella información que el titular del derecho busque, y en el detalle que pretenda, siempre y cuando la información exista.

Para que toda la información sobre la aplicación de los recursos públicos pueda ser accesible a los titulares del derecho, en ese grado de detalle, era necesario que la relación jurídica pudiera generarse y determinar, como titular de la obligación, a los distintos entes regulados por la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, lo que incluye a los fideicomisos y fondos públicos, figuras que habían intentado eludir sus responsabilidades, frente al derecho de acceso a la información, hasta antes de la reforma de 2014 (Peña y Ruelas, 2011: 179).

Pero hay que profundizar aún más en el análisis del conjunto actual de los sujetos obligados. Para ello debemos de considerar que el modelo económico neoliberal existente en México promovió la tercerización, tanto en el ejercicio de atribuciones, facultades y competencias, como en la administración y uso de los recursos públicos. Se dijo que, de esta manera, se evitaría el burocratismo y la ineficiencia del Estado y sus agentes; pero, en realidad lo que se pretendió fue eludir una serie de responsabilidades y, finalmente, defraudar a la sociedad.

La crisis del modelo de Estado interventor y la liberalización de sus funciones propiciaron la constante transferencia, mediante modalidades como la concesión y, recientemente, los proyectos para la prestación de servicios, para que fueran particulares (en su condición de titulares de las concesiones o servicios subrogados transferidos por el Estado), los encargados de brindar las prestaciones o servicios que, anteriormente, estaban a cargo del Estado y que requieren la población, como titulares de derechos humanos. Lo mismo ocurrió en materia de salud, educación, guarderías, carreteras y hasta, incluso, en la administración y operación de los centros de readaptación social.

De esta forma se pretendía que los servicios fueran más baratos, más accesibles y eficientes, pero en realidad eso no ocurrió y, al contrario, se generó un conjunto de deficiencias adicionales en la prestación de servicios con los correspondientes efectos en el ejercicio de los derechos de las personas.

La primera de las deficiencias que los usuarios experimentaron, con respecto a sus expectativas de prestación, consiste en que no pudiera canalizar la inconformidad mediante el régimen de responsabilidades de los servidores públicos. Aunado a lo anterior, se cerraron las alternativas para controvertir o impugnar la atención deficiente de sus necesidades o, en el mejor de los casos, terminó siendo mucho

más difícil optar por un procedimiento adecuada para manifestar las inconformidades, ya que, inicialmente, se tendría que investigar y aclarar la vía idónea para su impugnación, descartándose los anteriores procedimientos de lo contencioso administrativo, la intervención de los organismos de protección de los derechos humanos o la disponibilidad del juicio de amparo, ya que estas funciones dejaron de realizarse mediante la intervención de los agentes públicos y, al tratarse de un servicio que brinda un particular, tendría que resolverse como cualquier otra controversia entre particulares. No afirmo que esa estrategia de tercerización para la prestación de bienes o servicios, anteriormente públicos, fuera justa o correcta, sólo me limito a señalar que existió y que resultó sistemáticamente funcional en nuestro país, tanto para el poder político como para los particulares responsables, ahora, de esos servicios, por lo menos durante la última parte del siglo pasado y la primera década del actual.

En un segundo aspecto, este proceso de tercerización también defrauda y afecta a los propios trabajadores encargados de brindar los servicios quienes, por ser contratados por un particular y no por las instituciones públicas, dejaron de adquirir la condición de servidores públicos, con lo que esto implica en materia de estabilidad y prestaciones laborales. Si lo anterior no fuera de suyo grave, sus efectos perniciosos se acentuaron aún más en el ámbito del derecho de los trabajadores, con las modalidades de contratación outsourcing que, frecuentemente, se emplea en estos casos y que termina por precarizar la condición laboral de las personas empleadas para brindar estos servicios, tradicionalmente a cargo del Estado, con los consiguientes efectos que, finalmente, todo eso genera en la calidad de los servicios que recibe el usuario.

Un tercer aspecto, sumamente grave, el proceso de tercerización que estableció un límite al régimen de responsabilidades por la atención de los usuarios también pretendió establecer un límite formal y, durante muchos años, infranqueable al sistema tradicional, así como al emergente de fiscalización de los recursos públicos.

Si el Estado, a través de cualquier dependencia pública, ya no ejecutaba directamente la obra o acción legalmente establecida y, en su lugar, contrataba a un particular para que la realizara, el proceso de fiscalización terminaba justamente ahí, en la contratación pública y en la entrega de los recursos del Estado al concesionario o subrogado. Ese mismo límite se impuso, durante los primeros años del siglo XXI, como consecuencia de las interpretaciones que prevalecieron sobre los diseños previos del derecho de acceso a la información (López, 2008: 10).

Al amparo de este límite formal e infranqueable se diseñaron las estrategias más perversas, sea para desviar recursos públicos, o para generar actos de corrupción y propiciar así el enriquecimiento ilícito de más de un servidor público. Acciones documentadas en la investigación denominada “La estafa maestra”, que son sólo un ejemplo en un mar de casos (Roldán et al, 2018:31).

Para cerrarle el paso a una situación de este tipo que, en realidad, nunca debió ocurrir, el poder Reformador de la Unión estableció sancionar la reforma constitucional en materia de amparo del 06 de junio de 2011, que determinó la necesidad de reformar la legislación respectiva y concluyó con la expedición de una nueva ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, en el último párrafo de su artículo primero determinó la procedencia del juicio de amparo contra normas generales, actos u omisiones, de particulares en los términos de dicha ley; mientras que su

artículo 5 fracción II prescribió que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad.

Antes de la expedición de la reforma ya se había generado un criterio judicial, aislado, por desgracia, del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que, en agosto de 2009, estipuló: DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AÚN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN.

Sin embargo, fueron las reformas constitucionales de 2011 las que resolvieron el diferendo, y orillaron a los intérpretes judiciales a reconocer que las relaciones jurídicas entre los particulares generan condiciones que pueden ser oponibles mediante el juicio de amparo ya que, al actuar en ejercicio de funciones de autoridad, pueden violar derechos humanos; esto es, materia del juicio de amparo, como se recoge en la Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.), de 2012, identificada como: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES; así como en la tesis aislada XI.1o.A.T.2 K (10a.), también en la tesis de 2012, DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y SON OPONIBLES FRENTE A PARTICULARES EN UN PLANO DE HORIZONTALIDAD.

Ese efecto también se dejó sentir en la reforma posterior, la de 2014, en materia de acceso a la información, que contiene el diseño vigente para su tutela. Entonces, tenemos dos aspectos centrales que permiten identificar como titulares de la obligación que genera el derecho de acceso a la información pública, tanto a los entes públicos como a los particulares, personas físicas y morales y sindicatos.

El primero de esos dos aspectos se deriva de uno de los elementos señalados en el texto constitucional: la realización de actos de autoridad, actos que derivan del principio de reserva de ley; esto es, que son resultado del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones que legalmente les fueron conferidas y sobre los cuales la existencia del derecho exige el testimonio de su ejercicio mediante el proceso de documentación, supuesto básico para permitir, posteriormente, su acceso. Los entes públicos y las personas físicas o morales y sindicatos, al realizar actos de autoridad, se encuentran sujetos por esta condición de doble límite o limite reforzado del derecho ya que, por un lado, no pueden disponer no respetar el derecho y, por otro, garantizarlo y entregar, en principio, la información que se encuentra en su posesión. Lo que hacen es entregar información que testimonia la forma como cumplieron esos mandatos legales, que establece la posibilidad de que el titular del derecho someta a control sus actos.

El segundo aspecto, en tanto que los titulares de la obligación que genera el derecho de acceso a la información pública reciban y ejerzan recursos públicos. Es el caso de los entes públicos, porque reciben un presupuesto proveniente del erario y porque les permite el ejercicio de las atribuciones que justifican su existencia. Respecto a las personas y sindicatos, hay que partir de una diferencia esencial que debe tenerse en cuenta, así como de las consecuencias que se pretendieron identificar al distinguir entre la simple acción de recibir y las acciones concurrentes de recibir y ejercer recursos públicos.

Evidentemente, cualquier persona que recibe un apoyo material o económico, por ejemplo, una asistencia, programa o apoyo social, recibe recursos públicos, pero los recibe para los fines de su propia existencia, los aplica para los fines estrictamente privados que le corresponden. En este caso se reciben los recursos

públicos, pero la última fase del proceso, la evidente y natural consecuencia que consistiría en la aplicación, deja de ser considerada como pública por relacionarse exclusivamente con los fines propios de la persona, entrando así en el ámbito personal, ajeno, en consecuencia, del derecho de acceso a la información pública y, de esta manera, del escrutinio público.

En cambio, es posible considerar que una persona recibe y ejerce recursos públicos cuando los recibe no por razones que se justifiquen en sus propias necesidades de subsistencia, sino por un deber de realizar determinadas funciones o servicios en favor de otras personas, lo que implica una actuación sustituta o complementaria de las funciones del Estado. En el caso de personas con este tipo de funciones, sus actos privados tendrían que considerarse materialmente como asuntos de la vida pública; tan es así que su realización o ejecución únicamente es posible, trascendentalmente posible, si obtiene y consigue tales recursos públicos. Vale la pena considerar, en este sentido, que ya se había considerado previamente que, cuando se trata de manejar o aplicar recursos públicos, los particulares pueden ser sujetos al régimen de responsabilidades administrativas, en los términos de la legislación de la materia (Sánchez, 2019:64).

Es ese recibir y ejercer recursos públicos para ejecutar determinados fines o brindar servicios que la comunidad requiere, lo que permite incluir en un mismo catálogo a entidades públicas con particulares y sindicatos, ya que todos ellos, al acceder a los recursos del erario y ejercerlos para funciones netamente públicas, adquieren la obligación de garantizar la primera dimensión del derecho. Esto es, el deber de entregar la información que posean; pero, comparten también la condición de límite doble o límite reforzado del derecho, en tanto que la información que deberán de entregar será la que dé testimonio de la forma como recibieron y ejercieron directamente esos recursos públicos.

Premeditadamente dejé para el final a los partidos políticos, quienes siempre fueron sumamente reticentes a sujetarse a las obligaciones de control y supervisión sobre su actuación y, especialmente, sobre la sanción a las conductas que adoptan y que pueden violentar derechos humanos.

Recordemos que, por ejemplo, la jurisdicción de los organismos protectores de derechos humanos no alcanza a la actuación en materia político electoral. Lo que hacía que en los partidos prevaleciera un régimen de falta de mecanismos eficaces y externos para someter a revisión y control sus actuaciones. Para revertir esta situación se concibió el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales de los Ciudadanos, diseñado inicialmente como mecanismo para impugnar actos de la autoridad electoral (por ejemplo, errores en el empadronamiento e integración de la lista nominal), que posteriormente extendió sus alcances para conocer también y resolver controversias sobre el derecho a votar y a ser votado, además de otras conductas cometidas por órganos intrapartidarios. Gracias a la existencia de este procedimiento, los militantes y los ciudadanos cuentan con el procedimiento idóneo para hacer valer sus derechos frente a los partidos políticos.

Por eso no es de extrañar el consenso generalizado de los actores políticos representados en el Congreso de la Unión que, desde los primeros intentos de legislación, pretendieron mantener a los partidos políticos al margen de las obligaciones de acceso a la información pública. Lo que progresivamente fue modificándose, inicialmente aceptando una relación indirecta, al depender de los órganos electorales públicos (López, 2015: 24), el reconocimiento como sujetos obligados directos en algunos estados (Guerrero y Ramírez, 2006:89), hasta que, en 2014, se determinara constitucionalmente su inclusión como sujetos obligados por el derecho de manera directa y homogénea en todo el país.

Esto tiene una clara explicación, no sólo porque son instituciones del Estado en su condición de entidades de interés público, sino también por los dos aspectos sustantivos ya analizados en el caso del resto de los sujetos obligados. Por un lado, reciben y ejercen recursos públicos mediante el financiamiento público para el desarrollo de sus actividades ordinarias y para la obtención del voto, además del resto de prerrogativas a las que tienen derecho, siendo el financiamiento público el componente más importante de su gasto. Si a ello sumamos que la competencia política electoral es cada vez más sofisticada y, con ello, sumamente cara, resulta de claro interés público verificar las fuentes de financiamiento, público y privado, así como el uso del dinero en las distintas acciones que emprenden durante una campaña (Peschard, 2015: 32 y 33).

Por otro lado, por su condición privilegiada en la conformación de la voluntad general, ya que la reforma que permite las candidaturas independientes no afectó trascendentalmente su condición de medio predominante para permitir el acceso a los cargos de elección popular en la integración de los poderes públicos, con lo que sus actos tienen claros tintes de actos de autoridad.

Sus decisiones, en el momento de integrar padrones de afiliados, documentos constitutivos, designar dirigencias, seleccionar candidatos, desempeñar campañas y acompañar a sus representantes populares y gobiernos, son acciones que claramente constituyen parte de los asuntos públicos y que nunca debieron de estar al margen de la relación jurídica que genera el derecho de acceso a la información pública; esto es, sobre ellos debe prevalecer el derecho en su condición de límite reforzado.

1.3.4. El derecho, desde la condición de su objeto.

Como hemos visto, el derecho de acceso a la información genera una relación jurídica entre el titular del derecho, una persona que busca información relacionada no con cualquier cosa de su realidad inmediata, sino con aquella parte de la realidad que se relaciona con el aparato gubernamental y sobre la que se genera una obligación, presupuesto del derecho mismo, que se encuentre en posesión del titular de la obligación, denominados sujetos obligados, y que se encuentre en su posesión, porque es su obligación documentar todo acto que se relacione con el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones; en consecuencia, también sobre el ejercicio de los recursos públicos que se emplean para tales fines.

La información que se busca y se debe proporcionar, a la que alude la regulación internacional y nacional del derecho, consiste en aquella que se relaciona con lo que hemos denominado, de manera genérica, como los asuntos públicos. Es tiempo de que el análisis se centre en el tipo de la información, en el objeto de la relación jurídica.

La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública determina, en su artículo 11, que “toda la información en posesión de los sujetos obligados será pública, completa, oportuna y accesible”, y como señala el artículo sexto constitucional y el artículo 18, de la misma legislación general, los sujetos obligados deben documentar todos los actos que realicen en el ejercicio de las facultades, competencias o funciones. Así, las personas tienen derecho de acceder a cualquier información relacionada con cualquier parte de la realidad siempre que alguno de los sujetos obligados se hubiera relacionado con ella al desempeñar las funciones legalmente establecidas.

Entonces, tenemos por un lado a la realidad, en todas sus dimensiones, y un conjunto de habilitaciones jurídicas que vinculan a los sujetos obligados, quienes tendrían el deber de actuar esos mandatos, generar información que registre si su actos han sido oportunos, completos, apegados a los procedimientos legalmente establecidos, si su comportamiento ha sido consistente con las normas jurídicas y con los principios característicos de una función pública, eficiente, eficaz, imparcial, si sus decisiones pueden justificarse razonablemente.

Esa información es a la que tienen derecho de acceder las personas para generarse una opinión informada sobre los asuntos públicos, para cuestionar e indagar si los agentes gubernamentales han cumplido con sus deberes y para conocer la forma como lo han hecho. Información que contiene decisiones gubernamentales en las más variadas materias, lo mismo sobre el ejercicio de los recursos públicos, la distribución de bienes, la prestación de servicios, la garantía de derechos, la preservación de bienes jurídicamente relevantes.

Una vez que tenemos claro ese punto de partida, es necesario profundizar en las características esenciales del objeto del derecho, la información. Conviene detenernos lo suficiente para apreciar su importancia, así como los factores que derivan de las mismas y que terminan por definir su contenido.

1.3.4.1. La publicidad como característica de la información.

Consideremos la primera característica, la condición de publicidad. Para proceder a su análisis invirtamos por un momento los roles en la relación jurídica empleada en este estudio. Hasta ahora hemos hablado del ego, titular del derecho, y del alter, el titular de la obligación. Pensando desde la perspectiva de la información en sí misma, podríamos considerar que el sujeto obligado posee la información porque la genera en el ejercicio de sus atribuciones y, en consecuencia, al aplicar los

recursos públicos. Si enfatizamos la relación de ambos factores, en función de la generación de la información, nos permitiría plantear la relación jurídica, momentáneamente, de manera inversa: con un ego, autoridad, que ejerce sus potestades y un alter, persona, que será informada mediante la publicidad de la información.

El ejercicio del gobierno ha gradado la importancia de dicha cualidad de los actos gubernamentales, según la visión que domine la forma como ha de ejercerse el poder. Si pensamos en sus formas más centralizadas y autoritarias, el acceso del público a la información de los registros y documentos generados con motivo del ejercicio del poder será entendida más bien bajo criterios de restricción; y, la actuación del príncipe puede justificarse como de cierto carácter oculto, secreto, constituyendo la idea del arcana imperi, como un requisito, incluso, para la salud del Estado, para la conservación del poder (Rodríguez, 2004: 17).

Si nos acercamos a una versión más abierta, que estima como valiosa la participación de los miembros de la comunidad en el proceso de deliberación de los asuntos de gobierno, encontraremos mecanismos que aseguran el acceso de los ciudadanos a los documentos, registros del quehacer de gobierno.

A tales concepciones políticas hemos de añadir también las condiciones materiales de generación y reproducción de la información, las capacidades culturales y de instrucción para escribir, leer y entender esa información. Así, debo señalar que la intensidad de la característica de los registros, documentos, de la información en posesión del gobierno, como públicos, es un factor adicional a la noción de la titularidad del voto; por ejemplo, para apreciar lo que hoy podemos denominar el desarrollo democrático de un Estado.

Pero ni en el más centralizado, autoritario y excluyente modelo de gobierno, puede eliminarse en su totalidad la noción de publicidad de cierta información del quehacer público. Lo anterior es así porque la condición de publicidad vista desde la perspectiva de quien ejerce el gobierno, encierra finalidades que juegan, incluso, en beneficio del príncipe, ya sea que este sea vicioso, moderado o virtuoso, según la clásica categorización. Esas finalidades de la noción de publicidad de la información son: constituir al Estado mismo, generar adhesión y obediencia de los gobernados, promover la validez de las decisiones del gobierno, mostrar al Estado bajo el modelo de ser limitado y, finalmente, la obtención de legitimidad.

Si la constitución de la sociedad política ha tratado de preservar racionalmente los derechos de sus integrantes, los actos de gobierno, entre ellos la generación de leyes, tienen como finalidad constituir a una sociedad civil, dotarla de un gobierno y permitir que el ejercicio de sus funciones asegure la paz, la seguridad y la vida de sus integrantes. Esas decisiones de poder no pueden ser ajenas a la comunidad. A lo largo de la historia de la humanidad se ha necesitado de su divulgación, que los actos de gobierno trasciendan los espacios de poder y se comuniquen, a través de los medios históricamente disponibles, a la comunidad.

Al comunicar ciertos actos, el soberano pretende la adhesión de los gobernados, ya sea por convicción o por temor, y que compartan incluso sus finalidades, ya sea porque éstos se aprecien como benéficos para los integrantes de la sociedad o porque, al manifestar la afirmación de la potestad del gobernante, contengan la amenaza convincente de castigos y penalidades como consecuencia de su incumplimiento. Pero dichos efectos, la adhesión, empatía o el temor del súbdito serían imposibles de generar si el gobernado no fuera informado de las intenciones del príncipe, si algunas de sus decisiones no fueran hechas públicas.

Ya en tiempos modernos, la validez de determinados actos de gobierno se encuentra perfectamente condicionada a la noción de publicidad; ya sea generalizada, a través de leyes, ordenamientos o acuerdos que se publican en los medios oficiales de comunicación dirigida a la comunidad en su conjunto; o, en su defecto, mediante una publicidad individualizada, pensando en los mandatos de autoridad que se realizan de manera directa e indubitable a determinada persona, especialmente en aquellos que pueden significar un agravio. Sin el cumplimiento de esta condición, el acto de la autoridad puede estar viciado de nulidad y, entonces, ser desestimado.

También en el Estado moderno se estableció la obligación del gobernante de rendir un informe de sus acciones, como un mecanismo para limitar al poder público, consolidando la idea de la rendición de cuentas, en un plano intra gubernamental, ante otro poder público que, sin embargo, no es un poder cualquiera sino aquel al que se le ha encomendado la representación popular, el ser depósito y fiel representación de la voluntad general. Así se entiende que, entonces, el rendir cuentas del ejercicio del poder representa el informar a los integrantes del Estado, a través de sus representantes democráticamente elegidos, de la forma como se ha ejercido el poder y los recursos del erario, cumpliendo con esa noción del poder limitado, sujeto a control, a escrutinio que es público; en tanto que, la información fluye de quien la detenta, a un poder revisor, representante legítimo de la sociedad política.

En la medida en que a esta noción se ha aparejado otro factor adicional, que es el desarrollo tecnológico de los medios de comunicación, este aspecto esencial del modelo democrático modificó sus condiciones e impacto, alcanzando niveles

insospechados de masificación de esa noción formal de rendición de cuentas; incluso, diseñando un proceso regido por los criterios de instantaneidad, permanencia y continuidad, lo que se ha convertido también en un factor empleado con frecuencia para obtener o incrementar la legitimación de la acción de gobierno.

Para ello ha sido esencial la configuración de un concepto adicional, el de la opinión pública, el que mucho ha cambiado desde aquella antigua idea del foro público grecolatino, o del concilio medieval, y que ahora reside en la comunidad de la información de los miembros de una sociedad. Comunidad que no siempre es totalmente transparente u horizontal, que puede configurarse como resultado del debate natural y equilibrado de sus integrantes, o bien, orientarse, como resultado de mecanismos sofisticados situados desde el tradicional control económico de los medios de comunicación (Cabañas, 2007: 306); o, ya en los tiempos actuales, con la manipulación e inducción, en un casi invisible nivel de análisis de datos, de preferencias y orientaciones de sus integrantes (Kaiser, 2019: 283). De cualquier forma, los gobernantes han visto la importancia del empleo, abierto o disimulado; de las técnicas de comunicación para definir la agenda, generar adhesión y legitimidad a sus acciones, participando en este terreno mediante la difusión y publicidad de la información, aunque bajo los parámetros de la selección y presentación de aquella que conviene a sus intereses y de la manera en que mejor provecho puede generarles.

En consecuencia, tanto para el gobernante más centralizado y autoritario, como para el más abierto y democrático, la condición de publicidad de la información es esencial para constituir al propio Estado, para generar la adhesión de los gobernados, para que sus actos adquieran la condición de validez; además, para presentarse como un gobierno limitado y controlado, y para adquirir o incrementar su legitimidad.

Pero se trata de una relación jurídica entre dos sujetos, según esta alteración temporal de la relación, entre un ego que posee la información y decide hacerla pública, compartirla, y un alter, que recibe esa información. Si bien la condición de publicidad de la información trae esas ventajas para el gobernante, su ejercicio ha contribuido también a replantear la condición del gobernado, quien ahora puede considerarse como parte de un Estado, adherido a una serie de decisiones públicas que configuran al Estado actual como un Estado Constitucional de Derecho, cuyos actos deben de cumplir con la condición de validez y de legitimidad; que se encuentra sometido a un proceso abierto, continuo, casi permanente de rendición de cuentas, mediante el cual se analice y valore si sus agentes han cumplido sus deberes ; la forma como lo han hecho y los efectos que ello genera, al ejercer las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; así como la cantidad de recursos económicos percibidos, su ejercicio, la oportunidad del mismo y la forma de ejecución, casi de manera permanente e instantánea.

Como consecuencia de todo ello, la relación jurídica regresa a sus dimensiones iniciales, las que derivan de la existencia del derecho, y nos encontramos entonces, una vez más, ante un titular del derecho que busca y puede acceder a toda la información que se encuentra en posesión del sujeto obligado, del titular de la obligación, en tanto que ésta, por ser constitutiva del Estado mismo, por ser indispensable para generar la adhesión del gobernado, porque refleja la validez y legitimada del acto gubernamental, sometido en todo momento a la noción de rendición de cuentas, debe ser considerada esencialmente pública.

1.3.4.2. El ser completa como característica de la información.

Ahora bien, es necesario analizar la segunda característica de la información: debe de ser completa. Aquí encontramos ya un salto cuantitativo que nos muestra el momento de desarrollo histórico, en el que se sitúa el marco jurídico vigente de

protección del derecho. En lo relacionado con la cualidad estudiada antes, la de publicidad, valorábamos que incluso en un modelo de gobierno cerrado, concentrado, autoritario, el gobierno necesitaba cierto grado de publicidad de sus decisiones para perseguir ciertas finalidades. A diferencia de la característica de publicidad, esta nueva, la de ser completa, fija un límite infranqueable, para el poder público, vinculado con la condición de derecho fundamental del acceso a la información pública.

Como establece el texto constitucional, el derecho consiste en la posibilidad de acceder a la información de posesión de los sujetos obligados, toda la cual es pública, porque se relaciona con el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y, en consecuencia, con el ejercicio de los recursos públicos. No hay más secretos, se trata de toda la información en su posesión, por lo tanto, los agentes gubernamentales no pueden disponer libremente conservar secretos de Estado, información ajena al escrutinio público; únicamente en los casos definidos por la ley pueden optar por declararlos como reservados temporalmente, o donde otros derechos deben protegerse, como el de confidencialidad de otros particulares, también definidos en las normas. Pero, al definirse constitucionalmente que toda la información es publica, se fija en el derecho positivo un límite a la voluntad del gobernante, jurídicamente establecido, que impide la decisión discrecional del servidor público.

Si partimos, entonces, de que toda la información es publica, los testimonios que informen las diferentes decisiones de la autoridad, el ejercicio de las atribuciones legalmente establecidas o la aplicación de los recursos provenientes del erario es lo que deberá entregarse, de manera completa, ante cada acción de búsqueda de la información por parte del titular del derecho.

El que toda la información sea pública y esté compuesta por los testimonios del ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y, derivado de ello, de la aplicación de los recursos públicos, cada fase del proceso administrativo, los diagnósticos, la toma de decisiones, la comprobación, los estudios y testimonios de sus efectos, todo ellos integrados en expedientes documentales, es entonces de carácter público y los agentes gubernamentales no pueden escoger entregar una parte de la información sino que, en principio, tendrían que entregar, completa, la información requerida.

1.3.4.3. La oportunidad como característica de la información.

La tercera de las características mencionadas es la condición de oportunidad, cuya importancia tampoco es menor y nos muestra también un estado distinto de los procedimientos anteriormente existentes. El modelo tradicional de rendición de cuentas de los actos de gobierno y del ejercicio de los recursos públicos se distinguía por ser una acción efectiva, generalmente, sobre los hechos pasados. Cada mes de septiembre, el presidente de la república rendía su informe de las acciones emprendidas del mismo mes del año pasado hasta el mes de agosto del año en que informaba; además de que el periodo de tiempo ni siquiera coincidía con el año natural o fiscal, las acciones realizadas se sujetaban a un escrutinio posterior que pocos efectos podría tener; acaso, en el más extremo de los casos, para provocar la censura al gobernante por las acciones realizadas, hacía casi un año.

Por lo que corresponde a la aplicación de los recursos públicos, los entes fiscalizados podrían ejercerlos durante todo un año; meses después integraban su Cuenta Pública, que se entregaba a la Cámara de Diputados para iniciar un proceso

de revisión que podría tardar más del año posterior al ejercicio de los recursos, hasta contar con un informe final y ser sometido a la aprobación de la Cámara de Diputados, sumando a ello que, incluso, varios de esos informes finales ni siquiera fueran analizados para la aprobación o desaprobación de la Cuenta Pública, dejando inconclusos los procesos de fiscalización.

En consecuencia, los tiempos para la fiscalización se alargaban y su conclusión, incluso, se suspendía, impidiendo que la información sobre el ejercicio de los recursos públicos y sus resultados fuera realmente pública: algo similar sucedía con la información relacionada con cualquier aspecto de los asuntos públicos, la posibilidad para determinar de manera discrecional qué información sería dada a conocer, la oportunidad, forma y condiciones para que se hiciera pública, terminaba generando agravios a los gobernantes, sea porque determinadas convocatorias para acceder a ciertos programas sociales se difundían mediatizando su acceso a la pertenencia a un partido político, cuyos miembros accedían a la información de manera privilegiada, o sea porque una acción de gobierno se ejecutaba sin informar previamente a las comunidades que podrían verse afectadas, en su defecto, por la muy oportuna y abundante información que privilegiadamente se entregaba a determinados posibles inversores, o porque mucho tiempo después de que se ejerce el recurso público se informa y, de la manera más dispersa posible, que los contratos públicos se modifican constantemente; y, que los costos finales de los proveedores fueron sensiblemente superiores a los costos de sus demás competidores.

En el caso de los partidos políticos, por ejemplo, la rendición de los informes financieros y la dictaminación de su gasto ocurría, en el pasado, incluso tiempo después de que los candidatos ganadores habían ocupado los cargos por los que

contendieron, con lo que las posibles sanciones por las conductas antijurídicas relacionadas con el uso de recursos de origen ilícito, el rebase de los topes de gastos de campañas o la no documentación de sus numerosos gastos, dejaban de tener consecuencias y efectos reales para los contendientes y se limitaban, en casos excepcionales, a multas a los postulantes que estaban totalmente ajenas al impacto de las acciones indebidas.

Acceder de manera oportuna a la información, casi en tiempo real, es la diferencia que puede reducir las brechas que genera la existencia de espacios privilegiados o discriminados para su acceso, lo que crea asimetrías en las relaciones de poder que provocan actos indebidos, corrupción, abuso de poder que, al final de cuentas, tiende a afectar bienes jurídicos esenciales como la integridad en el ejercicio de los recursos públicos o los derechos de los gobernados vulnerados por las decisiones de gobierno.

Esta condición de acceso oportuno, casi en tiempo real ¿puede afectar la conducción de los asuntos de gobierno e impedir su correcta implementación? Desde luego que sí. Pensemos cuántas veces una investigación ministerial no ha sido afectada indebidamente y obstaculizado el ejercicio de las atribuciones de investigación, provocando así la evasión de responsables, el ocultamiento o destrucción de pruebas, la amenaza e intimidación a víctimas o testigos por parte de aquellas personas que indebidamente accedieron a la información de las investigaciones de hechos delictivos, mientras se encontraban en curso, lo que les permitió, incluso, afectar el desarrollo mismo de las pesquisas. O pensemos en el monto de los capitales que se han fugado del país, de manera oportuna para los intereses especulativos, como consecuencia del acceso a cierta información, casi en tiempo real, sobre las futuras e inmediatas acciones de gobierno. También

consideremos el caso de aquellas personas que han logrado hacer inversiones económicas exitosas y sumamente redituables, especulando con bienes inmuebles, comprando a precios bajísimos cuyo valor se multiplica exponencialmente en un par de años y que han tomado esas decisiones a partir del conocimiento oportuno, privilegiado; o, incluso con mucha anticipación, de información relacionada con las decisiones de gobierno en infraestructura.

No podemos ocultar que una práctica indebida de la acción de gobierno, desleal a los intereses generales, consiste en la divulgación selectiva de información a ciertos agentes sociales y privados, lo que ha provocado beneficios directos, injustificados y especulativos, propiciando graves asimetrías en las relaciones sociales, económicas y de poder.

Lo que el diseño actual del derecho pretende, al considerar que la información o, mejor dicho, que su acceso a ella deba de ser oportuno, consiste en recuperar un principio esencial del diseño constitucional moderno: la condición de igualdad. Todas las personas tienen el mismo derecho de acceder de manera oportuna a la información. Tanto los integrantes del núcleo ejidal como los posibles inversores tienen derecho, en igualdad de condiciones, de acceder de manera oportuna a la información relacionada con los asuntos públicos que les serán o les son inmediatos o relacionados con ellos, para que el conocimiento de esa realidad les permita el ejercicio del resto de sus derechos; al respecto abundaré más en la siguiente sección de este capítulo. Ya que esa condición iguala a los miembros de la sociedad, reduce las asimetrías y tiende a preservar el orden público, una vida democrática, pacífica, respetuosa de los derechos.

Debemos, con todo, regresar a la pregunta inicial que acompaña a esta característica de la información, acceder en tiempo real a las decisiones públicas: ¿puede afectar el natural desarrollo de la acción de gobierno? En principio, podemos decir que sí, pero también debemos reconocer que no es así en todos los casos.

Hay más probabilidades de que la acción de gobierno se vea afectada, lo que viene ocurriendo realmente, si la información se divulga selectivamente, porque entraña ventajas indebidas, maquinaciones y premeditaciones que, con frecuencia, pretenden defraudar los intereses públicos. En aquellos casos en los que la divulgación generalizada puede afectar realmente bienes jurídicamente protegidos, considerados como de valor relevante, es posible restringir temporalmente el derecho; pero, atendiendo los límites que establezcan las leyes, sujetas a un claro régimen de excepciones y no a la voluntad discrecional del gobernante.

1.3.4.4. La accesibilidad como característica de la información.

La condición de oportunidad, además, se vincula con la siguiente cualidad de la información: la accesibilidad. En ese mismo esquema, que generaba asimetrías en las relaciones sociales, económicas y políticas, la accesibilidad de la información dependía de características que estructuraban grados diferentes en la relación de la información con los agentes ajenos al aparato gubernamental, configurando un acceso más efectivo, oportuno y directo por parte de aquellos sectores sociales tradicionalmente favorecidos, por pertenecer a un partido político, por su capacidad económica, por su identidad, cercanía e influencia con o sobre los actores gubernamentales, frente a aquellos que han padecido las diferencias estructurales que estorban e impiden su conocimiento.

La condición de accesibilidad de la información invierte la relación asimétrica que ha prevalecido acerca de los asuntos públicos. No se conforma con las consecuencias que derivan del principio de igualdad que implica el acceso oportuno y que debe de prevalecer entre los individuos. Va más allá de ese principio, como ocurre realmente en el constitucionalismo imperante, e incorpora una condición de corrección que reconoce el valor y la importancia del principio de igualdad formal pero que plantea su revisión a la luz del principio de igualdad material, indispensable para identificar que es necesario incorporar una noción de equidad orientada a corregir las deficiencias que derivan de condiciones estructuralmente diferenciadoras como el estado de salud, las condiciones de cultura y económicas.

Por lo tanto, la información no solamente debe de proporcionarse a todos sino, considerando que todos necesitan realmente conocerla y utilizarla, debe asegurarse su acceso efectivo removiendo las restricciones indirectas ya sea que estas sean consecuencia de su condición social, cultural o económica.

1.3.4.5. Ser actualizada como característica de la información.

En la legislación del Estado de México, todas las características mencionadas se encuentran debidamente integradas en un solo artículo, el 11, y se establece que la información debe de ser accesible, completa, confiable, verificable, veraz, oportuna y agrega: actualizada, congruente e integral.

Hasta ahora me he referido a condiciones tales como: pública, completa, oportuna y accesible. La condición de actualización es un atributo que se vincula, desde mi punto de vista, con las características de ser completa y oportuna. Si el titular del derecho tiene la posibilidad de acceder a la información que se relaciona con el ejercicio de las atribuciones legalmente establecidas, o sobre la aplicación de los recursos públicos, casi en tiempo real, de manera oportuna; y si, además se

encuentra en posibilidades de acceder a toda la información disponible, el titular de la obligación no puede decidir entregarle una parte y especialmente la que corresponda con una fase previa a lo que resulta del interés principal del titular del derecho. El agente gubernamental no puede escoger entregar la información que fue generada con mucha anticipación, y que quizá no se corresponda con la existente actualmente, la actualizada. Por ello, de la concurrencia de los principios de acceso a toda la información y de acceso oportuno, resulta que la información deba reunir la condición de ser lo más actualizada posible para reflejar el estado de la cuestión de determinada acción de gobierno, para cumplir así con este deber de informar que es el núcleo esencial del derecho de acceso a la información.

1.3.4.6. La congruencia como característica de la información.

La condición de congruencia no se relaciona tanto con la información en sí misma, sino con el ejercicio del derecho en cuestión. Si un titular pretende acceder a cierta información y hace un planteamiento, a partir del conocimiento previo que tiene de la realidad que le interesa —que puede ser exacto, fidedigno, pero también parcial, ajeno a la realidad o comprendido equivocadamente— el titular de la obligación (que es quien conoce qué información tiene y qué información debe tener como consecuencia del cumplimiento de sus atribuciones legalmente establecidas), tiene el deber de entregar la información de tal forma que sea congruente con lo solicitado, o con lo realmente existente, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones. Por eso esta cualidad tiene un desarrollo posterior en la ley general, a través de su artículo 129, que refiere 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”; y, de manera mejor expresada en la legislación del Estado de México que refiere, en su

artículo 12 segundo párrafo, que dichos “sujetos obligados sólo proporcionarán la información pública que se les requiera y que obren en sus archivos y en el estado en que se encuentre”.

Estaríamos entonces ante dos condiciones propias del principio de congruencia, uno procedimental y otro de carácter sustantivo. Congruencia procedimental que consiste en el hecho de que, en un procedimiento de acceso, una persona reciba la información que solicitó y no otra, lo que implica que el sujeto obligado analice el requerimiento, busque la información que colma el planteamiento y la entregue.

Y la segunda condición de congruencia, que denomino de carácter sustantivo, implica que, si el sujeto obligado tiene el deber de documentar todo lo que realice en el ejercicio de las atribuciones que legalmente tiene establecidas, y si dichas atribuciones se regulan procedimentalmente por lo que dispongan otro tipo de ordenamientos jurídicos, reglamentarios, manuales de procedimientos, etc., la información que generen, los documentos que produzcan y que integran el expediente, como refiere la legislación general de archivos, deben de ser los testimonios que registran un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, producido, recibido o utilizado en el ejercicio de facultades, competencias o funciones que, junto con otros documentos, integran el expediente que ordena esos documentos por un mismo asunto, actividad o trámite de los sujetos obligados.

Siendo así que la información debe ser congruente con esos procedimientos que norman la actuación de los servidores públicos en el ejercicio de las atribuciones, facultades y competencias legalmente establecidos, para ser el testimonio de la forma como se cumplen las facultades, competencias o funciones legalmente asignadas. Y, siendo que, precisamente, la falta de coherencia de la información con los procedimientos normativos que regulan el ejercicio de las atribuciones es lo que puede generar una afectación al derecho de acceso a la información.

1.3.4.7. La confianza como característica de la información.

El artículo 13 de la misma ley general incorpora otras cualidades que debe cumplir la información desde su generación, para su publicación y entrega. A las cualidades de accesibilidad y oportunidad ya analizadas, agrega las siguientes: confiable, verificable, veraz y que atenderá las necesidades del derecho a la información.

Aunque algunos comentaristas se han limitado a considerar que “Esto quiere decir que debe estar sustentada en documentos oficiales mediante los cuales pueda contrastar la información entregada y la que efectivamente generó el sujeto obligado” (Islas, 2016:89), o que forman parte de los mandatos de optimización que refiere Alexy (Escobedo, 2016: 21), el tema requiere de un mayor desarrollo para considerar sus verdaderas implicaciones.

Si la información que generan los sujetos obligados debe de ser congruente con los procedimientos que norman la actuación de los agentes públicos para el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, y si los documentos donde constan esas acciones son registros de un hecho o acto administrativo, lo que espera una persona que busca y recibe información es que eso que le están entregando sea realmente lo que los servidores públicos hicieron en su momento, no el resultado de una maquinación para informar y mostrar las cosas, no como ocurrieron sino como pretendemos que hayan ocurrido para, de esa manera, eludir las posibles responsabilidades que se derivarían de estos hechos.

Al respecto hay que señalar que uno de los incentivos internos en nuestro país, para replantear el contenido y los alcances del derecho de acceso a la información, fue el informe realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ejercer su atribución de investigar graves violaciones a los derechos humanos, lo que hizo en

el caso de la investigación del asesinato de campesinos en el vado de Aguas Blancas en Guerrero.

De dicha investigación derivaron, incluso, algunos criterios jurisprudenciales sobre la maquinación de la información; esto es, la generación de información falsa, fabricada expresamente para mostrar una realidad diferente a la ocurrida.

> GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. El artículo 6o. constitucional, in fine, establece que "el derecho a la información será garantizado por el Estado". Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional,

segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.

Solicitud 3/96. Petición del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal. 23 de abril de 1996. Unanimidad de once votos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticuatro de junio en curso, aprobó, con el número LXXXIX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y seis.

Tesis: P. LXXXIX/96. Pleno, 9ª. Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Junio de 1996, página: 513.

Ese tipo de actuaciones de los agentes gubernamentales, como lo señaló el Pleno de la Suprema Corte, constituye una violación al derecho de acceso a la información pública, que debe de contar con la condición de confiabilidad, ya que lo que el titular del derecho espera, al buscar la información, es que le sea entregado lo que hay, los registros existentes, tal y como existen, y que informen la forma como las atribuciones se ejercieron, o como se aplicaron los recursos públicos, sea que estas formas hayan sido las correctas o no.

1.3.4.8. Ser verificable como característica de la información.

Pasemos ahora a analizar la cualidad de la información como verificable. La reforma de 2014 incorporó un elemento esencial en la protección del derecho. Se estableció que consiste en la posibilidad de acceder a la información en posesión del sujeto obligado; el concepto posesión supera la concepción restrictiva que los sujetos obligados quisieron imponer durante los primeros años del siglo XXI, al limitar el acceso a la información que generaban.

Esta idea resultaba claramente restrictiva porque la información generada es una parte del acto de autoridad, y es un solo ente quien la genera y la puede poseer. Pensemos en un presupuesto, una licencia, cualquier acto de autoridad; quien genera la información es la autoridad legalmente facultada para ello. Pero, en primer lugar, la adopción de esa decisión gubernamental no es resultado de un ejercicio autopoiético, al contrario, requiere de insumos que, en la mayoría de los casos, provienen de otras personas públicas o morales.

Utilicemos el ejemplo de una licencia de construcción o de funcionamiento de un establecimiento comercial. Para que el acto de autoridad se adopte requiere insumos de particulares que deben solicitar y acompañar a la solicitud de otros documentos que acreditan el cumplimiento de determinados requisitos; o, en el caso de un presupuesto que necesita insumos como proyectos, dictámenes financieros, etc. Bajo la perspectiva que existía, el derecho no incluiría a esos documentos, necesarios para ejercer las atribuciones, indispensables para explicar, justificar y entender la lógica detrás de la adopción de los actos de autoridad, muchos de los cuales no fueron generados por el sujeto obligado.

En la función pública, si bien existen actos de autoridad que se adoptan y se agotan en el tiempo inmediato, también existen otros que forman parte de procesos externos más complejos y extensos; de tal manera que varios de ellos forman parte, como requisitos o fases, de un procedimiento administrativo subsecuente hasta llegar a una conclusión definitiva. En estos casos, esa interpretación pasada de la legislación que regulaba el derecho de acceso a la información, impediría conocer partes importantes del proceso administrativo.

Los actos de autoridad, una vez adoptados, son comunicados. Si no se comunican no existirían, ya sea a otros sujetos obligados o a otras instancias del mismo sujeto obligado. Si el derecho solamente incluyera la información generada por el sujeto obligado, sería imposible acceder a la información que fue generada y notificada a otro sujeto obligado sin que existiera una copia del testimonio de este. También sería imposible que un sujeto obligado entregara, respetando el derecho, la información que generaron otros sujetos obligados y que le fue notificada; esto, desde luego, afectaría la cualidad de ser verificable.

Como consecuencia del diseño jurídico actual, que disciplina la protección del derecho de acceso a la información, de esa configuración del derecho bajo la característica de permitir el acceder a toda la información en posesión del sujeto obligado, el titular del derecho puede acceder a versiones distintas de un mismo documento, de una misma información, para verificar el contenido de lo que un sujeto obligado le proporciona. Así, puede solicitarle a un municipio la nómina y contrastar el número y nombre de los servidores públicos, así como el monto de sus percepciones, con la versión de la nómina de ese municipio, a la que haya podido acceder luego de solicitársela a otro sujeto obligado que no la generó pero que sí la posee, por ejemplo, la entidad de fiscalización superior de la Cámara de Diputados de la entidad federativa correspondiente.

1.3.4.9. La veracidad como característica de la información.

Ahora bien, la cualidad de veracidad sería entonces una característica derivada de algunas de las anteriormente estudiadas, si la información es congruente con los procedimientos legalmente establecidos para el desempeño de las facultades, competencias o funciones legalmente conferidas al sujeto obligado; si la información es confiable y puede ser verificada; la información que se genera y se entrega en una solicitud de acceso a la información, tendería a ser el registro fiel, veraz, de la forma como se cumplieron estas atribuciones, independientemente de si fue la forma correcta o no, apegada a la norma o no; pero que fue la forma como los hechos ocurrieron efectivamente, y por ello, la información cuenta con esa condición de veracidad.

Todos los elementos que hasta ahora hemos analizado en la presente sección, nos permiten identificar el contenido del derecho de acceso a la información, a partir de la materia que vincula al titular del derecho y al titular de la obligación. Se trata de aquella información que, a través de documentos, testimonia la forma como los sujetos obligados han cumplido con el ejercicio de sus atribuciones, facultades y competencias y, en consecuencia, cómo han aplicado los recursos públicos que les han sido asignados, información que se encuentra en posesión de los sujetos obligados, y es considerada totalmente pública por relacionarse con las acciones tendientes a la realización de los asuntos que constituyen el ámbito de lo público en una sociedad determinada.

Esa información debe caracterizarse por su condición de publicidad, de ser completa, oportuna, accesible, confiable, verificable, veraz, actualizada, congruente.

1.3.4.10. La información debe entregarse en el estado en que se encuentre.

Justo antes de concluir esta sección, vale la pena considerar un aspecto sobre la forma como se ha ejercido el derecho y las acciones de los sujetos obligados. En la legislación de transparencia y acceso a la información del Estado de México existe un artículo que ya fue aludido, el 12, que determina el deber de los sujetos obligados de proporcionar la información “que se les requiera y en el estado en que ésta se encuentre”, lo que no comprende “el procesamiento de la misma, ni el presentarla conforme al interés del solicitante; no estarán obligados a generarla, resumirla, efectuar cálculos o practicar investigaciones”.

Esta disposición jurídica resulta perfectamente razonable frente a las pretensiones desmesuradas de quienes pretenden respuestas prácticamente hechas, no a partir de la forma como la información existe sino de las hipótesis que el titular del derecho formula al emprender ejercicios de investigación académica, tratando de evitar el debido proceso de investigación que implica la búsqueda de fuentes, su análisis crítico, la sistematización de datos, generación de estadística e inferencia de conclusiones. No son pocos los casos en los que el contenido de la solicitud de acceso a la información pretende ser el resultado que debería de obtenerse luego del planteamiento de una hipótesis de investigación, del proceso de investigación y de su conclusión, no así el requerimiento de acceder a los documentos existentes.

Pero, así como ocurre esta desviación, desde la posición del titular del derecho, también ocurre otra; aunque, desde la perspectiva del sujeto obligado. En diversas ocasiones se responde a las solicitudes de acceso a la información que requieren cierta información puntual relacionada con las facultades, competencias o funciones, tratando de negarla bajo el amparo de que no debieran procesar esa información; ignoran que, en ocasiones, se debería de contar con la información no

como consecuencia del procedimiento de acceso a la información, sino de los mandatos de los ordenamientos jurídicos que disciplinan los procedimientos administrativos, y que requieren el uso razonable y el empleo efectivo de la información, para el desempeño de las atribuciones del ente público; en consecuencia, la existencia de la información requerida, lo que, por cierto, es precisamente aquello en lo que han sido omisos los servidores públicos, generando cotidianamente, diversas afectaciones en la esfera de otros múltiples derechos de las personas, sin reparar en que esas omisiones y agravios son precisamente las que motivan que las personas ejerzan el derecho de acceso a la información; tratando de explicarse no pocas injustificadas omisiones o actuaciones de los agentes gubernamentales.

Ya sea que se trate de una desmedida pretensión para que el sujeto obligado procese la información según el interés del solicitante o que el sujeto obligado haya sido omiso en la realización de acciones para procesar y utilizar razonablemente la información, para alcanzar los fines legalmente establecidos, en cualquier caso, la norma es muy clara: se deberá permitir el acceso a los documentos de los que se pueda extraer la información solicitada y que obren en los archivos, en el estado en que se encuentren. Esto testimoniará si las atribuciones se ejercieron, o no, y la forma como haya ocurrido. Cuando un sujeto obligado acude a este tipo de intentos de justificación, para tratar de explicar el incumplimiento de alguna de las cualidades de la información previamente estudiadas (publicidad, completa, oportuna, accesible, confiable, verificable, veraz, congruente, etc.), lo que el servidor público informa consiste en el hecho de que no cumplió con el ejercicio de las atribuciones legalmente establecidas o, al hacerlo, lo hizo de una forma que pudiera considerarse como posiblemente deficiente. Esto se relaciona con el siguiente aspecto a considerar, la relación del derecho de acceso a la información con otros derechos.

1.3.5. El derecho, en su relación con otros derechos.

Ahora es necesario aproximarnos al contenido del derecho y a su configuración como parte de un ordenamiento jurídico integral y razonablemente coherente, en el que se inserta configurando la regulación de la relación jurídica existente entre el titular del derecho y el titular de la obligación. Su contenido y su relación con el sistema jurídico genera, en el derecho positivo, tanto un conjunto de obligaciones vinculantes para los sujetos obligados como la dimensión del propio derecho, sus límites y sus restricciones. Algunos de los límites al derecho de acceso a la información son definidos por el contenido de otros derechos, por ejemplo, el de privacidad y el de protección a los datos personales. En el caso de los límites y las restricciones, serán abordados en un capítulo aparte, al final de la presente obra, dada su importancia y complejidad. Pero en esta sección consideraré, sobre todo, la relación armónica que tiene con otros derechos, la forma como gracias a otros derechos el de acceso a la información pública experimenta lo que algunos autores identifican como “mejoras indirectas” (Schauer, 2019:29).

A partir de la forma mediante la que fue reconocido como parte del derecho positivo, el derecho de acceso a la información pública se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la libertad de expresión, libertad que forma parte esencial de un régimen político de corte democrático, en el que la participación de sus integrantes se estima como bien constitutivo del propio Estado.

Adicionalmente, la concepción esencial del Estado Constitucional se basa en la existencia de un modelo que, desde la clásica concepción francesa, requiere de dos condiciones: la división del poder y el reconocimiento de la garantía de los derechos humanos.

Vistos así, los derechos humanos se constituyen como obligaciones positivas y negativas para el poder público que, al igual que el sistema de pesos y contrapesos, esencia del modelo de división del poder, se convierten en límites al poder público.

Mientras los derechos humanos han venido cobrando fuerza, efectividad y operatividad judicial, esos límites han adquirido una condición sustancial que informa el contenido de los procedimientos gubernamentales, que puede deslegitimar la actuación o falta de actuación de los agentes públicos, según los aspectos teóricos previamente analizados.

Ahora bien, como hemos visto en la sección anterior, la información pública vinculada al modelo tradicional de rendición de cuentas pretende demostrar la conformación del Estado como respetuoso de ese diseño constitucional; mientras que el uso intensivo de la información pública, por parte de los agentes del Estado, y gracias al desarrollo tecnológico de los medios de comunicación, les permite participar en la configuración de la opinión pública y, con ello, tratar de incrementar las condiciones de legitimidad democrática de sus decisiones, tanto para conseguir la adhesión u obediencia voluntaria del gobernado a las decisiones públicas, como para incentivar su respaldo en los subsiguientes proceso electivos democráticos.

Dicho lo anterior, es necesario considerar que la coincidencia de los aspectos teóricos y las condiciones prácticas señaladas, han tenido un efecto notable en la reconfiguración de la noción de lo público, transformando las concepciones tradicionales, generando varios efectos. De inicio, la disolución del ente colectivo en titulares individuales.

La concepción tradicional de la voluntad general propició, en plena era del individualismo, la creación de una nueva entidad metafísica generalizante que concibió al ciudadano como el factor más importante; pero que, minutos después

de la elección democrática, fue desprovisto de su imperio, sustituido siempre por un ente de existencia colectiva, por procesos en los que cada uno cuenta, pero en el concierto de todos y no en el de cada uno de ellos, lo que se concebía en resultados y procesos, en quienes se depositó la representación ciudadana. Por eso es por lo que se consideró que: a) la voluntad popular se expresaba solamente mediante la concurrencia del conjunto de los ciudadanos en días precisos, para actos determinados, la emisión del voto popular; o bien, b) que el poder público rendía cuentas a la Nación entera representada en el parlamento, no así, a los ciudadanos de manera individual (AR 10556/83).

Posteriormente, seguido de la forma como se configura la opinión pública, pensada a partir de una integración de manera vertical, con un Estado que divulga información y facilita el acceso de los diversos grupos organizados de la sociedad (partidos políticos, iglesias, sindicatos) a los medios sociales de comunicación, para que se garantice el acceso a información “plural”; y, de esta forma, configurar a la opinión pública.

Y, un tercer factor, que el sistema de rendición de cuentas y de control del poder público era esencialmente intra gubernamental; esto es, si bien con la participación de diversos poderes, autónomos e independientes entre sí, encargados de controlarse mutuamente, pero que concurren todos compartiendo una característica común, responder a criterios de configuración gubernamental con un fuerte origen político, con consecuencias como las siguientes: que el mismo grupo en el poder ejecutivo sea el que ostente la mayoría en el parlamento, haciendo inefectivo el modelo de control y rendición de cuentas; lo que pasó en México hasta finales del siglo XX o, incluso, la distribución de distintos espacios del poder entre una gama más amplia de ofertas políticas, todas ellas representadas en el

parlamento, que generó el incentivo de disminuir los efectos del control y supervisión al configurar una compleja red de complicidades extendidas, tal y como ocurrió en nuestro país, en una parte del siglo XXI.

Esas concepciones tradicionales se sometieron a un proceso paulatino de desgaste y reconfiguración. Tanto por el apropiamiento de la sociedad civil, en sus distintas modalidades, de los conceptos de representación y voluntad popular, para reivindicar demandas sociales, incidir en los asuntos públicos a través de formas no institucionales (los maestros rurales, los grupos de colonos, vecinos, comerciantes, empresarios, hasta llegar a las organizaciones no gubernamentales); pero, también como producto del vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la comunicación que abrieron las expectativas para que la información circule, sea accesible y para que los procesos sociales rompan las fronteras espacio-temporales, generando así un efecto nunca antes sospechado.

Sólo por poner un ejemplo, vale la pena recordar cierta celebración religiosa en la que el Papa Francisco tuvo que llamar a la feligresía “a levantar los corazones en lugar de los celulares” (Dough y Gallagher, 2017). Acontecimientos sociales como éste, en los que en el pasado un selecto grupo de personas acudía y participaba, tratando de aprovechar sus sentidos naturales, han cambiado por completo. Hoy en día, no únicamente se confía en los sentidos naturales para acceder al hecho de la realidad, sino que hemos añadido la capacidad de ampliar, y a veces hasta sustituir, nuestra memoria psicológica por la memoria electrónica, adicionando algunos artificiales a nuestros innatos cinco sentidos. Entonces, no sólo percibo y registro la realidad en mi sistema psíquico, sino que, además, utilizo mi dispositivo electrónico para grabar ese acontecimiento, para después reproducirlo, de una manera más fiel quizá a lo que mi sistema psíquico me permitiría. De esta forma, revivo el momento pasado y rompo la barrera temporal.

Al mismo tiempo, el acceso a la internet y la sofisticación de los equipos de comunicación permiten que ese hecho, anteriormente disponible sólo para la feligresía que se encontraba al interior del templo, quizá también para aquella que se encontraba afuera, con menor calidad porque su acceso solamente era posible mediante la ayuda de altavoces, ahora se convierta en un acontecimiento que puede ser atestiguado en cualquier parte del mundo, como si se estuviera físicamente en el lugar, al transmitirse en vivo o posteriormente, mediante ese archivo electrónico que documenta el acontecimiento, con lo que la frontera física, también ha sucumbido.

Pero ese desarrollo tecnológico no agota sus consecuencias en esos aspectos espaciotemporales; también se resiente en su democratización y en la mitigación de las condiciones estructuralmente diferenciadoras generadas por instituciones como la propiedad sobre los medios de difusión. Esto tiene efectos de enormes dimensiones en la configuración de nuestras sociedades. Retornemos al mismo ejemplo anterior. En el pasado pensaríamos que la transmisión en vivo de esa celebración religiosa estaría a cargo de los medios tradicionales de comunicación masiva, el periódico, la radio y la televisión, que hoy en día han perdido protagonismo por la abundante oferta de equipo tecnológico, disponibilidad de la internet y por la irrupción de las redes sociales. Así, frente a una posible transmisión realizada con una línea editorial escogida, ese mismo acontecimiento puede y es simultáneamente transmitido por más actores, cada uno de ellos con perspectivas, visiones y criterios interpretativos distintos, ajenos y formalmente independientes entre sí.

Si en el pasado, entonces, la propiedad de esos medios de comunicación empoderaba a ciertos sectores de la sociedad, al establecer predominios

hegemónicos en la selección, difusión y contenido de los aspectos noticiosos, insumo básico de la deliberación pública, hoy en día, la internet, las redes sociales, los teléfonos inteligentes, son tan accesibles que más personas pueden generar contenidos y participar en la configuración de lo público.

Posteriormente, el hecho de que los propios agentes gubernamentales sacaran “lo público” de los espacios físicos tradicionales (edificios, plazas) y trataran de conquistar la red, buscando los efectos de promoción tendientes a procurarles una mayor legitimidad política, terminaron por reconfigurar los acontecimientos políticos bajo una nueva cualidad de accesibilidad insospechada e incontrolable.

Quizá seducido por las redes sociales y tratando de obtener beneficios de esta realidad, un presidente de la república, un gobernador, un presidente municipal, un diputado o un senador, pretenda utilizar los medios instantáneos de comunicación para establecer una relación más directa con su electorado, lo que es asimilable para el actor político en tanto el diálogo público se sature de peticiones normales, manifestaciones de apoyo; pero, los problemas para ellos empiezan cuando ocurren un cambio en la polaridad o sentido del mensaje o se incrementan las reacciones de cuestionamiento, crítica, exigencias, aunque algunos actores pretendan responder a las nuevas condiciones emergentes de comunicación, acudiendo a decisiones autoritarias, tales como el bloqueo de usuarios (sobre el que incluso ya hay pronunciamientos judiciales como la AI 216/2017-VI), pero hoy es claro que, para su mala fortuna, una vez que acuden a estos espacios de comunicación, ya no podrán regresar al pasado. El gobernado se ha apropiado del nuevo espacio público que dejó de responder sólo a la programación vertical (Romero, 2019: 12). Aunque, desde luego, las amenazas a este proceso de empoderamiento de los particulares no se hacen esperar.

Todo eso nos conduce a replantear, desde hace algunos años, una nueva concepción de lo público, en el que el predominio de las realidades colectivo-metafísicas como ficciones políticas, se han disuelto. Las representaciones tradicionales se ven sustituidas vertiginosamente y el monopolio de los asuntos públicos, como espacio reservado para su clase política, ha cedido ante una participación cada vez más activa, con mayores efectos y consecuencias, por parte de los miembros de la sociedad.

Debe entonces considerarse que la generación, uso, conservación y sistematización de la información relacionada con los asuntos públicos fue, desde siempre, un elemento apreciado como un factor esencial en la operación de cualquier tipo de régimen político, ya que es a partir de la información disponible, de donde se derivan todas las operaciones del quehacer público.

Las condiciones anteriormente referidas nos permiten apreciar que el acceso universal a la información se convierte en un presupuesto insustituible, de un régimen político democrático a un Estado Constitucional. Es por eso que adquiere la condición de derecho humano, civil, del que son titulares todas las personas con capacidad de obrar y, por lo tanto, deja de estar disponible para el margen discrecional de los titulares de la obligación, que carecen ahora de la capacidad para decidir si lo respetan o no y que, al contrario, están obligados a entregar toda la información que se les requiera acerca de la forma como han ejercido sus facultades, competencias o funciones, lo que se convierte en un límite reforzado sobre el poder público.

En este sentido se han pronunciado los intérpretes jurisdiccionales; por ejemplo, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la entrega de la información “a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera

que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea" (CoIDH, Claude Reyes y otros, Serie C. No. 151: párr. 77).

Adicionalmente, la Corte Interamericana también señaló que "…la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, se encuentre suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" (CoIDH, Ricardo Canesse, Serie C No. 111: párrs. 82, 121 y 123; CoIDH OC-5/85).

Por lo tanto, el libre acceso a la información pública, garantizada como un derecho humano, se convierte en una precondición estructural de un régimen político democrático. Mientras mejor se encuentre garantizado el derecho y se respete su ejercicio, mayor es la densidad democrática que puede acreditarse de una sociedad.

Esto es así no por el simple aspecto procedimental, sino en buena medida por la utilidad que esto genera en la toma de decisiones, tanto en el terreno individual como en el colectivo. Si bien se ha desplazado la condición de acreditar interés jurídico como requisito para su ejercicio, no podemos ignorar que eso no implica la

inexistencia absoluta de un interés que motiva al titular del derecho para obrar y buscar la información; esa motivación, esa causa de pedir, no considerada como requisito de procedencia, es lo que vincula al derecho de acceso a la información con el ejercicio de otros derechos.

La primera vinculación que existe es con la motivación y razón de ser de la misma noción de constitucionalismo: el control del poder. En la medida en que las personas conocen la información que documenta la forma como se ejercen, o no, las facultades, atribuciones y competencias de los sujetos obligados, los titulares del derecho pueden hacerse una idea de la forma como concurren las actuaciones gubernamentales y, a partir de ahí, ejercer lo que se ha denominado como control social del gobierno, para evaluar la función gubernamental (Aguilar, 2015:29), lo que nos permite identificarlo como un instrumento de control del poder y como un derecho transversal que permite el mejor ejercicio de otros derechos (Villanueva, 2006:27).

Al respecto, la misma Corte Interamericana ha señalado que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso” (CoIDH, Claude Reyes y otros, Serie C. No. 151: 86).

Buscar y recibir determinada información lleva implícitos dos actos de selección de la persona: sobre qué voy a indagar y la decisión de indagar. Así como contiene una posible implicación, una vez que conozco la información puedo considerar, valorar y fijar mi opinión sobre la forma como se da cumplimiento a las funciones públicas encomendadas a los sujetos obligados; con ello, el derecho de acceso a la información no es, en sí mismo, un fin sino un medio indispensable de un proceso más amplio que, en este caso, permite hacer realidad la noción de control social, como una dimensión adicional y un poco más efectiva de la concepción tradicional de Estado limitado y controlado.

La misma Corte Interamericana señala las consecuencias que esto tiene en la configuración de gobiernos más responsables o efectivos en la atención de los fines que legalmente le han sido establecidos, al señalar lo siguiente: “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad” (CoIDH, Claude Reyes y otros, Serie C. No. 151: 87).

Se trata de un círculo virtuoso del régimen democrático. Tenemos, por un lado, a un conjunto de entidades gubernamentales a quienes les han sido conferidas legalmente diversas facultades, competencias o funciones, todas ellas como medios esenciales para garantizar determinados fines reconocidos como valiosos. A ello se suma la posibilidad de que las personas accedan a la información sobre el cumplimiento de esos fines, lo que permite que se generen una opinión

informada y que la expresen, contribuyendo a la generación de la opinión pública, lo que forma parte del control democrático de los asuntos públicos, puesto que una entidad sometida a esos mecanismos de control tratará de ser cada vez más transparente, mientras que sus integrantes procurarán actuar con mayor responsabilidad, lo que, desde luego, propicia mejores resultados en la atención de los asuntos públicos y puede despertar un mayor intereses de las personas por participar en estos procesos.

Si esto no fuera, por sí mismo, suficiente, deben considerarse otros aspectos que permiten apreciar la importancia de la información en el ámbito de la vida individual de las personas.

Esa noción del derecho, como la posibilidad de cuestionar e indagar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas, tiene claros efectos de utilidad como instrumento para investigar y reparar las violaciones cometidas a los derechos humanos. Sobre este tema, la misma Corte ha señalado que "…la Corte ha constatado que una de las limitaciones para avanzar en las investigaciones es la falta de acceso a la información contenida en archivos acerca de los operativos de contrainsurgencia, así como de las personas, unidades y estamentos militares que participaron en las operaciones en las cuales desaparecieron las víctimas del presente caso, incluyendo sus jerarquías, funciones y responsabilidades. Puesto que tal información es de vital importancia para avanzar en las investigaciones judiciales y del Ministerio Público y posibilitar la identificación e individualización de los responsables, la Corte considera pertinente reiterar al Estado que debe adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas pertinentes y adecuadas para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante

para la investigación en causas seguidas por violaciones de los derechos humanos durante el conflicto armado, medidas que deberá apoyar con las asignaciones presupuestarias adecuadas. Lo anterior implica que la Comisión Nacional de Búsqueda y el Ministerio Público, y cuando corresponda las autoridades judiciales, hagan uso de sus facultades a fin de ingresar a las instalaciones respectivas y, en su caso, inspeccionar los archivos correspondientes" (CoIDH, Caso Rochac Hernández y otros, Serie C. No, 285: párr. 209). En ese mismo sentido se pronunció en el Caso Contreras contra el Salvador (CoIDH, Caso Contreras y otros, Serie C. No, 232: párr. 212).

El acceso a la información adquiere la condición de componente de otros derechos reconocidos, entre ellos destaca el derecho de acceso a la justicia. En ese sentido, esa misma Corte Interamericana ha considerado que la publicidad y el acceso a la información relacionada con el ejercicio de otros derechos, como el de acceso a la justicia, forma parte de la configuración del derecho a un proceso judicial público ya que "La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros" (CoIDH, Caso Girón, Serie C No. 390: párr. 120). Con el reconocimiento del derecho de acceso a la información y su fuerte vinculación con el derecho a la justicia, se logra proscribir "la administración de justicia secreta, sometiéndola al escrutinio de las partes y del público, relacionándose con la necesidad de transparencia e imparcialidad de las decisiones tomadas. Siendo un medio que fomenta la confianza en los tribunales

de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros" (CoIDH, Caso J., Serie C No. 275: párr. 217 y CoIDH, Caso Palamara Iribarne, Serie C No. 135: párr. 168).

Y esa configuración del derecho de acceso a la información, como parte o componente de otros derechos, tiene claras consecuencias en el ámbito de la vida personal. Esto es esencial, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que garantizar el acceso a la información es una condición de gran relevancia "para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo con su propio plan de existencia" (CoIDH, Caso Poblete Vilches y otros, Serie C. No, 349: párr. 170).

En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU considera que el derecho a la salud cuenta con diferentes elementos esenciales e interrelacionados, entre los cuales se encuentra el de acceso a la información, considerando que "ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad" (Observación General No. 14 del Comité DESC). De igual forma se manifiesta sobre el derecho a la seguridad social que contaría con ciertos elementos fundamentales, entre ellos el de accesibilidad que incluye la cobertura, condiciones, asequibilidad y participación e información; esta última implicaría que "El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y trasparente" (Observación General No. 19 del Comité DESC).

Si bien estos pronunciamientos se relacionan con el derecho a la salud, es igualmente aplicable a cualquier otro derecho; en el caso del derecho a la educación, por ejemplo, acceder a la información pública disponible le puede permitir a las personas tomar decisiones informadas sobre qué estudiar, dónde y bajo qué modalidad y, finalmente, sobre su propio plan de existencia, de esta misma manera lo podríamos aplicar a cualquier otro derecho.

Podemos entonces considerar que el derecho de acceso a la información es un derecho de carácter instrumental (CoIDH, Caso Poblete Vilches y otros, Serie C. No, 349: párr. 160), que permite a sus titulares ejercer otros derechos humanos (a la salud, educación, seguridad social, libre desarrollo de su personalidad, entre otros), tomar decisiones, incluso sobre su plan de vida, condición esencial para el ejercicio de derechos como el de acceso a la justicia; instrumento para la reparación de violaciones graves de los derechos humanos y, esencialmente, se constituye como una precondición indispensable de un régimen político democrático ya que, en función de su grado de protección y cumplimiento, se aprecia la densidad democrática de una sociedad; por ello, la necesidad de que exista un sólido andamiaje jurídico para su eficaz garantía.

Capítulo Dos. Las garantías primarias del derecho.

2.1. La naturaleza jurídica de las garantías primarias.

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

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

Para iniciar esta parte del estudio debe quedar perfectamente claro esa concepción más amplia de lo que debe entenderse por garantías, concepto con el que se denominan las llamadas técnicas de tutela por Ferrajoli, que según Bobbio son necesarias para la satisfacción efectiva de los derechos y que la garantía de los derechos constituye el problema político más relevante; ya que “el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional (depende del) grado de efectividad primaria o al menos secundaria de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos” (Ferrajoli, 2013:94). Pero esa efectividad requiere, previamente, de la existencia de “un sistema de garantías –sustanciales (o primarias) y procesales (o secundarias)– de los derechos contra las ofensas indebidas y contra los castigos indebidos, y por lo tanto una técnica de minimización tanto de las primeras como de los segundos” (Ferrajoli, 2013: 629).

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto es así porque el constitucionalismo tradicional se había limitado a incorporar las cartas de derechos y, en tiempos más recientes, a saturar esas cartas con catálogos más amplios de derechos, habilitando al legislador ordinario a desarrollar los ordenamientos legales que regularía el marco de protección de dichos derechos, lo que Ferrajoli identifica como las garantías primarias e incluso como las secundarias.

En ese sentido podría explicarse que las obligaciones de garantía de los derechos, que la constitución impone a todas las autoridades deben atenderse *en el ámbito de sus competencias,* por lo que, en consecuencia, se entendería que los deberes se encuentran comprendidos en la legislación que les resulta aplicable. Se encuentra aquí un mandato directo al legislador para que, al emitir las normas jurídicas que definan competencias de las autoridades o relacionadas con los derechos humanos, defina obligaciones que permitan promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Hasta este momento todo parece consistente con la propuesta teórica que se emplea.

En el segundo enunciado del mismo párrafo constitucional, donde se encuentran establecidas las obligaciones de carácter procesal, estas obligaciones se atenderán *en los términos que establezca la ley.* Se aprecia una segunda habilitación al

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

Los dos enunciados del párrafo tercero establecen, a su vez, dos habilitaciones distintas al legislador democrático para, a través de la ley, definir el contenido de las obligaciones de todas las autoridades y de los deberes del Estado. Esto es, consistente con la realidad que Ferrajoli analizó, según se señaló en los párrafos anteriores de esta sección.

No obstante lo anterior, el movimiento constitucional viene modificando esas tendencias permanentemente, por ello es cada vez más frecuente que se proceda a integrar, además de esos listados de proclamas políticas, un conjunto de instrumentos de garantías incluidos en los propios textos constitucionales. Si bien esto había ocurrido ya en el pasado, pensemos en el artículo 123 constitucional sancionado en 1917, en realidad terminó por adquirir una inusitada intensidad durante las últimas décadas, especialmente bajo el influjo de los movimientos identificados como constitucionalismo popular, latinoamericano e, incluso, del propio neo constitucionalismo.

Por eso es que debe matizarse la propuesta de Ferrajoli en virtud de que, desde el párrafo primero del mismo artículo primero constitucional se habilita también al poder reformador de la constitución para reconocer en ella tanto los derechos como las garantías para su protección, que no se entienden solamente como deberes de legislar, sino también como esos deberes inmediatamente relacionados con los derechos e, incluso, con los procedimientos jurisdiccionales, en cuyo caso, tenemos a garantías primarias y secundarias dotadas de rango constitucional.

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

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

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

Es en el artículo sexto constitucional donde se define al derecho de acceso a la información, a sus titulares y a los titulares de la obligación jurídica que genera, norma que también precisa las obligaciones inmediatamente relacionadas con el derecho, las que pueden identificarse como sus garantías primarias, a saber:

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

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

2.3.1. La obligación de documentar.

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

No es por ello menor el interés que los comentaristas del artículo sexto han mostrado en la labor archivística, ya que *"(e)llo significa, en primer término, el reconocimiento pleno del Constituyente permanente de que un ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información supone la existencia de archivos administrativos actualizados y confiables. Más allá de lo anterior, implica una obligación implícita para los sujetos obligados de documentar sus actividades y de mantener esta información de manera que se permita su utilización y consulta de manera organizada"* (López, 2012: 673) ya que, como también se refiere *"en el derecho de acceso a la información el Estado tiene la obligación de poner a disposición del público los archivos y datos generados por sus órganos constitutivos"* (Villanueva, 2006: 23).

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

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

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

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

Coinciden con dichos criterios las opiniones de los especialistas en la materia, quienes han manifestado que *"…la gestión de los archivos puede ampliar o restringir el desarrollo de una ley de transparencia. Uno de los mayores obstáculos para el*

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

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

Para desarrollar con mayor detalle los procedimientos que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones constitucionalmente definidas, en la misma reforma constitucional de 2014, se mandató al Congreso de la Unión expedir tres leyes generales: la de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y la de Archivos.

Lo que ocurrió, siguiendo una ruta que respondió a las condiciones de emergencia social, al proceso de concertación política que caracterizó al sexenio anterior, pero no a una lógica de consolidación institucional. Así, en primer lugar, se expidió la Ley

General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en mayo de 2015; después, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada en enero de 2017; y, por último, la Ley General de Archivos, publicada el 15 de junio de 2018.

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

Algo similar ocurrió en materia de archivos. La carencia de rigor en el desempeño de las funciones administrativas; la falta de disposiciones jurídicas aplicables en estados como Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas, por ejemplo; y, la deficiente gestión documental, fueron causas de que en diversas solicitudes se negara el acceso a la información. También porque los plazos de las respuestas se extendieron injustificadamente a través de prórrogas porque no se localizó a tiempo la información y, en los casos más extremos que se relacionan directamente con esta obligación de documentar las acciones de los sujetos obligados, la información no se entregó porque supuestamente no existía, sin precisar si ello se debía a que no se generó en su momento o porque se hubiera extraviado.

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

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

Sobre el deber de documentar las decisiones de los sujetos obligados, se debe considerar lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley General en cuestión, que regulan el deber de documentar, la noción de presunción de existencia de la información y las consecuencias que de ello se derivan, acompañados de los artículos 138 y 139, que definen las medidas para investigar y sancionar las inexistencias injustificadas de información, como consecuencia de diversas causas, una de las cuales corresponde al hecho de no haber documentado las decisiones adoptadas, y otra al de no haber documentado, debido a no haber ejercido las facultades, competencias o funciones.

Como se aprecia, en el artículo sexto constitucional se estableció el deber de los sujetos obligados de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, por lo que se habilitó al legislador para

precisar en la ley los supuestos de procedencia de la declaratoria de inexistencia. Ese mismo mandato se refrendó en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, mediante el artículo 18.

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

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

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

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

Otro aspecto común, si bien en el caso de la legislación de archivo se contenga en una referencia bastante parca (con independencia de su soporte documental) y que tiene un mayor desarrollo en la legislación de acceso a la información (podrán estar

en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, electrónico, informático u holográfico), consiste en el soporte de la información lo que tiene también una gran repercusión y pretende adaptarse a la realidad tecnológica actual. Los documentos no responden a la concepción tradicional de documentos escritos o impresos, sino que también incluyen a los electrónicos, y no son solamente aquellos que se componen por un conjunto de caracteres escritos alfanuméricamente e inmóviles, incluyen también a la imagen en su modalidad fija o en movimiento y a los sonidos, lo que amplía considerablemente las fuentes de acceso público que gestionan los sujetos obligados, e integra los novedosos espacios de almacenamiento y las fuentes mismas, pasando de los anaqueles y del papel, no sólo a las computadoras, incluso a los teléfonos mismos y alude a los correos electrónicos, a las publicaciones en redes sociales y a los mensajes instantáneos.

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

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

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

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

El artículo 138 de la Ley General previamente aludida, establece diversos supuestos al alcance del Comité de Transparencia del sujeto obligado en cuestión. Pero, por el momento, me centro en lo que establece su fracción III: “Ordenará, siempre que sea materialmente posible, que se genere… la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades,

competencias o funciones o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de manera fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia".

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

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

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

implica iniciar ahora un proceso de impugnación de la respuesta por su posible violación al derecho.

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

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

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

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

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

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

Como refieren algunos autores, uno de los riesgos más importantes que debilita la protección del derecho de acceso a la información, es el intento deliberado de las autoridades por no documentar las decisiones que adoptan en el ejercicio de sus funciones, facultades y competencias (Peschard, 2017: 269). Esto se puede ejemplificar con dos casos ocurridos en el Estado de México.

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

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

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

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

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

Ante este hecho, alguna persona, quizá agraviada o inquieta por tal decisión, decidió investigar quién había ordenado la renta de ese material, a quién se le había

comprado y cuánto había costado, requiriendo además las facturas respectivas. La respuesta, confirmada desgraciadamente por el órgano garante consistió en que no existía información al respecto (3357/INFOEM/IP/RR/2016). A pesar de que los servidores públicos realizaron acciones para ejercer facultades legalmente establecidas, no obstante que se utilizaron recursos públicos para rentar el pasto sintético, no se documentaron tales acciones y, cuando se pretendió ejercer el derecho, fue prácticamente imposible.

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

No podemos ignorar que los riesgos que enfrenta el derecho de acceso a la información, y con él la necesidad de que las personas cuenten con instrumentos eficaces para someter a control los actos de los agentes públicos, no van a desaparecer y, por más que esa materia avanza, persisten los intentos de la

autoridad para eludir sus obligaciones. Lo anterior ya lo habían señalado antes diversos autores (Alasdair, 2009:197). Que esta tendencia se detenga y se revierta depende de que las garantías primarias sean realmente efectivas, en la medida en que prevalezca un régimen de reparación pronto, expedito y adecuado, al que me referiré más adelante.

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

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

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

Partamos de una idea. La sociedad actual es una sociedad cada vez más compleja, en su organización, en sus procedimientos y en su funcionamiento. Uno de los factores que inciden en esta significativa complejidad consiste en el vertiginoso desarrollo tecnológico que hoy consolida a la sociedad como una sociedad de la información. La revolución de la internet y los niveles de conectividad son significativos. En México, se reportaron cifras para 2019 que sitúan en 80.6 millones los usuarios de la internet, el 70.1% de la población (SCT, 2020). La existencia de una infraestructura tan poderosa para compartir información obliga al mercado a desarrollar y favorecer el acceso a equipos capaces de crear, difundir, reproducir, la información que circula. Al cierre del segundo trimestre de 2017, en México existían 112.8 millones de líneas telefónicas móviles, 85% de las cuales utilizaban teléfonos inteligentes (López Dóriga, 2017).

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

Esto ha transformado tanto a nuestras sociedades que provocó, regresando a un ejemplo ya aludido, que el mismo Papa Francisco I, en alguna homilía, llamara a la feligresía a levantar sus corazones en lugar de los celulares (Doug y Gallagher, 2017), porque los asistentes a la misa estaban grabando y transmitiendo dicho acontecimiento a personas que no estaban necesariamente en ese mismo lugar y que podrían acceder a la información en ese instante o en cualquier otro momento. El desarrollo tecnológico rompió así la dimensión espacial y temporal que los medios masivos de comunicación tradicionales habían logrado; pero, también hizo añicos el monopolio de la comunicación que detentaron, durante varias décadas, los propietarios de los medios tradicionales de comunicación ya que, en la actualidad, las funciones de emisor masivo de información son accesibles casi para cualquier persona, sin necesidad de grandes requerimientos de tecnología, sólo basta con que cuente con un aparato telefónico “inteligente” y con acceso a la internet.

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

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

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

Debe recordarse que los estudiantes se habían dado a la tarea de tomar camiones para trasladarse a actos de protesta próximos a la fecha indicada; al parecer, uno de esos autobuses contenía oculta, sin que fuera de su conocimiento, droga. De ahí la virulenta y desproporcionada reacción del crimen organizado y el uso de las fuerzas policiacas, sometidas al control de esos grupos.

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

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

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

Cierto es que no en todos los casos es posible documentar los actos de poder y que sigue prevaleciendo la pretensión de los servidores públicos involucrados por impedirlo. En el ejemplo de Ayotzinapa aún faltan piezas centrales para reconstruir la verdad y resolver el caso; cierto es que aún existen algunos márgenes para que

los funcionarios no documenten todas las decisiones que adoptan y las acciones que ejecutan. Pero es aquí donde las medidas de reparación deben de hacerse valer para asegurar la efectividad de las garantías primarias.

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

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

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

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

> *Artículo 73. ... I. a XXIX-R. ...*
> *XXIX-S. …*
>
> *XXIX-T. Para expedir la ley general que establezca la organización y administración homogénea de los archivos en los órdenes federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, que determine las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos.*

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

De ese decreto ha derivado la idea generalmente compartida de la existencia de tres pilares esenciales en la materia: Los derechos de acceso a la información pública, de protección de los datos personales y el de gestión documental. De la

estrecha vinculación de estos tres campos de la reforma, se configura un espacio de presupuestos básicos para la existencia común de los derechos, la definición de límites y fronteras, las tensiones y formas de su solución.

El proceso seguido en otros países para implementar las políticas de transparencia y apertura de la información ha destacado la necesidad de consolidar los presupuestos necesarios para garantizar la efectividad de estas acciones. *"No es casual que en el Reino Unido se haya aprobado la Ley de Transparencia en el año 2000 y que el legislador estableciera una vacatio legis de cinco años, a fin de dar tiempo para que las dependencias gubernamentales se dieran a la tarea de ordenar y preparar los archivos públicos y sólo después estar en condiciones de ofrecerlos para el conocimiento de las personas. Por esta razón, no fue sino hasta 2005 cuando la Comisión de Transparencia empezó a atender solicitudes de información pública de parte de particulares" (Peschard, 2017: 246).*

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

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

La falta de una regulación homogénea en el país, así como la heterogeneidad de legislación, fue el contexto del arranque del nuevo diseño legal de tutela del derecho de acceso a la información. Una muestra de este segundo aspecto consiste en el

espectro existente de regulación en materia de archivo al arranque del proceso de tutela del derecho que estudiamos. Consideremos que, para 2016, cuatro estados carecían de legislación local en la materia (Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas); dos estados contaban con legislación aprobada antes de 1990 (Estado de México y Yucatán); cuatro con normas expedidas entre 1990 y 1999 (Baja California Sur, Chiapas, Jalisco y Veracruz); trece entidades con legislación emitida entre 2000 y 2009 (Baja California, el en ese entonces Distrito Federal, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo y Tabasco); y, nueve entidades con leyes aprobadas en la última década (Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Nayarit, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas) (Inai, 2019: 33-36).

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

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

las unidades de transparencia entregaron información que debió analizarse para proteger los datos personales, o simplemente ya no alcanzaron a responder la solicitud. En los casos más extremos, la información no se entregó porque no se localizó, ya sea porque no se generó, porque se generó, pero fue sustraída o destruida, porque se extravió o, en el extremo más grave, porque a pesar de que se encontró se negó indebidamente su existencia" (Luna, 2019: 254).

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

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

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

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

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

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

En la sección anterior de este capítulo, hice referencia al artículo 138 y señalé que permite establecer las acciones que el comité de Transparencia puede emprender ante la ausencia de la información solicitada. En aquella parte me referí a los supuestos relacionados con la no generación de la información, ahora procedo a analizar los supuestos relacionados con la no localización de la información, que son consecuencia del incumplimiento de la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

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

En casos como estos, nos encontramos ante una respuesta que no permite garantizar el derecho de acceso a la información como consecuencia de no cumplir con el deber de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados; entendiendo que un archivo actualizado es un conjunto de documentos producidos, clasificados, organizados, ordenados, controlados, descritos y administrados por diversas unidades de archivo, según el ciclo vital de los documentos; pero, respuestas vagas y genéricas como la señalada en el párrafo anterior son sólo una modalidad distinta de vulneración del derecho, ya que la aplicación del supuesto jurídico que establece en artículo 131 de la Ley General de Transparencia, cuando la información no se localice, implica observar también lo dispuesto en el artículo 138, así como lo señalado en el artículo 139.

En primer lugar, la unidad de transparencia debe de acudir ante el Comité de Transparencia para informar que, en un cierto caso, no se encuentra la información solicitada. Antes de continuar vale la pena anotar que la Ley General de Transparencia no define quiénes deben integrar el Comité de cada sujeto obligado, lo que sí hace, por ejemplo, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Pública del Estado de México que, en su artículo 46 precisa que se integra con el Titular de la Unidad de Transparencia, con el responsable del área coordinadora de archivo y con el titular del órgano interno de control. Esta composición, en cuanto hace al responsable del área coordinadora de archivo, es esencial para realizar las acciones que explico ahora en aquellos casos en los que no se encuentra la información solicitada y cuya existencia se presume por relacionarse con facultades, competencias o funciones del sujeto obligado.

Como lo refiere el artículo 138 fracción I de la Ley General, cuando la información no se encuentre en los archivos, lo primero que hay que hacer es, precisamente, analizar el caso y tomar las medidas necesarias para localizar esa información. En ocasiones las respuestas que niegan la información no son consecuencia de que no exista la información, como analizamos en el caso de la anterior garantía, sino simplemente porque no se localiza; ya sea porque la búsqueda fue deficiente, porque se requiere la información a las áreas administrativas que tienen las atribuciones para generarla, pero éstas sólo buscan la información en sus archivos de trámite; por la falta de inventarios de transferencia; y, por la omisión de requerir la búsqueda de la información al archivo de concentración. El no realizar estos procedimientos, en buena medida porque no se observan los procedimientos que derivan del modelo de gestión documental que define la Ley General de Archivos, provoca que se opte por la emisión de respuestas que son más sencillas de emitir, pero que no cumplen con el criterio de exhaustividad. Insisto, como consecuencia de la carencia de los instrumentos de control y descripción archivística o, en términos más generales, por la carencia del conocimiento más básico sobre los procedimientos de archivo.

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

Pero a pesar de este supuesto, puede ser posible y puede haber indicios de que las facultades, competencias o funciones se ejercieron y de que la información, en efecto, fue generada en su momento, pero por diversas razones ya no se encuentra en posesión del sujeto obligado; esto puede ser así porque aquel funcionario que la generó se la llevó consigo cuando concluyó su cargo o bien porque decidió destruirla; porque la información quizá se quedó bajo resguardo del sujeto obligado pero, en algún momento, la falta de cuidado y pericia provocó que se perdiera, extraviara, desorganizara o destruyera indebidamente y al momento de atender la solicitud de acceso a la información no se cuente con ella.

En estos casos el mismo artículo 138, pero en su fracción segunda, determina la necesidad de que el Comité de Transparencia expida una resolución que confirme la inexistencia del documento, lo que implica que, según la fracción III, se ordene, “siempre que sea materialmente posible, que se… reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de facultades, competencias o funciones…”. Esta disposición es de gran relevancia. La carencia de la información requerida, y que tuviera que existir por relacionarse con las atribuciones legales del sujeto obligado, representa una violación al derecho de acceso a la información; razón por la cual la norma jurídica dispone que, antes de

responderle al titular del derecho que no existe la información, se abra este espacio para tratar, como lo ocurrido en el caso del deber de generarla, ahora de reponerla; en tanto que la atribución sí se ejerció y sí se documentó, pero se extravió porque no se resguardó en un archivo administrativo actualizado. Si fuera posible reponer esa información, el derecho no se vería afectado.

Pero resulta muy importante destacar algunos aspectos. En primer lugar, la supuesta búsqueda exhaustiva y razonable que realizan los responsables de las áreas que deberían de contar con la información, en razón de sus atribuciones legales, requiere de la subsecuente confirmación por parte del Comité de Transparencia, ya sea para que éste adopte medidas que permitan localizar la información, para que ordene la reposición de la información ausente o, en el extremo, para declarar la resolución de inexistencia que no es una simple declaración, sino que debe observar los requisitos establecidos en el artículo 139 de la misma Ley General de Transparencia. Esto es, debe contener "los elementos mínimos que permitan al solicitante tener la certeza de que se utilizó un criterio de búsqueda exhaustivo" y no las simples declaraciones formales de que se realizó "una búsqueda exhaustiva y razonable"; además, el artículo 139 señala que la resolución de inexistencia debe "señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia en cuestión y señalará al servidor público responsable de contar con la misma", condición esencial para proceder a la consecuencia de la emisión de una resolución de inexistencia, definida en la fracción IV del citado artículo 138, consistente en la necesaria notificación al órgano interno de control para iniciar el procedimiento de responsabilidades administrativas que corresponda.

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

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

Como es de amplio conocimiento, el párrafo tercero del artículo primero constitucional establece la obligación del Estado mexicano de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Cuando las acciones de los sujetos obligados, en ejercicio de las facultades, competencias o funciones

no es debidamente documentada, o cuando sí se documentó, pero el registro documental no se localiza, por las diversas razones injustificadas que se han señalado antes, el ejercicio del derecho de acceso a la información se ve afectado y eso puede provocar su violación. Las fracciones I y III del artículo 138 pretenden reparar preventivamente la posible violación, mientras que las fracciones II y IV de ese artículo y el 139 establecen el inicio del procedimiento para sancionar a los responsables de esos hechos.

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

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

los documentos, que se define en el artículo 4 fracción XIV de la misma ley como “las etapas por las que atraviesan los documentos de archivo desde su producción o recepción hasta su baja documental o transferencia a un archivo histórico”.

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

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

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

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

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

Durante la Segunda Sesión de Extraordinaria del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia (SNT), celebrada el trece de abril de dos mil dieciséis,

se presentó, discutió y –posteriormente– se aprobó, el Dictamen que emitió la Comisión de Archivos y Gestión Documental (CAGD), sobre los Lineamientos para la Organización y Conservación de los Archivos (LOCA), aprobados mediante el acuerdo CONAIP/SNT/ACUERDO/EXT13/04/2016-03.

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

Con esta decisión, el Sistema Nacional de Transparencia emitió un conjunto de disposiciones de carácter reglamentario que perfilaron los procedimientos básicos que deberían realizar todos los sujetos obligados para implementar el modelo de gestión documental; condición esencial para cumplir con los mandatos contenidos en el artículo sexto constitucional: el deber de los sujetos obligados de documentar todos los actos que realicen en el ejercicio de facultades, competencias o funciones y el de resguardar los documentos resultantes en archivos administrativos actualizados; de tal forma que los lineamientos integraron la regulación aplicable para todos los sujetos obligados en la materia en el lapso que transcurre entre la expedición y entrada en vigor de las Leyes Generales de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la de Archivos.

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

- El segundo, que dispone de un plazo máximo de 12 meses, posteriores a la publicación de los Lineamientos, para la implementación del Sistema Institucional de Archivos;

- El tercero, que determina un plazo de 24 meses, posteriores a su publicación, para la instrumentación del Sistema de Administración de Archivos y Gestión Documental;

- El cuarto, dirigido a los sujetos obligados que no cuenten con los responsables de áreas, instancias y unidades del Sistema Institucional de Archivos y que deberían designarlos, a más tardar en 30 días posteriores a su entrada en vigor;

- El quinto, para elaborar los Instrumentos de Control y Consulta Archivísticos, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor.

- El sexto, para que, a partir de la entrada en vigor de los lineamientos, los sujetos obligados establezcan el Programa Anual de Desarrollo Archivístico para el ejercicio 2017;

- El séptimo, para que los sujetos obligados cuenten con un Grupo Interdisciplinario, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor;

- El octavo, para que los sujetos obligados establecieran Políticas de Gestión Documental electrónica, guarda y custodia de protección de datos, a más tardar a los 12 meses posteriores a su entrada en vigor; y,

- El noveno, para que los sujetos obligados establecieran un Programa de Preservación Digital, a más tardar a los 18 meses posteriores a su entrada en vigor.

Atendiendo esos periodos de transitoriedad, los sujetos obligados contaban con un plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de los Lineamientos, para su completa implementación; razón por la que, a más tardar el 05 de mayo de 2018, todos ellos debieron de estar ejecutando el proceso de gestión documental básico e indispensable para asegurar la adecuada tutela del derecho de acceso a la información a partir del cumplimiento de sus dos garantías primarias iniciales: el deber de documentar sus decisiones y la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

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

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

Y este conjunto de sujetos obligados fue, precisamente, una de las aportaciones de la reforma constitucional de 2014 ya que, como referí antes, mediante dicha reforma se incorporaron figuras ajenas al conjunto de las instituciones gubernamentales, pero que forman parte del entorno público, particularmente, los partidos políticos, los sindicatos y personas morales y físicas que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad.

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

1) Por un lado, los sujetos obligados gubernamentales de carácter federal, regulados, en ese momento, por la Ley Federal de Archivos;
2) Los partidos políticos nacionales, a quienes se aplicaba el Reglamento del, en ese entonces, Instituto Federal Electoral en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como los Lineamientos Generales para la Organización y Conservación de los Archivos de los Partidos Políticos Nacionales responsables en Materia de Transparencia ante el, en ese entonces, Instituto Federal Electoral;

3) Los sujetos obligados de carácter estatal y municipal de aquellas entidades que contaban con legislación local en la materia;
4) Los sujetos obligados de carácter estatal y municipal de Durango, Nuevo León, Sinaloa y Tamaulipas, a los que les resultaría aplicable sólo la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicos, Artísticos e Históricos por carecer de legislación local en materia de archivo,
5) Así como los sindicatos y personas físicas y morales que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad, que no se encontraban regulados por legislación especializada en la materia.

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

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

Con la expedición y entrada en vigor de la Ley General de Archivos, y con la conclusión del proceso de armonización de la legislación local en la materia, el círculo esta completo y los sujetos obligados deberán de contar con todo un conjunto de procedimientos e instrumentos administrativos que aseguren la integridad de los acervos documentales, condición esencial para garantizar el derecho de acceso a la información pública. Si entendemos a los archivos bajo "su definición conceptual, como conjunto orgánico y organizado de información…(e)n su definición espacial, como lugar físico, esto es, como depósito del archivo… (e)n su definición institucional, como estructura orgánica formalmente establecida; o sea, como entidad especializada que brinda servicios técnicos a diversos usuarios institucionales y sociales de conformidad con el ciclo vital de los documentos" (Ramírez, 2016, 1 :63).

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

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

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

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

Recordemos que la vida útil de los archivos consiste en tres etapas: activa, semiactiva e inactiva. Etapas que se asocian a su permanencia en distintas unidades administrativas. Mientras la información es útil y se emplea con frecuencia para atender los asuntos encomendados a los sujetos obligados, ésta se administra directamente por los agentes gubernamentales que la van generando; por eso, en cada unidad administrativa se administra y gestiona el archivo de trámite. Cuando

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

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

Los archivos se encuentran vinculados con el ejercicio del poder desde los umbrales mismos de las sociedades. Numerosos son los testimonios del aprecio que las primeras civilizaciones guardaban a los registros; a tal grado que su administración era una más de las funciones de altos cargos de los antiguos reinos e imperios; su resguardo y depósito se localizaba en los recintos o palacios mismos donde se asentaban los gobernantes (Cruz, 2009: 18 y 19).

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

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

El surgimiento del Estado moderno mismo se acompañó del establecimiento de acervos documentales bajo control del poder político. La concentración sustituyó a la dispersión, pero la existencia, concentrada también subordinó su dominio y acceso a los intereses del príncipe (Dávila, 2010, 72). Los archivos se constituyeron entonces como fuente legitimadora del Estado y del poder político, en su etapa

temprana, bajo la noción de un gobierno autoritario y despótico, indispensable para asegurar la centralidad del poder político frente a sus viejos adversarios (Gómez, 2017: 14). Y esto fue así hasta que permearon los ideales del Estado democrático, representativo, que colocó al ciudadano como el protagonista de los asuntos ahora reconocidos como públicos (Gómez, 2017: 17).

El siglo XIX discurriría entre el paso de esos gobiernos representativos y su adaptación con las formas monárquicas de gobierno, con un elemento constante: la evolución hacia aparatos gubernamentales depositados y concentrados en un nuevo agente: la burocracia, que entre sus distintos insumos echaría mano de documentos escritos (Weber, 2001: 6). La visión positivista de las ciencias y su aplicación en el derecho y en la administración pública, fortaleció a esa corporación de administradores en Estados que comenzaron a trabajar como sincronizados mecanismos de procesos complejos para la resolución de los asuntos administrativos y de poder en los imperios coloniales. Durante esta etapa, una vez más, los registros documentales depositados en archivos demostraron su utilidad para la conducción de los asuntos de gobierno (Cruz, 2019: 39). De nueva cuenta, la información fue de uso preponderantemente de dichos agentes del Estado, cuánto más cuando esa información registraba las decisiones adoptadas bajo la noción de la razón de Estado (Eiff, 2018: 49).

El siglo XX se caracterizó por la consolidación del modelo político democrático y liberal, así como por la revolucionada expansión de los aparatos administrativos, que vieron incrementarse exponencialmente sus funciones, su complejidad y los recursos por ellos ejercidos. De la mano de estos fenómenos, el desarrollo de la burocracia política francamente se expandió a dimensiones insospechadas para los viejos liberales y, en su seno se consolidó una idea: los sistemas cerrados cuya

operación interior se encontraba vedada al observador externo, operación que requería el dominio y control absoluto sobre la información, la fuente del propio poder.

Al amparo de ese axioma, las complejas burocracias incrementaron las necesidades de información, económica, política, social (Cruz, 2019: 43); y, con no poca frecuencia, incluso de carácter estrictamente confidencial (Mejía, 2017: 147 y 148), monopolizaron el uso de la información que generaban y poseían, asentada en documentos, la que no siempre se compartía voluntaria, expedita o pacíficamente con los gobernados, incluso con otras estructuras de la administración pública y, en no pocas ocasiones, se prefería perderla antes que compartirla (Nava, 2015: 135).

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

El avance experimentado en las últimas décadas en la lucha por la transparencia y el acceso a la información pública enfrenta, sin embargo, un grave problema que disminuye su efectividad. El régimen de apertura no sólo ha develado conductas gubernamentales reprochables, excesos, deficiencias y auténticos horrores en el ejercicio del poder y en la aplicación de los recursos públicos. Permite también apreciar diversas debilidades estructurales de los aparatos gubernamentales; una

de ellas es el estado de abandono en el que se encuentra la mayor parte de las unidades de archivo de trámite, los archivos de concentración e, incluso, algunos archivos históricos (Aguilera, 2017:63).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De ahí la necesaria importancia que debe asignarse a estas dos primeras garantías primarias del derecho de acceso a la información pública, ambas de relevancia constitucional, al estar establecidas en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que define el deber de los sujetos obligados de documentar todo aquello que lleven a cabo en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones y la obligación de resguardar los documentos en archivos administrativos actualizados.

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

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

El cumplimiento de los aspectos enunciados permitiría que se generen los registros de toda actuación de los servidores públicos, que se preserven clasificados, ordenados, controlados, descritos e íntegros, para que, al proceder a la apertura de la información, una sociedad debidamente informada pueda ejercer su derecho a la libertad de expresión, al igual que verificar si las autoridades se encuentran

cumpliendo con sus obligaciones o, en su caso, se inicien, con mayor efectividad, los procedimientos de control existentes, lo que sólo es posible si se garantiza plenamente el derecho de acceso a la información pública.

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

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

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

2.3.3.1. La transparencia como política pública, no como derecho.

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

En primer lugar, la condición de los titulares del derecho de acceso a la información es "universal para todos los ciudadanos… para afirmar la igualdad de los ciudadanos ante la ley" (Merino, 2006:128); a diferencia de la política de transparencia que "debe responder a las características propias de los gobiernos… exige un proceso de adaptación diferenciado entre los gobiernos que componen la Federación, dadas las condiciones organizacionales propias de cada uno" (Merino, 2006: 128).

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

Para abundar en este criterio es necesario considerar que, según estos autores, “…las organizaciones gubernamentales constituyen el campo específico de implementación de la transparencia. Es decir, la transparencia no se practica en abstracto sino en las estructuras, procesos, rutinas, prácticas y funciones específicas de cada una de ellas. La segunda (implicación) es la necesidad de reconocer la complejidad y diversidad de las organizaciones gubernamentales y por ello la existencia de políticas distintas pero congruentes, con proceso y prácticas heterogéneas que tengan justamente la capacidad de llevar a cada organización a resultados más o menos homogéneos” (López, 2017: 289). E insisten en esta misma idea: “El despliegue de las políticas públicas de transparencia es una labor compleja que debe atender las especificidades de cada organización (no es lo mismo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que un municipio de Oaxaca, como tampoco lo es una empresa productiva del Estado respecto de un gobierno estatal). Se requiere por ello un despliegue gradual, diferenciado, programado y verificable que permita avanzar en una ruta que permita la adaptación de las organizaciones al nuevo entorno normativo y asegure que la política cumple sus objetivos sustantivos y no meramente procedimentales” (López, 2017: 294).

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

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

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

Un cuarto elemento se refiere a las características de la política de transparencia asociada al diseño de políticas públicas; por lo tanto, debe permitir racionalizar el proceso administrativo al seleccionar y realizar una definición democrática de problemas, definir criterios de evaluación, indicadores de resultados y la evaluación de su ejecución (Merino 2006: 148-153). La transparencia también sería “una serie de principios, normas, criterios y transformar estos flujos —subproductos de la acción organizada— (de información gubernamental) en información pública” (López, 2017: 288).

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

El quinto elemento por considerar consiste en la definición de los servidores públicos responsables de su cumplimiento. Para estos autores, “La política de transparencia

no se agota en la formación de una oficina o de un órgano responsable de otorgar información solicitada por las personas, sino que exige modificaciones mucho más amplias en la forma en que los gobiernos adoptan la gestión pública" (Merino, 2006:155).

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

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

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

en la consideración de las obligaciones de transparencia como una más de las garantías primarias del derecho de acceso a la información.

a) Sus antecedentes jurídicos.

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

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

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

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

b) Definición.

Procedamos ahora a analizar la definición de la transparencia. Como se señaló antes, Merino considera que "se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por el Estado para darle contenido a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión en la agenda gubernamental". Mientras que López Ayllón considera que es "una cualidad aplicable a los flujos de información que constituyen las herramientas a través de las cuales identificamos, conocemos, entendemos y evaluamos la acción gubernamental, tanto de individuos como de grupos y organizaciones". Analicemos con cuidado estas ideas. ¿Qué son las decisiones y las acciones gubernamentales? El texto actual del artículo sexto lo define con precisión: el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas de los sujetos obligados. El marco normativo determina el conjunto de acciones que deben ejercer las instancias gubernamentales para cumplir con los requerimientos que derivan directamente de mandatos legales concretos: aprobar en determinada fecha el plan de desarrollo, el presupuesto de egresos, presentar la

cuenta pública, entre otros; o como consecuencia de lo requerido o solicitado por los particulares, al amparo también de otras disposiciones jurídicas, por ejemplo, pavimentar una calle, expedir una licencia de construcción o bien, otorgar un beneficio social.

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

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

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

c) De las condiciones del obligado a transparentar la información.

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

como la forma como lo hace, ya sea que las facultades, competencias o funciones de carácter sustantivo, sean más o menos complejas o según el margen de la capacidad administrativa del ente.

Entonces, la complejidad del sujeto obligado, sus formas de organización influyen en el catálogo de la información que poseen, incluso en su contenido, pero esas diferencias no nos permiten generar una diferenciación en la condición básica de la información que producen: su condición de pública y su valoración como insumo para someter a escrutinio la actuación de los agentes gubernamentales. En todo caso, esas diferencias tendrán consecuencias en la cantidad de información disponible, en los formatos empleados para su registro, en la forma como la información se expone y en el grado de interés público para acceder a la información. Por eso es por lo que, entonces, no puedo coincidir en la propuesta que estos autores formulan al expresar que, cuando nos referimos al derecho de acceso a la información y a la transparencia, estemos tratando con dos categorías conceptuales distintas en un mismo nivel de abstracción.

En este sentido, los autores insisten en la diferencia de las políticas de transparencia como consecuencia de características y condiciones organizacionales diversas que exige una adaptación distinta, para cumplir con este deber y la uniformidad que exige el derecho de acceso a la información. Sobre este aspecto conviene precisar las categorías que recién incorporé en el análisis. En primer lugar, todos los sujetos obligados tienen facultades, competencias o funciones que archivísticamente se denomina como comunes; por ejemplo, administrar sus recursos humanos y materiales, financieros, para controlar sus inventarios de bienes, etc., por su parte, según su naturaleza jurídica, los sujetos obligados tienen facultades, competencias o funciones sustantivas, las que ejercen exclusivamente ese tipo de sujetos

obligados y que se relacionan directamente con la finalidad para la cual fueron creadas tales instituciones. Es evidente que no todos los sujetos obligados poseen la misma información, todos pueden poseer información relacionada con esas funciones comunes, pero cada uno de ellos posee información sobre sus funciones sustantivas. Por lo tanto, el tipo de información que se les puede requerir, o el tipo de información que pueden proporcionar de oficio, se relaciona directamente con estas facultades, competencias o funciones legalmente establecidas que les corresponden.

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

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

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

Pensemos también en municipios que, sin ser de usos y costumbres, carecen de infraestructura tecnológica para cumplir con estas obligaciones. Pero, así como en estos municipios es más complicado publicar información en las plataformas tecnológicas y cumplir con sus obligaciones de transparencia, también lo es atender, a través de las plataformas tecnológicas, las solicitudes de acceso a la información, y también será mayor el tiempo que ocurra entre la detención de una persona que comete un delito y su presentación ante el Ministerio Público, por pensar en la garantía de otro derecho humano. Pero esas condiciones que diferencian la forma como se cumplen las obligaciones inherentes a los derechos humanos no propicia que esas obligaciones sean algo distinto a las garantías propias de los derechos humanos.

Lo único que muestran es que existe un espectro de efectividad de las garantías, como consecuencia de las condiciones de los sujetos de las obligaciones que los derechos humanos generan. Una vez más, la diferencia deriva de la naturaleza del sujeto obligado, de sus características y no de que se trate de una solicitud de acceso a la información o una obligación de transparencia.

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

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

La forma de solucionarlo es más que sencilla, conviene preguntarnos ¿quién posee la información? Los sujetos obligados, ellos la generan, la poseen puesto que la emplean como insumos de sus procedimientos o la generan al desarrollarlos; todo ello en cumplimiento de las facultades, competencias o funciones que legalmente les han sido establecidas. Ellos, de suyo, la conocen, la utilizan, la emplean. ¿Quién no posee la información? Todas las personas ajenas a los sujetos obligados o a las áreas administrativas que poseen la información.

Si tenemos entonces, por un lado, a todas las personas que no poseen la información, ya sea porque son ajenas a los sujetos obligados o a las áreas administrativas que la poseen y, por otro lado, a los sujetos obligados y a sus áreas que sí poseen la información, podremos apreciar que el derecho de acceso a la información viene a establecer el poder de las personas que carecen de la información para buscar y recibir la información de aquel que la posee. Con esto

sólo me estoy refiriendo al derecho, al titular del derecho, así como al titular de la obligación que el derecho genera, para apreciar que se trata de la misma persona, la que carece de información y la busca y debe recibirla, ya sea porque se encuentre publicada de oficio, como una obligación de transparencia, o la reciba luego de presentar su solicitud de acceso a la información.

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

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

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

e) Sus efectos en la función pública.

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

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

Pero estos autores se refieren más bien a las diferencias en el contenido de la información. No es lo mismo el proceso de adjudicación en un municipio con un presupuesto de más de mil millones de pesos que aquel en el que apenas si se compra la papelería necesaria para funcionar, o aquel en el que no se puede comprar nada. Pero una vez más se confunde el contenido de la información con el deber de informar.

El acceso a la información, ya sea por vía de una solicitud de acceso a la información o porque se haya publicado previamente, consiste en el acceso a la información tal y como obre en los archivos, tal como exista y como se haya generado. El acceso a esa información permitirá apreciar la forma como el sujeto obligado cumple con sus funciones.

Ya sea que estos autores se refieran a las diferentes vías para acceder a la información que se transparenta, o al contenido diverso de la información, eso deriva de las condiciones estructurales del sujeto obligado y no a las diferencias entre el acceso a la información y la política de transparencia.

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

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

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

las personas para no incriminarse, etc. Todas estas parecen conductas aisladas de un servidor público frente al titular de un derecho.

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

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

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

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

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

Las políticas públicas no pueden entenderse como meros procedimientos internos de las instituciones públicas, vinculadas solamente a su funcionalidad dotándola de racionalidad, organización, control y mejoría, como insumos de uso exclusivamente de los agentes gubernamentales. Las políticas públicas sirven para todo eso, pero con una finalidad última procurar que las instituciones cumplan de una mejor manera

los fines para los cuales fueron diseñadas, todos los cuales, finalmente, se relacionan con la preservación de los derechos de las personas. Más aún, todas no son sino la realización de acciones en el cumplimiento de las facultades, competencias o funciones; acciones que deben documentarse y que son sujetas al derecho de acceso a la información pública. Así, por ejemplo, una política pública, pensaríamos netamente interna de una institución, como la contención del gasto y el control salarial, repercute en el fortalecimiento de las capacidades de operación del Estado, si los ingresos que resultan de su ejecución se canalizan a fines vinculados con la atención de las demandas de las personas; o bien, pueden propiciar el indebido ejercicio de los recursos públicos y el incumplimiento de los mandatos legales que sujetan a los servidores públicos lo que, desde luego, es materia del derecho de acceso a la información pública.

Lo mismo si pensamos en una política pública como la introducción de nuevas tecnologías y digitalización de los procedimientos de una institución puede repercutir en un mejor funcionamiento interno que permita conseguir mejores resultados en las acciones sustantivas asignadas.

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

El ejercicio de los derechos no puede concebirse limitado al instante mismo en que el titular de ese derecho se ve en la necesidad de ejercerlo. Pensemos en el derecho a la seguridad de las personas. Cualquier persona desearía, ese sería el ideal, nunca tener que requerir el auxilio de los integrantes de las instituciones policiales del Estado para protegerse de la conducta de otra persona que amenaza su propia seguridad.

En las sociedades donde esto es así, pensaríamos utópicamente que la condición pacífica y civilizada de sus integrantes es lo que propicia que sean muy pocas las personas que requieran las prestaciones directas, el auxilio policiaco, que garanticen su derecho, pero ¿esas prestaciones directas serán, exclusivamente las garantías del derecho a la seguridad?

¿No será que en realidad la existencia de un ordenamiento jurídico efectivo, de un sistema de justicia eficiente, de instituciones policiacas altamente capacitadas, un nivel de vida adecuado, un poderoso sistema educativo y de empleo, sean las que motiven a la población a tener una convivencia generalizadamente pacífica y civilizada y, por lo tanto, sean las garantías más efectivas del derecho a la seguridad de las personas, además de las prestaciones directas como acudir de inmediato a una solicitud de auxilio?

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

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

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

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

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

En realidad, las dos son fases distintas de un solo proceso que debería de ser continuo para los sujetos obligados. El dar a conocer sus actuaciones para responder al juicio de los gobernados. Luego entonces, volvemos a advertir que la diferencia entre el derecho de acceso a la información y la transparencia no consiste en la existencia de dimensiones distintas y ajenas. Son diferentes en tanto el derecho de acceso a la información es una categoría más general y porque la transparencia es una parte de ese derecho, en tanto garantía. Pero la transparencia no es un todo aparte y distinto.

f) La materia que se transparenta.

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

Lo que se publica de oficio y lo que se entrega como respuesta a una solicitud de acceso a la información, son los documentos en los que se registra el cumplimiento, o no, del ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para el sujeto obligado y la forma como ocurrió, el fenómeno concreto, del ejercicio de dichas atribuciones.

2.3.3.3. El diseño de la transparencia como garantía primaria del derecho de acceso a la información.

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

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

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

La información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos, y los indicadores que permiten rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos, son una parte de la información pública en posesión de los sujetos obligados; por lo tanto, es una parte de la materia del derecho de acceso a la información. Sobre esta parte de la materia pesa una condición específica: la obligación de publicarla de oficio, empleando los medios tecnológicos disponibles, antes de que cualquiera de los titulares del derecho proceda a solicitarla formalmente.

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

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

A través de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se determinó que la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos consiste en lo que se identificó como obligaciones comunes, las que incluyen mayoritariamente las que pueden definirse como acciones comunes de todos los sujetos obligados, contar con un como marco normativo, directorio, ingresos de los funcionarios, procesos adquisitivos, objetivos programáticos, metas y resultados, entre otros, pero también algunas de carácter sustantivo como: operación de programas sociales.

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

1. El marco normativo aplicable.

2. La estructura orgánica completa.

3. Las facultades de cada área.

4. Las metas y objetivos derivadas de su programa operativo anual.

5. Los indicadores de interés público o trascendencia social.

6. Los indicadores sobre sus objetivos y resultados.

7. El directorio de sus integrantes.

8. Las remuneraciones.

9. Gastos de representación y viáticos.

10. El número de plazas.

11. Las contrataciones de servicios profesionales por honorarios.

12. Las versiones públicas de las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos que así lo determinen.

13. El domicilio de la unidad de transparencia.

14. Las convocatorias a concursos para ocupar cargos públicos.

15. La información de los programas sociales.

16. Las condiciones generales de trabajo, contratos o convenio laborales.

17. La información curricular de mandos medios y superiores.

18. El listado de servidores públicos con sanciones administrativas definitivas.

19. Los servicios que ofrecen y sus requisitos.

20. Los trámites, requisitos y formatos.

21. La información financiera sobre el presupuesto asignado.

22. La información de la deuda pública.

23. El gasto en comunicación social.

24. Los informes de resultados de las auditorías.

25. Los resultados de la dictaminación de los estados financieros.

26. Los montos y la información sobre las personas a las que se les asignó recursos públicos o realizan actos de autoridad.

27. Las concesiones, contratos, convenios, permisos, licencias o autorizaciones.

28. La información sobre los resultados sobre procedimientos de adjudicación en sus distintas modalidades.

29. Los informes que deban generarse.

30. Las estadísticas sobre el cumplimiento de deberes legales.

31. Informes de avances programáticos o presupuestales, balances generales y su estado financiero.

32. Padrón de proveedores y contratistas.

33. Convenios con sectores social y privado.

34. Inventarios de bienes.

35. Recomendaciones emitidas por el ombudsman.

36. Resoluciones y laudos.

37. Mecanismos de participación ciudadana.

38. Programas que ofrecen.

39. Actas y resoluciones del Comité de Transparencia.

40. Evaluaciones y encuestas que hagan financiadas con recursos públicos.

41. Los estudios financiados con recursos públicos.

42. Listado de jubilados y pensionados.

43. Ingresos recibidos.

44. Donaciones hechas.

45. Catálogo de Disposición Documental y Guía de Archivo Documental.

46. Actas de los consejos consultivos.

47. Listado de solicitudes de empresas de telecomunicaciones.

48. Cualquier otra información que sea de utilidad o relevante.

También se consideró que, dada la diversa naturaleza de los distintos sujetos obligados, era procedente identificar conceptos de transparencia específica para los diversos tipos de sujetos obligados, los que se señalan en los siguientes artículos: en el 71 y que corresponde a las de los poderes ejecutivos, contempladas en dos fracciones y 9 incisos. En el artículo 72, las de los poderes legislativos, contenidas en 15 fracciones; en el artículo 73, se encuentran las específicas de los poderes judiciales, con 5 fracciones; en el 74, las que corresponden a los órganos autónomos. En la fracción I, con 14 incisos, las de los órganos electorales; en la fracción II, con 13 incisos, las de los organismos protectores de derechos humanos; y, en la fracción III, con 7 incisos, las de los órganos garantes del derecho de acceso a la información; en el artículo 75, las de las universidades, consignadas en 9 fracciones; en el artículo 76, las de los partidos políticos, con 30 fracciones; en el 77, las de los fideicomisos, fondos públicos o mandatos, con 8 fracciones; en el 78, las de las autoridades administrativas o jurisdiccionales laborales, con 8 fracciones; en el artículo 79, las de los sindicatos que reciben y ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad contempladas, en 4 fracciones; mientras que en el artículo 83, las obligaciones en materia energética.

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

Estas disposiciones de la Ley General fueron complementadas con otras de carácter administrativo, emitidas por el Sistema Nacional de Transparencia. Me refiero a los Lineamientos Técnicos Generales para la Publicación, Homologación y

Estandarización de la Información de las Obligaciones Establecidas en el Título quinto y en la Fracción IV del artículo 31 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que deben de difundir los sujetos obligados en los portales de Internet y en la Plataforma Nacional de Transparencia

Mediante los lineamientos se definieron los formatos y campos de información necesarios que deben de observarse para la publicación de la información lo que, siguiendo los trabajos que en el país se desarrollan en materia de armonización contable, debe conducir a que esta información requerida se publique en el mismo grado de descripción y detalle, por parte de todos los sujetos obligados que utilizan la plataforma tecnológica diseñada; ya sea que en un concepto difundan un registro o miles de ellos, según la cantidad de información que generen y que se derive de la frecuencia del ejercicio de la facultad; y que la presentación homogénea de la información sea útil para apreciar las tendencias que ocurren en el comportamiento de los sujetos obligados en el tiempo, y para confrontar su actuación con otros sujetos obligados.

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

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

A través de la definición del medio tecnológico, la Plataforma Nacional de Transparencia, apreciamos que el legislador volvió a apreciar que ese instrumento permite “cumplir con los procedimientos y obligaciones” y cuenta con dos sistemas en particular, uno para atender las solicitudes de acceso a la información y otro para alojar los sistemas de obligaciones de transparencia; así como un tercero, para sustanciar los recursos de revisión. Esto es, la plataforma permite atender las acciones de estas garantías primarias y secundarias del derecho de acceso a la información.

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

Por último, debe destacarse un aspecto adicional. Como se vio antes, el incumplimiento de los deberes de documentar las decisiones y resguardar los

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

2.3.4. Las solicitudes de acceso a la información pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero es importante regresar a la primera etapa, que corresponde a la búsqueda de la información; y a la segunda etapa, de entrega, pero sólo en su modalidad simple.

Para que la unidad de transparencia pueda recibir la solicitud de información y determinar si el sujeto obligado es competente para tener la información o no; y, si es competente, para estar en condiciones de turnar a todas pero sólo a aquellas áreas administrativas que puedan tener la información, por corresponder al ejercicio de las facultades, competencias o funciones que les competan; es necesario que el sujeto obligado tenga ciertos instrumentos documentales que le permitan conocer con certeza la totalidad de las facultades, competencias o funciones del sujeto obligado. Si bien, contar con la compilación del marco normativo podría ser útil para este fin, no sería ni oportuno ni fácil, por lo que es necesario referir que lo que permitiría tener un claro, completo y pronto conocimiento de todas estas facultades, competencias o funciones sería el uso de un instrumento básico de control de la gestión archivística: el Cuadro General de Clasificación Archivística.

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

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

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

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

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

En particular, frente a las posibles deficiencias que pudieran presentarse al atender una solicitud de acceso a la información, el titular del derecho tiene a su disposición el recurso de revisión como procedimiento para investigar, reparar y sancionar las violaciones al derecho y, con ello, prevenirlas. Este procedimiento también responde, no sin ciertas peculiaridades, a los criterios teóricamente definidos para

las garantías secundarias y que no se encuentra a disposición de los sujetos obligados, por lo que se analizará en el siguiente capítulo y no en este.

2.4. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información.

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

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

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

Capítulo Tres. Las garantías secundarias del derecho de acceso a la información.

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

Si los derechos humanos generan 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, dispone 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 capítulos 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.

3.2. 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).

3.2.1 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 capítulo 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 capítulo.

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 substanciales 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 capítulo; 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 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 que se inicie el procedimiento de responsabilidades por el incumplimiento de estos deberes.

Ante la falta 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 se encuentre 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 capítulo 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 capítulo 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 pueden considerarse como inválidos, ya que el mismo ordenamiento legal constantemente citado establece, en su artículo 127, que cuando *“de 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.

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, 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 su volumen 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 a 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 si, al parecer, vía acceso a la información, se podría obtener el acto de autoridad. La respuesta a la interrogante 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 cualquiera de 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 expidió cierta autoridad con antelación

a la solicitud de acceso; aunque se pretendiera acceder a la 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 esta forma, existe razón de ser de ambos procedimientos, como actos diversos e independientes, cada uno disciplinado de manera diferente 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 esta situación 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 capítulo, 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, a este respecto, 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 supuestos, 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 esa 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 asuntos, 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.

3.2.2 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 diseño constitucional del derecho de acceso a la información en nuestro país, 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, interviene 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 de la República. 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 ciudadanizado (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 ciudadanizados, 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 claras 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.

3.2.3 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 esta ocasión el plazo no se limita a quince días para promover el recurso, sino que puede presentarlo en cualquier momento posterior, 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 de la Ley General).

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 ocurrir 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 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.

3.2.4 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 substanciales 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 702/2012[1]. 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).

[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".

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.

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 géneris” (Sagüés, 2001:463). 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 reforma, 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 sí 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.

3.2.5 La segunda instancia.

Concluiré la presente sección de este capítulo 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.

3.2.6. 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, 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 relacionada 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 deficiencia 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 atender la obligación, en un nuevo plazo no mayor a cinco días, para atender e informar las acciones realizadas en atención a la observación formulada 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 ante el organismo garante, según el mismo artículo referido; y, que arranca con una denuncia. Esto propicia que el organismo 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 con la resolución. Existe un proceso de verificación de la atención de la resolución, cuenta con las mismas medidas disponibles para asegurar la observancia 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 definitiva 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.

3.3. 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 del 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 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 capítulo.

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 capítulo y en el anterior, puede determinarse que el legislador puso especial cuidado en identificar y regular 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 en determinar 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.

Capítulo Cuatro. Límites y restricciones del derecho de acceso a la información.

4.1. Los límites del derecho de acceso a la información.

Para apreciar los límites del derecho de acceso a la información pública acudiré a la definición del derecho propuesta a partir de su contenido convencional y constitucional, ya que es en el dispositivo jurídico donde se define lo que contempla la relación jurídica que propicia el derecho.

4.1.1. Límites internos.

Como se vio en el capítulo primero de esta investigación, el derecho de acceso a la información pública consiste, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en la igualdad de oportunidades de buscar, recibir y difundir información.

Evidentemente que cualquier persona puede buscar, recibir y difundir cualquier tipo de información; en consecuencia, toda la información sobre la realidad podría ser objeto de búsqueda, generar una expectativa de obtenerla y de hacer con ella lo que mejor convenga. Pero, como se analizó antes, los derechos humanos generan una relación jurídica entre el titular del derecho que, como consecuencia de la protección que el derecho positivo genera, cuenta con una expectativa de no lesión o de prestación por parte de otro, el titular de la obligación que genera el derecho.

Para el caso en cuestión, el Estado será el titular de la obligación que la relación jurídica genera, por lo que tendríamos que preguntarnos: ¿puede el Estado tener a su disposición toda la información sobre las distintas realidades? Evidentemente no, sino únicamente acerca de las realidades en las que ejerce sus potestades. Por esa razón es que el derecho de acceso a la información pública no puede incluir a toda la información posible y disponible en una sociedad, solamente a una parte, la que se encuentra en su posesión.

Esas reflexiones nos ayudan a considerar que es posible que el Estado no tenga a su disposición toda la información disponible en una sociedad determinada; y, aunque acabamos de tener un acercamiento al objeto del derecho, aún no logramos identificar con precisión qué tipo de información es la que se encuentra involucrada en esta determinada relación jurídica.

El apartado A del artículo sexto constitucional es el que nos permite identificar con precisión la información objeto del derecho. La información sobre la que cualquier persona puede buscar, recibir y difundir y que deberá proporcionar el Estado se identifica a partir de la siguiente premisa: Toda la información en posesión de los sujetos obligados es pública.

Así entonces debemos entender que la norma jurídica tiene el siguiente diseño: El derecho de acceso a la información pública consiste en la igualdad de oportunidades de las personas, para buscar, recibir y difundir la información que se encuentra en posesión de los sujetos obligados. Como se aprecia, la definición es consecuencia de un diseño lógico elemental, el Estado debe garantizar el acceso a la información que se encuentra en su posesión. Evidentemente, un ser determinado únicamente puede ofrecerle a otro lo que se encuentra a su alcance; sería imposible ofrecerle entregar algo que no se encuentra bajo su posesión o dominio, se trata de un razonamiento estrictamente lógico. Tenemos así un segundo acercamiento para determinar el objeto del derecho; pero aún sigue siendo insuficiente, ya que el sujeto obligado podría, simplemente, alegar que la información que le es requerida no se encuentra en su posesión para pretender que se trata de información no comprendida en el objeto del derecho.

Para apreciar que esas manifestaciones serían inconsistentes con el derecho positivo debe considerarse la siguiente porción del citado artículo constitucional: Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. Intentemos entonces reconstruir el concepto de la siguiente manera: Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; y, las personas gozan de la igualdad de oportunidades para buscar, recibir y difundir esa información, ya que se encuentra en posesión de los sujetos obligados.

Ahora sí podemos identificar el objeto del derecho de acceso a la información: aquella información que se encuentra en posesión de los sujetos obligados porque se relaciona con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas.

Recodemos lo que antes se señaló: el derecho de acceso a la información es un instrumento de control social del Estado, de control sobre los actos de los agentes del Estado. Mediante el acceso a la información pública, esa que registra la forma cómo se ejercieron las facultades, competencias o funciones legalmente conferidas a los sujetos obligados, las personas pueden generarse una opinión informada sobre la actuación gubernamental y someterla a control. Precisamente por eso, el objeto del derecho es ese tipo particular de la información y ahora sí, podemos apreciar con toda nitidez el límite interno del derecho.

Veamos, las diversas realidades coexistentes generan información: la pulsión cósmica, las tormentas solares, el movimiento de los astros, las condiciones atmosféricas, los recursos naturales, la vida social en sus distintos subsistemas:

político, económico, religioso, cultural, científico, familiar, psíquico etc. ¿El Estado tiene a su disposición toda esa información? Evidentemente que no, sólo aquella información que necesita para el cumplimiento de los fines por los cuales fue creado y que es la que se relaciona, bajo el principio de reserva de ley, con la habilitación hecha a las instituciones públicas para desempeñar determinadas tareas cuya ejecución requiere de información y, al realizarse, genera más información, incluso al no realizarse, ya que el vacío y la ausencia generan un significado susceptible de ser informado.

Entonces, es la propia definición del derecho la que nos permite identificar la materia objeto de su protección: la información que el Estado posee y que posee debido a que se relaciona con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones que legalmente le han sido conferidas. Esta definición que es, al mismo tiempo, el continente del derecho, nos permite describir sus límites, nos permite tener una certeza del objeto del derecho, una certeza identificable en los casos concretos como consecuencia del estudio de las normas jurídicas que determinan esas facultades, competencias y funciones y, de esa manera, apreciar si lo que se está requiriendo es o no es información pública, si forma parte o no del objeto del derecho, lo que puede ser resuelto con un cierto y denso grado de objetividad, sin abrir mucho margen al decisionismo del operador jurídico.

Pero el análisis puede enfocarse aún más si tratamos de apreciar la forma como el legislador ordinario, en la legislación general, amplió las dimensiones de esos límites internos.

Veamos. Se señaló ya que los sujetos obligados tienen el deber de documentar todo lo que realicen en el ejercicio de las facultades competencias o funciones; al documentar esos actos, los documentos se quedan en su posesión y, por lo tanto,

son información pública; en consecuencia, cualquier persona puede buscar, recibir y difundir esa información.

Bien, en concordancia con esa disposición constitucional que, como se vio antes, constituye la primera garantía primaria del derecho, la condición sobre la que descansa la posibilidad de que el derecho se ejerza, el artículo 19 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su primer párrafo establece el concepto de presunción de existencia de la información al referir: “Se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados”.

Hasta ahí, ninguna sorpresa. Si es deber de los sujetos obligados documentar todo acto relacionado con el ejercicio de facultades, competencias o funciones legalmente establecidos; en consecuencia, cuando se solicita información que se refiere a ellas, se debe presumir que la información existe, debería de proceder la entrega de la información.

Pero es en el segundo párrafo del referido artículo 19 donde encontramos que el legislador democrático movió el límite interno del derecho, considerando la posibilidad de excluir a cierta información, aun cuando pudiera relacionarse con las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para los sujetos obligados, al señalar: “En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia”.

Entonces, por definición, la información pública, objeto del derecho, es la que se encuentra en posesión de los sujetos obligados y se encuentra en posesión de ellos porque debieron generarla para registrar los actos mediante los cuales ejercen las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; pero en los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia.

Esa parte de la ley, estudiada de esta manera, parecería que exime a los sujetos obligados de ejercer ciertas facultades, competencias o funciones legalmente establecidas y, en consecuencia, al no ejercerlas, cancela la obligación de documentarlas. Pero, el artículo siguiente nos obliga a matizar esta primera lectura al señalar que, en los casos de inexistencia, “el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley”.

Al analizar, sistemáticamente estos artículos, tendríamos que considerar que: Se presume la existencia de la información que se relaciona con las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; en aquellos casos en los que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se deberá motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia, las que deben responder a los supuestos de excepción contenidos en la ley. Debo, en primer lugar, llamar la atención sobre el uso del concepto excepción y no de restricción que, me parece, es una decisión sumamente afortunada del legislador. Ahora bien, conviene preguntarnos dónde encontramos esas condiciones de excepción.

Es una sola la condición de excepción que establece la ley y es la imposibilidad contemplada en su artículo 138 fracción III, disposición jurídica que regula precisamente la conducta a seguir cuando no se encuentra la información en los archivos del sujeto obligado. Para entender la aplicación de la norma consideremos este asunto de la siguiente manera: a un sujeto obligado, una persona requiere la información A, la Unidad de Transparencia recibe la solicitud, aprecia que A corresponde a la información que se genera en el ejercicio de una facultad, competencia o función legalmente conferida al sujeto obligado, por lo que gestiona la solicitud ante el área administrativa correspondiente que, después de realizar una adecuada búsqueda exhaustiva y razonable, aprecia que no se cuenta con esa información.

La Unidad de Transparencia convoca al Comité de Transparencia para analizar el caso en cuestión, se aprecia que, en efecto, se trata de información que se relaciona con una facultad, competencia o función legalmente establecida, que debía ejercerse; también se aprecia que se realizó una correcta búsqueda y no se cuenta con la información, posiblemente porque no se ejercieron esas facultades. Acto seguido se determina expedir una resolución que confirme la inexistencia y, a partir de ahí se plantean tres alternativas a seguir: a) si es materialmente posible, generar la información, esto es, ejercer la atribución que no se ejerció y documentar el acto; b) reponer la información (estos dos supuestos no corresponden al tema que analizamos en este momento, sino más bien a una deficiencia en la garantía, lo que ya se estudió en el capítulo anterior); y, c) “que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia”.

Resulta aplicable, para el tema que ahora se analiza, los límites internos, la tercera de las alternativas señaladas en el párrafo anterior: es imposible generar la información. Tenemos que preguntarnos en qué casos es imposible generar la información y que eso pueda motivarse, justificarse y, en consecuencia, no ser una afectación al derecho, un incumplimiento en la relación jurídica, sino el supuesto de excepción; esto es, algo que no es posible que se encuentre en posesión de los sujetos obligados.

Bien, para responder a esta interrogante debe valorarse que no todas las facultades, competencias o funciones legalmente establecidas para un sujeto obligado cuentan con la misma condición de exigibilidad en su realización. Esto es, el Estado y sus instituciones han sido creados para atender determinados fines, legalmente establecidos; pero no todos esos fines cuentan con el mismo grado de exigibilidad en su realización y de reproche en su no ejercicio. Para explicar esto me parece que debemos de considerar, dentro del conjunto de las facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados, los siguientes tipos: aquellas cuya realización depende de un tercero, las de carácter netamente potestativo, los actos de realización futura y los indudablemente exigibles. Procedo al análisis de cada uno.
Para analizar el caso de las facultades legales cuya realización depende de un tercero, consideremos que las instituciones públicas han sido conferidas de facultades, competencias o funciones para prestar determinados servicios y, a través de ellos, asegurar el cumplimiento de determinadas políticas públicas. Por ejemplo, pensemos en los gobiernos municipales, cuentan con la atribución de regular el desarrollo urbano y las construcciones en su demarcación territorial; una medida que permite asegurar esto consiste en que cualquier persona que desee edificar en un inmueble requiera el respectivo permiso o licencia de construcción. Por esa razón, dentro de las facultades de los municipios se encuentra expedir esas licencias de construcción.

Digamos que determinada persona, mediante una solicitud de acceso a la información, requiere acceder a la licencia de construcción que, según su dicho, el municipio debió expedir este año, en el inmueble ubicado en cierto lugar dentro de su ámbito territorial, sin que sea requisito de procedencia, en su solicitud refiere que la requiere porque aprecia que hace unas semanas han comenzado a construir en ese lugar.

La autoridad municipal recibe la solicitud, aprecia que se trata de información que se relaciona con una facultad legalmente establecida, por lo que inicia el procedimiento de búsqueda. Una vez que lo concluye, aprecia que no se cuenta con dicha licencia. El caso se analiza en el Comité de Transparencia que confirma que se trata de una información relacionada con una facultad legalmente establecida; que se realizó una búsqueda exhaustiva y razonable de la información, en los archivos administrativos actualizados de la Jefatura de Licencias de Construcción y, en efecto, no se cuenta con la información porque la licencia no fue expedida, la facultad no se ejerció. En este caso, decide que, aun cuando se trata de información relacionada con una facultad legalmente establecida, se encuentra imposibilitado materialmente para generar la licencia de construcción y explica las razones de esa imposibilidad que son, al mismo tiempo, razones que justifican y motivan la inexistencia, en el tenor siguiente: el particular que presuntamente se encuentra construyendo en ese lugar: a) nunca tramitó la licencia de construcción; o, b) aunque la tramitó, no le fue expedida porque no cumplió con los requisitos establecidos para ello. En cuyo caso, se podría estar ante el supuesto de una construcción no autorizada, sujeta al procedimiento administrativo correspondiente. Pero, para el caso de la solicitud de acceso a la información, el sujeto obligado se encuentra materialmente imposibilitado para generar esa licencia de construcción, porque no hay condiciones suficientes y adecuadas para ejerza la facultad.

En este caso apreciamos lo siguiente: la facultad legalmente establecida existe, pero el sujeto obligado no pudo ejercerla materialmente y se encuentra imposibilitado para generar la información solicitada, porque el ejercicio de su facultad depende de dos supuestos: a) que el dueño del inmueble acuda a tramitar la licencia; y, b) que cumpla con los requisitos para tramitarla.

En este caso es perfectamente posible que la información no exista, que no se encuentre en posesión del sujeto obligado, aunque se relacione con una facultad legalmente establecida. En consecuencia, aunque se haya solicitado la búsqueda y entrega de la información, no se encuentra en su posesión; por lo tanto, no puede ser objeto del derecho, pero, como se presumía su existencia, el titular de la obligación debe acreditar este supuesto de excepción. No es que el derecho se esté restringiendo, que se impida su ejercicio; simplemente no es posible su ejercicio porque la licencia que se debía poseer pero que, justificadamente, no se cuenta con ella. Se suma ahora al segmento de cualquier otra información que no se relaciona con las facultades, competencias o funciones de ese sujeto obligado; tanto en uno como en el otro supuesto, la información no se encuentra bajo su posesión. Hay que apreciar cómo en este caso, es perfectamente justificado que el límite traspase las dimensiones originalmente definidas, sin que nos hayamos movido nada de un nivel de análisis qué comprende el derecho, su contenido, acudiendo al derecho positivo y al razonamiento lógico, evitando que nuestra decisión sea resultado de un ejercicio de alta discrecionalidad especulativa.

Segundo supuesto, actos claramente potestativos. El derecho administrativo se caracteriza, en buena medida, por este tipo de normas consideradas como imperfectas (García Maynez, 2016:89), en las que la persona que actúa por el Estado cuenta con cierto margen de discrecionalidad para el ejercicio de esa

habilitación legal, ya que no existe una consecuencia jurídica a su incumplimiento. Analicemos este ejemplo: cierto sujeto obligado cuenta, dentro de sus competencias, con la siguiente: “podrá establecer convenios con cierto tipo de personas para realizar determinadas acciones”. Ante esa competencia, legalmente establecida, una persona solicita los convenios que al respecto se hayan firmado. Una vez más, la Unidad de Transparencia recibe la solicitud, aprecia que se trata de una competencia legalmente establecida e inicia el proceso interno para atenderla, el área administrativa correspondiente busca la información y reporta: hasta este momento no se han firmado convenios de este tipo.

El caso llega al Comité de Transparencia que también aprecia que se trata de una competencia legalmente establecida, que se buscó adecuadamente la información y no existe porque no se ejerció la competencia, y que no es adecuado salir a buscar, urgentemente, a una posible contraparte y suscribir el convenio para que sea generado y se atienda la solicitud de acceso a la información; por lo que, en lugar de eso, procede a explicar la imposibilidad que existe, en ese momento, de generar la información, justificando y motivando las razones que provocan la inexistencia.

En este caso, como en el anterior, nos encontramos ante una información que se relaciona con una facultad o competencia legalmente establecida, pero que no se ejerció y que puede justificarse y motivarse su no ejercicio. Por lo tanto, la información no se encuentra en posesión del sujeto obligado; por ello, debería de entenderse que no forma parte del objeto tutelado por el derecho: la información pública. En este caso, como en el anterior, no se restringe, no se vulnera, simplemente, no es, no forma parte de la información en posesión del sujeto obligado y, por lo tanto, el límite, se vuelve a rediseñar.

El tercer supuesto, actos de realización futura. Pensemos en cualquier atribución que debe ejercerse con cierta periodicidad e, incluso, en fechas legalmente establecidas; una de ellas sería la siguiente: Los poderes legislativos deberán de aprobar el presupuesto de egresos del estado, del año siguiente, a más tardar en determinada fecha del año actual. Ante este supuesto, una persona solicita el presupuesto de egresos de la entidad federativa X para un ejercicio fiscal futuro, el de cinco años después del momento en el que se realiza la solicitud.

Evidentemente, en este caso, aunque lo que se solicita se relaciona con una facultad, incluso constitucionalmente establecida, es imposible de ser atendida porque en este momento no se ha realizado el ejercicio que deberá ocurrir dentro de algunos años. Se trata del ejercicio de una facultad, competencia o función legalmente establecida de realización futura. En este caso, como en los dos anteriores, la información no existe, no se ha generado, materialmente es imposible generarla en este momento, para atender el ejercicio del derecho, porque no se encuentra en posesión del sujeto obligado. Pero en todos estos casos deberá motivarse y justificarse la inexistencia, explicando esa imposibilidad. Insisto, no estamos ante una restricción o afectación al derecho sino, una vez más, ante su límite interno, aunque se relaciona con una facultad, competencia o función legalmente establecida, lo que implicaba que se presumiera su existencia. No se encuentra en su posesión porque no se ejercieron; y es posible justificar y motivar el no ejercicio de la facultad, competencia o función con un simple razonamiento lógico.

Procedo entonces a analizar el último supuesto. Comienzo entonces con esta interrogante ¿puede justificarse y motivarse cualquier no ejercicio de facultades, competencias o funciones de los sujetos obligados? La respuesta es no. Hay ciertas

facultades, competencias o funciones cuyo no ejercicio no puede justificarse ni motivarse; en cuyos casos nos encontramos ya no ante el límite interno del derecho, modificado en términos de estas disposiciones de la ley general, sino ante el incumplimiento de un deber legal de carácter inexcusable, o ante el incumplimiento de la obligación de documentar, primera garantía del derecho de acceso a la información pública. Consideremos un ejemplo para cada caso de este último supuesto.

Facultades no ejercidas, en consecuencia, no documentadas. En la Declaratoria de Procedencia Respecto a la Solicitud de Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres para el Estado de México, emitida por la Secretaría de Gobernación, a través de la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, del 31 de julio de 2015, específicamente en su resolutivo segundo numeral 3, segundo párrafo, se determinó el deber de elaborar Protocolos de Actuación y Reacción Policial en Materia de Violencia de Género y Personas Desaparecidas y, en el numeral 4, de esa misma disposición se señaló lo siguiente: “En tanto se elaboran los protocolos señalados, se solicita la emisión de un Decreto Administrativo por parte del Gobernador del Estado para que las autoridades competentes proporcionen atención inmediata a estos casos con base en los criterios internacionales en la materia y los establecidos en el Protocolo Alba” (SEGOB, 2015).

Meses después de que se emitiera la declaratoria, una persona solicitó, a diversos sujetos obligados del Ejecutivo del Estado, el referido decreto administrativo. Uno a uno comenzó a responder: no se cuenta con la información, así fue el caso de la Consejería Jurídica (01525/INFOEM/IP/RR/2015), de la Comisión Estatal de Seguridad Ciudadana (01522/INFOEM/IP/RR/2015), incluso de la propia oficina del Gobernador (01574/INFOEM/IP/RR/2015) hasta que uno de ellos, la en ese

entonces Procuraduría General de Justicia del Estado de México, salió al paso señalando que el documento se había elaborado, pero estaba pendiente de que se firmara por parte del gobernador (01523/INFOEM/IP/RR/2015), aunque debe insistirse que, al mismo tiempo, la oficina del gobernador declaró no tener el documento. Pero bueno, finalmente, también la Secretaría General de Gobierno confirmaría la versión de la Procuraduría (01524/INFOEM/IP/RR/2015).

En este caso nos encontramos ante un deber de carácter inexcusable, no se trata de un acto cuya realización dependía de un tercero, mucho menos de una atribución potestativa sin consecuencias jurídicas o un acto de realización futura. Para el caso de esta solicitud, no habría justificación que pudiera motivar el no ejercicio de la atribución y, como consecuencia de ello el incumplimiento del deber de documentar el acto. Aquí nos encontramos en el ejemplo más perfecto y claro de cómo el derecho de acceso a la información permite ejercer el control social de la función pública, al solicitarse la información y apreciarse que no existe porque la atribución no fue ejercida, nos encontramos ante la omisión sobre la acción principal (el deber de emitir el decreto administrativo) que no puede ser justificada y que tendría que evidenciarse con la declaratoria de inexistencia de la información, activando la fase de responsabilidades administrativas correspondiente. En este caso, no nos encontramos antes un límite del derecho, sino ante la afectación de ambos derechos, los protegidos por el deber principal y el protegido por la obligación de documentar el cumplimiento de ese deber principal.

Un segundo ejemplo, en un sentido distinto ya que el acto posiblemente se realizó, pero no se documentó. Veamos, es atribución común, de cualquier sujeto obligado, administrar sus recursos materiales, acondicionar sus instalaciones, realizar ciertas remodelaciones que no se entiendan como construcciones nuevas sino como equipamiento.

A un sujeto obligado se le solicitan los costos por la remodelación de una oficina. El sujeto obligado acepta que se hizo la remodelación, pero que como no contrató a nadie y los trabajos los realizó una de sus áreas, no hay costos que informar, en consecuencia, la información no se encuentra, ya sea porque se hicieron gastos y no se comprobaron, se extravió, se perdió o se eliminaron indebidamente (00673/INFOEM/IP/RR/2019). En este caso, no habría justificación que motive la inexistencia; en todo caso, tendríamos una explicación de las razones por las que no se cuenta la información, se acreditaría un incumplimiento injustificable del deber de documentar o del deber de resguardar, lo que constituye, también aquí, una afectación al derecho y no un límite.

Tras analizar estos supuestos, tendríamos entonces que el derecho de acceso a la información consiste en la igualdad de oportunidades de buscar, recibir y difundir información pública, que es aquella que se encuentra en posesión de los sujetos obligados, como consecuencia del deber de documentar la forma como se ejercen las facultades, competencias o funciones que legalmente le han sido conferidas; y no es información pública aquella que no se encuentra en su posesión por: a) no relacionarse con esas facultades, competencias o funciones; y, b) además de aquella que, aun cuando si se relaciona con esas habilitaciones legales, se encuentra imposibilitado, de manera legal, justificada y motivada, para poseerla.

Como se aprecia, solamente se han definido los contornos del derecho, a la luz de las propias consideraciones jurídicas positivas y de las derivadas de la recta razón sin pensar que, para resolver estos casos, tengamos que acudir a un escenario de colisión de derechos y a su herramienta predilecta, la ponderación.

4.1.2. Límites externos.

Cuando tratamos de identificar los límites externos del derecho, a diferencia de los límites internos, la definición del derecho ya no nos alcanza, es insuficiente. Ahora nos aproximamos a otros derechos reconocidos también en el derecho positivo. Parece que nos aproximamos, dirían los neo constitucionalistas, a los escenarios de colisión. Veamos si eso es necesariamente así. Regresemos al mismo artículo sexto constitucional, apartado A, en su fracción II, inmediata a las definiciones que se analizaron en la sección anterior, y que señala: *"La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes".* Aquí nos encontramos con un límite impuesto al derecho de acceso a la información pública desde lo que será la definición de otros derechos: el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de los datos personales.

Consideremos esto con mayor cuidado, las personas generan información personalísima, privada y pública. Personalísima en tanto se encuentra dentro de su sistema psicológico y se encuentra sólo a disposición de cada cual; es información que, en principio, no se comunica, no se difunde, no se comparte; luego, generan también información en la parte de su vida social más íntima, con su entorno más familiar y más próximo, ello da pie a lo que podríamos denominar como su vida privada; por último, producen información sobre la forma como se relacionan con la sociedad y con el Estado, mucha de la cual se encuentra mediada por la intervención de los agentes públicos. Pues bien, la información que generan en esta forma abierta de vivir, mediada generalmente por la intervención del Estado, que interviene como consecuencia del principio de reserva de ley; esto es, en el ejercicio

de las facultades, competencias o funciones, legalmente conferidas, es la que puede estar en su posesión y es aquella que podría formar parte del objeto del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, la información que registra la vida privada de las personas puede estar en posesión sólo de las personas, pero, incluso, en posesión de los sujetos obligados. Pensemos en un acta del registro civil, sea de nacimiento, adopción, matrimonio, divorcio o defunción, registra información relacionada con la vida privada de las personas, pero sobre las que el Estado debe realizar determinados registros legales. Esa información, aun cuando llegara a estar en posesión de los sujetos obligados, será protegida, en principio, en los términos que señale la ley; lo mismo que los datos personales que consisten en información que puede identificar a una persona o hacerla identificable y a los que tienen acceso los sujetos obligados en el ejercicio de sus facultades legalmente conferidas. En estos casos, esa información no cuenta, en principio, con la condición de publicidad, no es objeto del derecho de acceso a la información pública, en tanto consiste en el objeto de dos derechos distintos: el derecho a la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales.

Ahí tenemos entonces los límites al derecho de acceso a la información pública, que no incluye a la información sobre la vida privada, y sobre los datos personales que se encuentre en posesión de las personas o que, incluso, pudiera estar en posesión de los sujetos obligados. Esa información no forma parte del primer derecho porque es el contenido de los dos derechos restantes.

Planteado así el asunto hemos eludido el escenario de colisión, único, irrepetible, ajustable a cada caso, que el neo constitucionalismo nos propone; al contrario, nos encontramos ante una regularidad jurídica positivamente establecida: El derecho de

acceso a la información es la igualdad de oportunidades, de las personas, de buscar, recibir y difundir información pública. La información pública es la que se encuentra en posesión de los sujetos obligados debido a que se relaciona con el ejercicio de facultades, competencias o funciones legalmente establecidas. No es información pública: a) la que no se encuentre en su posesión porque no se relaciona con facultades, competencias o funciones legalmente establecidas; b) la que, aun cuando se relaciona con facultades, competencias o funciones legalmente establecidas, no se encuentra en su posesión porque es posible justificar y motivar legalmente que no se ejercieron (límites internos); y, c) la información que, aun cuando se encuentra en su posesión, se relaciona con la vida privada y con los datos personales (límite externo del derecho).

Pero si nos conformamos con esta aproximación estaríamos involucionando décadas y regresando a los diseños jurídicos pasados del derecho de acceso a la información ya que, en la actualidad, es perfectamente posible acceder a una importante cantidad de datos personales relacionados con el ejercicio de las facultades, competencias o funciones, legalmente establecidas, de los sujetos obligados. Parece que ahora sí, ineludiblemente, hemos llegado al terreno de la colisión de derechos.

Pero veamos que aún podemos eludir esa trampa cognitiva. Así como el derecho de acceso a la información tiene límites y restricciones, estas últimas que se analizarán más adelante, los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales también tienen límites y, además, pueden ser restringidos en los términos que establezcan las leyes. Cuando eso ocurre, determinada información que, en principio, debía protegerse por causa de su confidencialidad, es susceptible de ser incorporada como parte del objeto del derecho de acceso a la información.

Una vez más, no es que los derechos choquen, colisionen y tengamos soluciones para cada caso, sino que nos encontramos ante casos que debieron de ser disciplinados y previstos en la legislación respectiva.

Entender estos límites internos y externos nos debería de conducir a considerar que, en lugar de un escenario altamente conflictivo, etéreo, indeterminado, subjetivo, que debe ser apreciado según cada caso, lo que encontramos es una construcción más o menos clara y certera que nos plantea lo siguiente: el derecho de acceso a la información es A y no es B; esto que es A puede no garantizarse en los supuestos 1, 2 y 3; esto que es B puede no garantizarse en los supuestos, 4, 5 y 6, en cuyo caso, será considerado como A.

Precisamente por eso, la información relacionada con la vida privada de las personas o los datos personales gozan permanentemente de protección frente al derecho de acceso a la información pública, en tanto que son límites externos al derecho, y no de manera temporal como corresponde con las restricciones. Quizá la confusión que se genera sea porque el procedimiento para su protección consiste en la clasificación de la información, aunque en este caso se distingue al responder a la causal de confidencialidad, acto específico que sustrae, en principio, permanentemente a esa información de la que forma parte del objeto del derecho de acceso a la información, con lo que se establece un límite infranqueable desde el punto de vista del acceso. Se trata de un límite al derecho de acceso a la información, no una restricción temporal. Aunque, ocasionalmente, no procede la protección, atendiendo los supuestos que restringen, desde su propio interior, desde adentro, ahora a los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales, luego de hacer la respectiva prueba de interés público, de los que no me ocuparé por tratarse de una materia distinta a la que se estudia.

Desgraciadamente, hay un aspecto en la fórmula jurídica que contribuye a generar la confusión entre este límite exterior del derecho de acceso a la información (los derechos a la vida privada y a la protección de los datos personales) y la restricción al derecho (la reserva de la información), algo que podría identificarse como una deficiencia de técnica jurídica, consecuencia de la falta de claridad de estos aspectos: en ambos casos se utiliza un mismo tipo de procedimiento, la clasificación de la información. Pero lo que refuerza la idea de que son dos conceptos diferentes es lo siguiente: la clasificación por confidencialidad, con lo que se protege la vida privada y los datos personales es de carácter permanente y es resultado de identificar y aplicar los límites externos del derecho; mientras que la clasificación de la información por reserva es sólo de carácter temporal y, ese efecto en particular, es uno de los diversos elementos que permiten considerar a este supuesto como una restricción al derecho.

4.2. Las restricciones al derecho de acceso a la información.

Analizados los límites internos y externos del derecho de acceso a la información, procede ahora considerar los supuestos legalmente establecidos para que el derecho pueda restringirse de manera ordinaria. Si el derecho consiste en la relación jurídica que se establece entre su titular, quien busca, pretende acceder y difundir cierta información y el titular de la obligación que debe buscar y entregar la información. Por restricción al derecho de acceso a la información se entenderá la interrupción que puede ocurrir, en cualquier momento durante el proceso de gestión de una solicitud de acceso, en el flujo que plantea la relación jurídica y sólo tendrá efectos sobre una de las tres acciones verbalizadas: el recibir la información.

Esto significa que cualquier persona, de manera ordinaria, en cualquier momento puede ejercer su prerrogativa de buscar cierta información y que, una vez obtenida,

puede difundirla sin restricción alguna; pero en el proceso de búsqueda, ocasional y excepcionalmente, el sujeto obligado puede determinar que no se entregue la información, que la persona no reciba cierta información, para lo que deberá de emitir un acuerdo que clasifique a la información solicitada por la causal de reserva. La clasificación puede ser total o parcial de la información requerida. Procederé ahora al análisis de su justificación, a las formalidades y substanciales que deben observarse para su determinación.

4.2.1. Requisitos para justificar restricciones a los derechos humanos.

Para que cualquier restricción a un derecho humano sea estimada correcta, debe cumplir tres condiciones: que la restricción se encuentre establecida en un ordenamiento legal, antes de su aplicación; debe de corresponder a un fin legítimo; y, ser estrictamente proporcional con el principio o valor que se pretende preservar (RLE de la CIDH, 2010: Párr. 67), para otros autores, las condiciones que deben observarse son cuatro: el principio de legalidad; el objeto legítimo que se pretende alcanzar con la restricción; la necesidad de la restricción que determina que sus dimensiones sean adecuadas; así como el principio de proporcionalidad (Medina et al, 2015: 63 y 64).

En nuestro caso, la clasificación total o parcial de la información es un supuesto que establece la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su artículo 100, al contemplar los dos supuestos que justifican esta acción, el de confidencialidad y el de reserva. Por su parte, el artículo 113 define los supuestos en los que procede la clasificación de la información como reservada, que son los siguientes:

> *I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;*

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;

III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;

IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;

V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;

VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;

VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;

IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;

X. Afecte los derechos del debido proceso;

XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;

XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y

XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.

Adicionalmente, los Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas contiene, en sus numerales del Décimo séptimo al Trigésimo segundo, lo que podríamos identificar como la tipología que debe reunir el supuesto legalmente establecido de clasificación. Vale la pena destacar que, en algunos casos, la restricción es procedente si se actualiza cualquiera de los elementos que integran el tipo, lo que se explica por el uso de una conjunción disyuntiva en su penúltima fracción, mientras que el resto requiere de la concurrencia coincidente de todos sus elementos, lo que se aprecia por el uso de una conjunción copulativa en su penúltima fracción. De esta manera, puede decirse que la posibilidad de la clasificación de la información, como reservada, cumple con el criterio de legalidad, que se exige para tales casos, y que existen 13 supuestos legalmente establecidos, en los términos siguientes.

Primer supuesto, que la entrega de la información *comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable* (Ley General). Si es el caso que pueda considerarse se compromete la seguridad nacional cuando se presenta cualquiera de los siguientes supuestos: a) *se quebrante la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;* b) s*e atente en contra del personal diplomático;* c) s*e amenace o ponga en riesgo la gobernabilidad democrática porque se impida el derecho a votar o a ser votado, o cuando se obstaculice la celebración de elecciones;* d) s*e obstaculicen o bloqueen las actividades de inteligencia o contrainteligencia y cuando se revelen normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo que sean útiles para la generación de inteligencia para la seguridad nacional;* e) s*e vulneren las acciones para evitar la interferencia extranjera en los asuntos nacionales;* f) *se ponga en peligro la coordinación interinstitucional en materia de seguridad nacional; g) se puedan menoscabar, obstaculizar o dificultar las estrategias o acciones para combatir la delincuencia organizada, la comisión de los delitos contra la seguridad de la nación, entendiéndose estos últimos como traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje, conspiración, el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva; h)* s*e posibilite la destrucción, inhabilitación o sabotaje de cualquier infraestructura de carácter estratégico o prioritario, así como la indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, de emergencia, vías generales de comunicación o de cualquier tipo de infraestructura que represente tal importancia para el Estado que su destrucción o incapacidad tenga un impacto debilitador en la*

*seguridad nacional; i)*se *obstaculicen o bloqueen acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país;* j) se *difundan las actas o documentos generados en las sesiones del Consejo de Seguridad Nacional y actualice alguna de las amenazas previstas en la Ley de Seguridad Nacional; o que,* k) *se entreguen los datos que se obtengan de las actividades autorizadas mediante resolución judicial, así como la información producto de una intervención de comunicaciones privadas autorizadas, conforme a las disposiciones previstas en el Capítulo II del Título III de la Ley de Seguridad Nacional, y constituyan alguna de las amenazas previstas en dicha Ley.* También *aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados para conocer la capacidad de reacción de las instituciones encargadas de la seguridad nacional; sus normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipo útiles a la generación de inteligencia para la Seguridad Nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignen* (Lineamientos)*.*

Mientras que las condiciones que comprometen la seguridad pública serían, según los mismos Lineamientos, cualquiera de las siguientes: a) *aquella que comprometa la seguridad pública, al poner en peligro las funciones a cargo de la Federación, la Ciudad de México, los Estados y los Municipios, tendientes a preservar y resguardar la vida, la salud, la integridad y el ejercicio de los derechos de las personas, así como para el mantenimiento del orden público; b) cuando la difusión de la información pueda entorpecer los sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridad pública, menoscabar o dificultar las estrategias contra la evasión de reos; o menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades encaminadas a disuadir o prevenir disturbios sociales,* o también, *aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados para conocer la capacidad de reacción de las instituciones encargadas de la seguridad pública, sus planes, estrategias, tecnología, información, sistemas de comunicaciones.*

En tanto que se puede comprometer la defensa nacional, cualquiera de las siguientes: a) *aquella que difunda, actualice o potencialice un riesgo o amenaza que ponga en peligro las misiones generales del Ejército, Fuerza Aérea Mexicana o Armada de México, relacionadas con la defensa del Estado mexicano, para salvaguardar la soberanía y defender la integridad, y permanencia del territorio nacional; o, b) aquella que revele datos que pudieran ser aprovechados para conocer la capacidad de reacción del Estado, sus planes, o uso de tecnología, información y producción de los sistemas de armamento y otros sistemas militares incluidos los sistemas de comunicaciones* (Lineamientos)*.*

Segundo supuesto, que al entregarse la información se pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales, lo que ocurriría cuando se acredite la totalidad de los siguientes elementos: *a) La existencia de una negociación en curso; b) identificar el inicio de la negociación; c) la etapa en la que se encuentra; y, d) el tema sobre el que versa.* En otra opción de este supuesto, *se deberán señalar los aspectos generales de la relación con ese Estado o Estados u otro sujeto de las relaciones que salgan del Estado mexicano y la incidencia de la información sobre los aspectos particulares de esa relación (*Lineamientos*)*.

Tercer supuesto, deberá considerarse como reservada, aquella información que *se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional.* En este caso, los Lineamientos señalan que se acredita el carácter de reservado o confidencial cuando se acredite alguno de los siguientes requisitos: *a) Que existan datos ciertos y verificables que demuestren la voluntad expresa e inequívoca de que la información proporcionada*

al Estado mexicano sea considerada como confidencial. En ningún caso se tendrá la confidencialidad por implícita o tácita, ni tampoco servirá para estos efectos analogía o mayoría de razón alguna; o, b) Que la confidencialidad de la información surja de una norma del derecho internacional vigente y aplicable al caso concreto; o del documento constitutivo o las reglas de operación del organismo internacional de que se trate. En ambos casos se deberá precisar la fuente, validez y condiciones de aplicación de la norma en cuestión; su compatibilidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Cuarto supuesto, *procederá la clasificación como reservada cuando pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal.* Para que pueda aplicarse este supuesto se requiere, según los Lineamientos, acreditar *un vínculo entre la difusión y alguno de los siguientes supuestos: a) se menoscabe la efectividad de las medidas implementadas en los sistemas financiero, económico, cambiario o monetario del país, poniendo en riesgo el funcionamiento de esos sistemas o, en su caso, de la economía nacional en su conjunto; b) se comprometan las acciones encaminadas a proveer a la economía del país de moneda nacional, dañando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda, el sano desarrollo del sistema financiero o el buen funcionamiento de los sistemas de pagos; c) se otorgue una ventaja indebida, generando distorsiones en*

la estabilidad de los mercados, incluyendo los sistemas de pagos; o, d) se genere incumplimiento de las obligaciones de un participante en un sistema de pagos que dé lugar a que otros participantes incumplan, a su vez, con sus respectivas obligaciones que pueda afectar seriamente al sistema financiero.

El quinto supuesto se integra de los siguientes elementos: que se p*ueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física* y, según los Lineamientos, *será necesario acreditar un vínculo, entre la persona física y la información que pueda poner en riesgo su vida, seguridad o salud.*

El sexto supuesto determina que su entrega pueda obstruir *las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;* mientras que los Lineamientos refieren que, para que esto ocurra deben presentarse, concurrentemente, los siguientes elementos: a) *La existencia de un procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes;* b) q*ue el procedimiento se encuentre en trámite;* c) l*a vinculación directa con las actividades que realiza la autoridad en el procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes; y,* d) q*ue la difusión de la información impida u obstaculice las actividades de inspección, supervisión o vigilancia que realicen las autoridades en el procedimiento de verificación del cumplimiento de las leyes.*

Otra modalidad de este supuesto, según el mismo Lineamiento, es debido a que la *difusión pueda obstruir o impedir el ejercicio de las facultades que llevan a cabo las autoridades competentes para recaudar, fiscalizar y comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales en términos de las disposiciones normativas aplicables.*

El séptimo supuesto consiste en que se o*bstruya la prevención o persecución de los delitos;* los Lineamientos requieren, para que sea procedente la causal de

reserva, que concurran todos los siguientes elementos: a) l*a existencia de un proceso penal en sustanciación o una carpeta de investigación en trámite;* b) q*ue se acredite el vínculo que existe entre la información solicitada y la carpeta de investigación, o el proceso penal, según sea el caso; y,* c) q*ue la difusión de la información pueda impedir u obstruir las funciones que ejerce el Ministerio Público o su equivalente durante la etapa de investigación o ante los tribunales judiciales con motivo del ejercicio de la acción penal.*

El octavo supuesto de procedencia señala que la información requerida *contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;* pero los Lineamientos precisan que esto ocurre sólo cuando se acrediten, de manera concurrente, los siguientes aspectos: a) *la existencia de un proceso deliberativo en curso, precisando la fecha de inicio;* b) q*ue la información consista en opiniones, recomendaciones o puntos de vista de los servidores públicos que participan en el proceso deliberativo; c)* q*ue la información se encuentre relacionada, de manera directa, con el proceso deliberativo; y,* d) q*ue con su difusión se pueda llegar a interrumpir, menoscabar o inhibir el diseño, negociación, determinación o implementación de los asuntos sometidos a deliberación.*

Noveno supuesto, que se o*bstruya(n) los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;* siendo que los Lineamientos requieren, para tales efectos, que en la información concurran los siguientes elementos: a) l*a existencia de un procedimiento de responsabilidad administrativa en trámite; y,* b) q*ue la información se refiera a actuaciones, diligencias y constancias propias del procedimiento de responsabilidad.*

El décimo supuesto precisa que su entrega a*fecte los derechos del debido proceso;* los Lineamientos señalan que para que ello ocurra deben actualizarse, concurrentemente, los tres supuestos siguientes: a) l*a existencia de un procedimiento judicial, administrativo o arbitral en trámite;* b) q*ue el sujeto obligado sea parte en ese procedimiento; que la información no sea conocida por la contraparte antes de la presentación de la misma en el proceso; y, c) que con su divulgación se afecte la oportunidad de llevar a cabo alguna de las garantías del debido proceso.*

El undécimo supuesto es procedente cuando se *vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;* los Lineamientos precisan que, para tal efecto, deben acreditarse, concurrentemente, *los siguientes elementos: a) la existencia de un juicio o procedimiento administrativo materialmente jurisdiccional, que se encuentre en trámite; y, b) que la información solicitada se refiera a actuaciones, diligencias o constancias propias del procedimiento.*

El duodécimo supuesto es aplicable en el caso de que la información *se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público,* señalando los Lineamientos que se trata, en este caso, de *aquella que forme parte de las averiguaciones previas o carpetas de investigación que resulte de la etapa de investigación, durante la cual, de conformidad con la normativa en materia penal, el Ministerio Público o su equivalente reúne indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio o no de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.* En este caso, más que señalar los

elementos que debe reunir la información, como en los casos anteriores, se limita a precisar los supuestos de integración de la información en los procesos de investigación.

Y, el último supuesto, que consiste en una habilitación abierta en esta norma, pero cerrada en tanto que la manifestación precisa se deberá de contener en otro ordenamiento jurídico; al referirse a aquella información *que por disposición expresa de una ley tenga tal carácter, siempre que sea acorde con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravenga; así como la prevista en tratados internacionales.* Según los Lineamientos, p*ara que se actualice este supuesto de reserva, los sujetos obligados deberán fundar y motivar la clasificación de la información, señalando de manera específica el supuesto normativo que expresamente le otorga ese carácter.*

De esta manera tenemos entonces trece supuestos en los que la clasificación de la información como reservada es procedente; supuestos señalados en el artículo 113 de la Ley General de Transparencia y descritos en los Lineamientos respectivos, con lo que se cumple, como se señaló antes, el primer requisito de legalidad y, de la descripción de cada uno de ellos, pueden apreciarse bienes jurídicos relevantes, fines valiosos en el seno de una sociedad democrática y que, por lo tanto, merecen ser protegidos, con lo que se cumple el segundo requisito requerido para que una restricción a un derecho humano sea compatible con la regulación interamericana.

El último de los requisitos consiste en que la restricción sea estrictamente proporcional. Puede determinarse que se cumple si consideramos los siguientes cuatro aspectos:

Primero, lo que establece el artículo 105 de la Ley General al señalar que la aplicación de estos supuestos debe de realizarse de manera restrictiva y limitada, por lo que debe acreditarse que se cumple con esta condición y no se pueden ampliar las excepciones o supuestos de clasificación aduciendo analogía o mayoría de razón. Consecuentemente, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje (García Amado, 2016:6) para acreditar que el supuesto de hecho corresponde estrictamente con la hipótesis jurídica.

Segundo, la clasificación no es procedente solamente porque se actualice el supuesto legal de clasificación y el cumplimiento de los elementos señalados en los Lineamientos; sino que, además, debe practicarse la prueba de daño referida en los artículos 102 y 103 de la Ley General, sobre la que regresaremos más adelante, de cuyo resultado se puede determinar que la restricción no aplica automáticamente sino que, aun cuando concurran los elementos del supuesto de clasificación, puede ser procedente la entrega de la información.

Tercero, la clasificación de la información como reservada tiene la condición de ser de carácter temporal; es decir, no debe perpetuarse o petrificarse su clasificación y que esto traiga como consecuencia el no acceso permanente a la misma, ya que eso, más que una restricción constituiría la pérdida de su calidad como pública lo que, insisto, constituye una diferencia clara entre la reserva, como condición de excepción del derecho y la confidencialidad, como un límite permanente del derecho. La temporalidad de la clasificación de la información se encuentra señalada en el artículo 101 de la Ley General, que contempla que dicha información podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción, dejaran de existir los motivos de su reserva.

Ahora bien, los titulares de las áreas tienen la alta responsabilidad de determinar que el plazo de reserva sea el estrictamente necesario para proteger la información mientras subsistan las causas que dieron origen a la clasificación, salvaguardando el interés público protegido y tomarán en cuenta las razones que justifican el periodo de reserva establecido.

De manera excepcional los sujetos obligados, con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales y por una sola vez, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.

Cuando expiren los plazos de clasificación o se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos que, a juicio de un sujeto obligado, sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicar la prueba de daño y señalar el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.

Y, último aspecto, que aun cuando se actualice el supuesto y sus elementos; aun cuando la entrega de la información pueda generar un riesgo al bien que se pretende proteger, es procedente correr ese riesgo y se determina la entrega de la información porque, en todos aquellos casos en los que se pretende adoptar una clasificación de la información como reservada, al amparo de lo que establecen los artículos 5, 113 fracción III y 115 de la Ley General, se determinan tres excepciones

a la clasificación por la causal de información reservada: cuando corresponda a violaciones graves a derechos humanos, a delitos de lesa humanidad y a actos de corrupción, entendiendo en el último aspecto que el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal Federal establece los Delitos por Hechos de Corrupción, entre los cuales se encuentran los de ejercicio ilícito de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso ilícito de atribuciones y facultades, pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico e influencia, cohecho, cohecho de servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito. De ser el caso, que la información que se pretende reservar corresponda a cualquiera de estos supuestos, no es posible clasificarla como reservada.

Por lo tanto, la restricción al derecho de acceso a la información pública jurídicamente establecida cumple con el parámetro de control convencional en tanto: los supuestos se encuentran establecidos en la ley general y descritos en los lineamientos, dichos supuestos pretenden proteger fines relevantes y valiosos para una sociedad democrática, sujetos a un régimen de estricta proporcionalidad al tratar de que se actualice temporalmente, de manera excepcional y no como regla general.

4.2.2. Condiciones de formalidad para determinar la restricción.

Ya que la clasificación de la información como reservada es una restricción al derecho humano, es indispensable que cumpla con un conjunto de requisitos formales que permitan apreciar que se trata de un acto formalmente emitido; esto es, adoptado por la autoridad facultada para ello y que se siga un procedimiento administrativo señalado en la norma.

El procedimiento formal que debe seguirse es el siguiente: la Ley General prohíbe que la clasificación de la información se determine cuando aún no se genere (art. 108 segundo párrafo); y sólo lo permite en tres momentos específicos, que establece el artículo 106 de la Ley General, a saber: cuando se atiende una solicitud de acceso a la información, porque lo determina una autoridad competente, o porque se va a generar una versión pública para cumplir con sus obligaciones de transparencia.

En lo que corresponde a la autoridad facultada para determinar la clasificación de la información debe considerarse que el artículo 100 de la Ley General señala que los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los supuestos de clasificación y que son los titulares de las áreas administrativas los encargados de clasificar la información. En consecuencia, son los titulares de las áreas que administran la información los que aprueban su clasificación y no el Comité de Transparencia. Al adoptar esta decisión tienen que precisar qué información debe clasificarse, si se trata de una clasificación parcial, algún dato que forme parte de algún documento; o total, cuando se determina no permitir el acceso del documento o expediente completo, señalando el supuesto de clasificación. Para efectos de este estudio, debe considerase solamente el supuesto de reserva como una restricción al derecho.

Ahora bien, al emitir este acto que pretende restringir al derecho, se deben de cumplir dos requisitos básicos: fundamentación y motivación, los que necesariamente deben justificar la decisión, ya que son esenciales para el desahogo de las siguientes fases del procedimiento, revisemos un momento lo que esto implica.

En el artículo 105 segundo párrafo de la Ley General y el lineamiento sexagésimo segundo de los Lineamientos Generales se señala que la carga de la prueba, para justificar las restricciones, corresponde a los sujetos obligados, por lo que deberán fundar y motivar debidamente la clasificación.

De lo anterior se desprende que, para una correcta clasificación total o parcial, esto es, para determinar la información que no será entregada al solicitante totalmente o la que se suprimirá en una versión pública, es necesario fundar y motivar, de manera correcta, la clasificación; considerando que todo acto que la autoridad pronuncie en el ejercicio de sus atribuciones debe expresar los fundamentos legales que le dieron origen y las razones por las que se deben aplicar al caso concreto.

Son abundantes los estudios doctrinarios relativos a estos derechos fundamentales y al principio de legalidad en ellos contenidos. Por poner un ejemplo, el procesalista José Ovalle Fabela refiere que "...la garantía de fundamentación impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate y que sustenten su competencia, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una argumentación o juicio de derecho. Pero de igual manera, la garantía de motivación exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que esos hechos son ciertos, normalmente a partir del análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una argumentación o juicio de hecho" (Ovalle, 2002: 474).

Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. *La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo

Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, marzo de 1996. Pág. 769.

Así, en un acto de autoridad se cumple con la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto, al hacer el juicio de subsunción o encaje entre el supuesto de hecho y la hipótesis jurídica mediante el cual se acredita la estricta correspondencia entre un elemento y otro; mientras que la debida motivación se acredita cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

En consecuencia, la fundamentación y motivación implican que, en el acto de autoridad, además de contener los supuestos jurídicos aplicables, se explique claramente por qué a través de la utilización de la norma se genera el acto. De este modo, se podrá revisar la decisión en la siguiente fase interna del sujeto obligado y, al final, la persona que se sienta afectada puede entender las razones para aceptar o impugnar la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

En ese mismo sentido, el lineamiento trigésimo tercero fracción V de los Lineamientos Generales precisa que, para motivar la clasificación, se deben acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Además de fundar y motivar su decisión, la determinación por la que se clasifica la información como reservada debe observar otro de los requisitos formales, que consiste en la prohibición de emitir acuerdos “de carácter general ni particular”, según lo dispone el artículo 108 de la Ley General. Esto es, no se puede hacer un acuerdo para clasificar de manera general todos los documentos de un expediente o área, sin individualizar su análisis; y, tampoco se puede hacer un acuerdo por cada dato que se vaya a clasificar dentro de un documento con diez datos, por ejemplo, susceptibles de ser clasificados.

Siguiendo con el procedimiento, una vez que el titular de la unidad administrativa que posee la información determina su clasificación, se lo deberá informar al titular de la Unidad de Transparencia, éste deberá convocar al Comité de Transparencia, según lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley General y la fracción III del numeral Segundo de los Lineamientos, instancia que cuenta con las facultades necesarias para confirmar, modificar o revocar la clasificación de la información que ha hecho el titular del área que administra la información.

A la luz de estas consideraciones tenemos que, en sede del propio sujeto obligado, titular de la obligación que genera el derecho, autoridad obligada a prestar las garantías primarias del derecho, uno de sus integrantes, el titular de la unidad administrativa que gestiona la información, adopta la decisión que restringe el derecho; pero esa decisión aún no es firme, se encuentra sujeta a un primer mecanismo de control que será la revisión que, para tal efecto realice el Comité de Transparencia.

Ya que la decisión de clasificar implica una restricción a un derecho humano, por lo tanto, puede generar un agravio al particular. Es necesario que el acto reúna los requisitos elementales; entre ellos, que la autoridad que va a emitir el acto de autoridad sea la legalmente facultada al respecto. Es decir, que cumpla con el principio de reserva de ley, y que dicha autoridad observe el procedimiento establecido para ello, lo que otorga validez formal a la decisión (Ferrajoli, 2014: 51). Cualquier decisión que determine impedir el acceso a la información, sin cumplir estas formalidades, deberá de estimarse como un acto informalmente adoptado y, por lo tanto, viciado, susceptible de ser anulado.

4.2.3. Condiciones substanciales para determinar la restricción al derecho.

Para explicar esta sección de la investigación es necesario partir de considerar a los derechos humanos como un factor de deslegitimación de los actos gubernamentales (Ferrajoli,2010:24), por lo que las autoridades se ven obligadas a justificar sus decisiones cumpliendo con los requisitos formales de que las decisiones sean adoptadas por los servidores públicos legalmente facultados para tal efecto, siguiendo el procedimiento formalmente establecido, así como los requisitos substanciales que el contenido de la decisión corresponda con el contenido de los derechos, de tal forma que la decisión sea formal y substancialmente válida (Ferrajoli, 2014:51).

Para que la clasificación de la información como reservada, restricción ordinaria del derecho de acceso a la información, pueda cumplir con ese requisito substancial, es necesario atender lo que dispone el artículo 103 segundo párrafo de la Ley General, al señalar que se deben de especificar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevan al sujeto obligado a concluir que el caso fáctico se corresponde con la norma. Por esta razón, la motivación del acto, el juicio de subsunción, para acreditar la estricta correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, deberá señalar las razones, motivos o circunstancias que lo justifiquen. En esta parte es necesario destacar que el error más frecuente de los sujetos obligados consiste en repetir el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, cuando en esta fase se debe generar un juicio demostrativo, no uno autorreferencial, en el que primero se dice algo, después se dice lo mismo y al final exactamente lo mismo, cambiando únicamente el orden de las palabras.

La misma disposición jurídica, referida en el párrafo anterior, precisa que, además de señalar las razones, motivos o circunstancias, se deberá de aplicar la prueba de daño. Adicionalmente, los artículos 104 y 108 último párrafo de la Ley General,

determinan que se debe realizar un análisis, caso por caso, aplicando la prueba de daño, lo que implica que la motivación debe acreditar la correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, señalando las razones, motivos o circunstancias; es sólo una parte de la decisión que justifica la restricción y, otra parte, distinta, es la que corresponde a la formulación de la prueba de daño, que debe aplicarse caso por caso. Esto es, no se puede hacer una prueba de daño de un expediente completo, de manera genérica, sin individualizar la forma como se relaciona cada documento con el bien jurídico protegido mediante el supuesto de clasificación, sino de cada uno de los documentos que lo integran.

Para aplicar la prueba de daño, según el artículo 104 de la norma ya referida, deberán precisarse las razones objetivas por las que la apertura genera una afectación, acreditando que:

> *I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;*
> *II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y*
> *III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.*

Sobre el primer supuesto consideremos que, según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender “la contingencia o proximidad de un daño”, en tanto que el daño es considerado como un “perjuicio o lesión”; para el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo “que tiene existencia objetiva”, entre tanto que lo demostrable es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar; es

decir, “manifestar, declarar, probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo”. Mientras tanto que lo identificable es lo que puede ser identificado; esto es, “dar los datos necesarios para ser reconocido”.

Por lo que, entonces, el primer supuesto de la prueba de daño consiste en acreditar que la entrega de la información provoca tres aspectos concurrentes: primero, la contingencia o proximidad de un daño, un perjuicio o lesión del bien jurídico que pretende proteger el supuesto de reserva, que dicho daño tiene existencia objetiva, que se puede manifestar, declarar o probar mediante cualquier género de demostración a partir de proporcionar datos necesarios para reconocer el daño, perjuicio o lesión que provocaría a un interés público o a la seguridad pública.

Esta primera parte es, a mi juicio, la fase que puede realizarse con mayor objetividad, ya que su determinación requiere el estudio de la normatividad que sustenta y caracteriza al bien jurídico relevante, que obtiene la protección que genera el supuesto de clasificación y el análisis de la información concreta que se pretende clasificar, para identificar si la entrega de la información realmente puede generar un perjuicio o lesión en el bien jurídico; todo lo cual puede hacer perfectamente justificable la decisión que se adopte.

La segunda parte es, ahora sí y como consecuencia del diseño de la norma en cuestión, una fase en la que prevalece una mayor subjetividad e incertidumbre, ya que es necesario que, una vez que se identifica ese riesgo en sus dimensiones objetivas de ocurrencia, se proceda a demostrar que supera el interés público general porque se difunda dicha información. Digo que esta parte es ya, por sí misma, especulativa, en virtud de que, como se señaló antes, para que se ejerza el derecho de acceso a la información no es necesario justificar el interés por acceder

a la información; en consecuencia, no existen referencias objetivas que nos permitan identificar un interés público, sino lo que la información, en sí misma, pudiera aportar según la personal apreciación del juzgador.

Y, por último, que la limitación al derecho de acceso a la información sea acorde con el principio de proporcionalidad; para ello, se podrían emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana (Corte Constitucional Colombiana, C-093/2001, C-671/2001 y T-376/2013)[2], siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia BVerfGE 93, 266 de 1995, ideado por Robert Alexy, (Alexy, 2014: 525) y que se integra por la realización del juicio de idoneidad; esto es, que la medida adoptada sea la idónea para la protección del derecho; o el bien jurídico relevante que protege el supuesto de reserva; de necesidad, que sea necesaria para que se consiga esa protección; y, el de estricta proporcionalidad, esto es, que se proteja el bien jurídico relevante con la intensidad necesaria para conservar los mínimos términos que tutela el derecho de acceso a la información cuya eficacia retrocede en lo estrictamente necesario, sin traspasar nunca su núcleo básico. Y aquí, sin duda, la

[2] "En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013." Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Párr. 256.

misma norma jurídica positiva, ahora sí, se rinde ante una discrecionalidad amplia en favor del operador jurídico para realizar este proceso de ponderación.

Así entonces, es posible concluir que esta condición de restricción al derecho, en el sentido que ya se ha expuesto, consiste en la suspensión del natural desahogo de la relación jurídica que genera el derecho, lo que es susceptible de ocurrir en cualquier momento, sin que existan causas extraordinarias que la justifiquen y, más bien, encuentra amparo en supuestos ordinariamente establecidos en la norma, susceptibles de presentarse en cualquier momento. La restricción no impide que el titular del derecho busque la información sino, incluso, es consecuencia de esa búsqueda en cuyo proceso se conduce a la adopción de la restricción; si bien interrumpe el desarrollo de la relación jurídica, eso ocurre exclusivamente en la acción de recibir la información solicitada, a cambio de lo cual el sujeto obligado deberá de adoptar un acto formal y válido mediante el cual justifica su decisión para que sea comunicada al titular del derecho que, ahora, podría aceptar la decisión o someter a control esa decisión mediante la garantía secundaria o procesal establecida y que se desahoga en sede del organismo garante del derecho.

4.3. La suspensión del derecho de acceso a la información.

Aunque el supuesto que ahora se analiza podría considerarse como una especie del género de restricción, se propone una categorización diferente por lo siguiente: si bien también se trata de una suspensión de la relación jurídica que genera el derecho, su trascendencia es mayor ya que afecta las tres acciones que definen al derecho: buscar, recibir y difundir la información. A diferencia de la restricción ordinaria, ésta sólo puede ocurrir excepcionalmente y siguiendo un procedimiento

constitucionalmente definido, como la suspensión de derechos, de la cual, incluso, se adopta su denominación, la excepcionalidad y la temporalidad son los elementos claves que nos permiten diferenciar la suspensión de derechos de la restricción (Medina et al, 2015:61).

Se trata de un procedimiento que no es exclusivo del derecho de acceso a la información, como la restricción estudiada en la sección anterior, sino establecido, para la generalidad de los derechos humanos y contenido en el artículo 29 de la Constitución. Este procedimiento de suspensión debe analizarse en función de los siguientes elementos: Las causas que lo justifican; los derechos afectados; los efectos de la suspensión; el procedimiento para su adopción.

4.3.1. Las causas que lo justifican.

El primer párrafo del artículo 29 constitucional, establece como causas que justifican esta decisión las siguientes: los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto. Como se aprecia, se trata de condiciones que no se relacionan directamente con el ordenamiento jurídico y con la regulación normal de los derechos humanos en sí mismos, son condiciones que se desprenden de aspectos externos al Estado mismo y que ponen en riesgo su viabilidad, como el estado de emergencia, el estado de sitio y de excepción (Giles y Cruz, 2019:11), razón por la cual, se estima más relevante la existencia e integridad misma del Estado y de la sociedad, e incluso puede optarse por afectar el funcionamiento ordinario del régimen jurídico establecido.

4.3.2. Los derechos afectados.

En este tema hay otra clara diferencia entre la forma de plantear la restricción ordinaria y la suspensión extraordinaria; mientras que en el primer caso hay un

catálogo objetivamente definido en la norma jurídica en los que resulta procedente la restricción. En la suspensión hay, a contrario sensu, un catálogo mínimo de los derechos que no pueden suspenderse y, por exclusión, todos aquellos que no se encuentren contemplados en dicho catálogo, son sujetos a los efectos de la suspensión.

Ese catálogo se integra por los señalados en el párrafo segundo del artículo en cuestión y que enuncia los siguientes: “los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

El decreto del 10 de junio de 2011, mediante el cual se reformó la Constitución, en materia de derechos humanos estableció, en su disposición transitoria cuarta, el deber del Congreso de la Unión de expedir la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías; lo que debería de realizarse en un plazo máximo de un año, a partir del inicio de la vigencia de la reforma. Hasta ahora, esa ley no se ha emitido por lo que carecemos de mayores elementos en el orden nacional para analizar este tema y, dadas las condiciones graves de excepcionalidad que define el texto constitucional, a partir de la etapa post revolucionaria, en nuestro país no se han emitido, formalmente, declaratorias de suspensión de derechos, ni para enfrentar revueltas como la Guerra Cristera, la protagonizada por la guerrilla rural o urbana, los

terremotos de 1958, 1985 y 2017, huracanes u otras tragedias; razón por la cual, tampoco hay criterios interpretativos que nos permitan tener referencias mínimas indispensables para su estudio.

Y señalo esto porque el artículo 29 constitucional contiene la formulación del catálogo de derechos no susceptibles de ser suspendidos, pero presenta una disonancia conceptual ya que, mientras se integra la lista individualizando a los derechos, hay un concepto genérico y, por lo tanto, sujeto a interpretación: los derechos políticos. En el catálogo de derechos no existe una referencia según la conceptualización propia del derecho público internacional, ya que no se señalan los derechos civiles, los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, sino que individualiza qué derechos civiles no pueden suspenderse y, en medio de ellos, se incluye en bloque a los derechos políticos.

Definir si por derechos políticos debemos entender a todos los derechos considerados, de esa forma, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a los catalogados así doctrinalmente, o solamente a los derechos políticos del ciudadano, resulta de cardinal importancia para determinar si el derecho de acceso a la información, no mencionado expresamente en el catálogo, puede ser objeto o no de la suspensión.

Evidentemente que una interpretación expansiva del concepto derechos políticos incluirá al derecho de acceso a la información, con lo que formaría parte del bloque de derechos que no pueden suspenderse nunca, sirve de apoyo a esa idea el que dentro del catálogo se encuentra la libertad de pensamiento, reconocida en el primer párrafo del artículo sexto constitucional y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición en la que expresamente se reconoce que la libertad de pensamiento y de expresión incluyen el derecho a buscar, recibir y difundir información.

Insisto, si esto fuera de esa manera, el derecho de acceso a la información formaría parte de aquellos derechos que no pueden suspenderse; ni siquiera en los casos más graves de alteración del orden público o de debilidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debo decir que, ante la falta de declaratorias de suspensión de derechos en la etapa post revolucionaria de nuestro país, resulta necesario acudir a dos fuentes cercanas de estudio.

La primera de esas fuentes consiste en el Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de marzo de 2020, por el Consejo de Salubridad General, con fundamento en los artículos 4o., párrafo cuarto, 73, fracción XVI, bases 1a. y 3a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., fracción XV, 4o., fracción II, 17, fracción IX, 134, fracción II y XIV, 140 y 141 de la Ley General de Salud; y, 1 y 9, fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.

Acto seguido, el 31 de marzo de 2020, la Secretaría de Salud del Gobierno Federal publicó, en el Diario Oficial de la Federación, el Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, ordenando en su artículo Primero, fracción I, la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV2 en la comunidad, decisión que fue prorrogada hasta el mes de agosto.

Al amparo de esa decisión, tanto el INAI como los organismos garantes del derecho emitieron una serie de acuerdos para suspender los plazos para la substanciación de los procedimientos de acceso e inconformidad de los recursos de revisión. De

esta forma, si bien no se hizo referencia a una suspensión formal de derechos y tampoco se siguió estrictamente el procedimiento formalmente establecido, sí ocurrió lo siguiente: se interrumpió la relación jurídica que genera el derecho, en lo que corresponde a la búsqueda de la información mediante el procedimiento de acceso a la información y en lo que corresponde a la actualización de las obligaciones de transparencia, así como los plazos para el ejercicio de la garantía secundaria del derecho; y, si bien fueron los organismos garantes los que adoptaron esta decisión, lo hicieron en atención a las determinaciones adoptadas por el Consejo Nacional de Salubridad que preside el Secretario de Salud del Gobierno Federal.

En los antecedentes históricos, especialmente en el convulso siglo XIX, encontramos experiencias de suspensión de las garantías individuales. Me refiero especialmente al decreto de 05 de noviembre de 1857, mediante el cual "Para proveer al restablecimiento del orden público, a la defensa de la independencia y de las instituciones se suspenden, desde la publicación de la presente ley, hasta el 30 de abril próximo venidero, las garantías consignadas en los arts. 7, 9, 10, 11, 1ª parte del 13, 16, 1ª y 2ª parte del 19, 21 y 26 de la Constitución. El Ejecutivo dictará los reglamentos y órdenes relativas a dicha suspensión en todos los casos en que deba tener efecto”, entre las “garantías” aludidas se encontraba tanto la libertad de pensamiento y expresión, como la de asociación y de tránsito.

Estos dos elementos históricos y actuales, me conducen a suponer que, posiblemente, el derecho de acceso a la información podría ser sujeto de dicha suspensión de derechos, así que supongamos, para efectos del presente estudio, que ello fuera posible.

4.3.3. Los efectos de la suspensión de derechos.

El primer párrafo del artículo en cuestión refiere que el acto de suspensión puede tener efectos territoriales en: a) todo el país; o, b) en un lugar determinado; que dicha suspensión será por un tiempo limitado y sin que se contraiga a determinada persona.

De esta manera, suponiendo que pudiera suspenderse la relación jurídica que genera el derecho, esto tendría que ocurrir en el espacio territorial que se determine y por el plazo que se defina, teniendo efectos en todos los titulares del derecho que, como en el caso de la pandemia de COVID-19, no podrían formular solicitudes de acceso a la información (INAI, 2020), ni recibir respuesta de las que hubieran formulado antes de la suspensión; de igual forma, los sujetos obligados estarían exentos de cumplir con sus obligaciones de actualización de la información pública de oficio.

4.3.4. El procedimiento para la suspensión.

A falta de la ley reglamentaria contamos sólo con los aspectos constitucionalmente definidos, esto es: que “solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido” podrá tomar esta decisión. Aquí se encuentra la definición de las autoridades constitucionalmente facultadas para adoptar la decisión.

Ahora bien, “si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde”.

La decisión, por tratarse de una restricción excepcional de derechos debe cumplir con las formalidades básicas. Esto es “debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación”.

Y se establece el proceso de recuperación de la normal vigencia del orden jurídico, por lo que “cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”.

Esto es así porque como refirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva seis, del 9 de mayo de 1986, los Estados de Emergencia no pueden traducirse en la suspensión temporal del Estado de Derecho, debe negarse la idea de que el gobierno esté investido de poderes absolutos, al contrario, según las recomendaciones internacionales (CoIDH, OC-8/87), los estados de excepción deben declararse cumpliendo las formalidades legalmente establecidas, deben ser proclamadas públicamente, notificarse a la comunidad internacional, ser temporales y, con el objeto de enfrentar amenazas excepcionales, estrictamente proporcionales, no discriminatorias y compatibles, concordantes y complementarias con el derecho internacional, como bien lo resumen, determinados autores (Giles y Cruz, 2019:6).

Conclusiones

Al estudiar el derecho positivo mexicano fue posible identificar el régimen jurídico existente para la protección del derecho de acceso a la información pública a partir del proceso de reformas al artículo sexto constitucional, hasta llegar a la de 2014, del contenido de los tratados internacionales y, finalmente, de las disposiciones contenidas en las Leyes Generales de Transparencia y Acceso a la Información Pública y de Archivos. Es entonces posible concluir que el diseño jurídico dispuesto para la protección del acceso a la información cumple con el parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos humanos. Esto es así porque, en primer lugar, se reconoce un derecho que se define con precisión, en los términos siguientes:

La *igualdad de oportunidades de las personas para recibir, buscar y difundir información (*CADH*) 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, estatal y municipal (*CPEUM*)*, 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 (*CoIDH*,* caso Claude Reyes, Serie C, No. 151, párr. 86) fomentando *la transparencia de las actividades estatales y* promoviendo *la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública (*CoIDH, caso Claude Reyes Serie C, No. 151, párr. 87), 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 (*RENULOE y otros).

En segundo lugar, el diseño jurídico vigente incluye igualmente la definición de las garantías para su protección, mediante la definición de un conjunto de obligaciones que deben observar todos los sujetos obligados para promover, respetar, proteger y garantizar el derecho de acceso a la información pública lo que, desde mi punto de vista, adquiere la condición de sus garantías primarias, identificadas en los siguientes mandatos constitucionales, que contienen las obligaciones de:

a) Documentar todo lo que los sujetos obligados realizan en el ejercicio de sus facultades, competencias o funciones legales;
b) Preservar los documentos en archivos administrativos actualizados;
c) Publicar de oficio y mantener actualizadas la información identificada como sus obligaciones de transparencia (comunes y específicas); y,
d) Atender las solicitudes de acceso a la información pública.

Se entiende también la posibilidad de que existan actos de los sujetos obligados que incumplan con estas obligaciones y que tendrían consecuencias directas en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública al provocar su violación, ya sea porque las autoridades realicen actos, en el ejercicio de sus facultades, competencias y funciones y no los documenten o cuando sean omisas en el cumplimiento de esos deberes legales, que son –éstos– de carácter inexcusable.

Lo mismo pasa cuando la autoridad es incapaz de resguardar la información en archivos administrativos actualizados, cuando lo que prevalece es desorden en la información, falta de clasificación, ordenación, control y descripción archivístico; lo que provoca que los sujetos obligados pierdan documentos, no localicen la información o, simplemente, impidan acceder a ella.

Algo similar ocurre cuando cualquier persona consulta la Plataforma Nacional de Transparencia para buscar información, relacionada con los 48 conceptos de obligaciones de transparencia comunes o los conceptos adicionales de carácter específico y no la encuentra porque no estuvo disponible.

Y, el último segmento de posibles violaciones al derecho, que ocurre cuando los sujetos obligados no responden a las solicitudes, entregan información incompleta, ilegible, intentan cobrar injustificadamente el acceso, realizan clasificaciones indebidas o declaraciones infundadas de inexistencia de información, todo en el procedimiento de acceso.

Para resolver estas violaciones al derecho se contemplaron procedimientos de denuncia, así como el denominado recurso de revisión, que vienen a constituirse como las garantías secundarias del derecho de acceso a la información; recursos orientados a reparar las violaciones, que anulan los actos formales pero inválidos, y sancionan los actos informales e ilícitos. Mediante estos instrumentos procesales es posible investigar la violación al derecho, ordenar acciones para repararlas, sancionar las conductas lesivas y, con todo ello, prevenir acciones similares. Tales garantías secundarias fueron diseñadas bajo un modelo cuasi jurisdiccional, depositadas en órganos especializados ajenos al Poder Judicial, aunque también se conservó la posibilidad de que el recurrente acuda finalmente al juicio de amparo.

Las ventajas de ese diseño de control consisten en que el procedimiento del recurso de revisión es expedito, ajeno a las formalidades de un proceso judicial, lo que muchas veces provoca que el órgano garante entre, con mayor probabilidad, al estudio del fondo del asunto y adopte medidas que permiten reparar las

afectaciones al derecho. Es una extraordinaria ventaja de diseño que, en el caso de todas aquellas resoluciones a los recursos de revisión que no ponen en riesgo la seguridad nacional y que, por lo tanto, no pueden ser combatidas por la Consejería Jurídica, o en los que el recurrente no interpone ningún recurso en su contra, bien porque se le haya dado la razón o porque no se sienta afectado, dicha resolución adquiriría la condición de resolución emitida por órgano límite en el régimen constitucional. Pero esa ventaja se vuelve una debilidad, por lo que sigue después de la emisión de la resolución del recurso de revisión por parte del órgano garante: la supervisión de su cumplimiento y la debilidad de las medidas para asegurarlo.

En tercer y último lugar, es necesario señalar que el proceso de definición y concepción del derecho es resultado de una selección que mediatiza parte de la realidad y que es consecuencia de un proceso deliberativo democrático del que derivará el reconocimiento jurídico que, mientras más adecuado y exitoso resulte, tal como ocurre en el caso del derecho que se estudió, permite la definición de los límites del objeto y de la forma como se desarrollará la relación jurídicamente protegida.

Al reconocer al derecho de acceso a la información pública como la posibilidad de acceder a la información en posesión de los sujetos obligados y al explicar que esta posesión es consecuencia del ejercicio de facultades, competencias y funciones legalmente establecidas, la delimitación define contornos que, indudablemente, delimitan lo que es el derecho y lo diferencian de lo que no lo es. En este supuesto nos encontramos ante lo que se identificó en la investigación como límites internos del derecho y que permiten justificar la no posesión de la información.

Mientras que la definición de otros derechos adyacentes al mismo, que pueden relacionarse directamente con el acceso a la información pública, como los derechos a la vida privada y a la protección de los datos personales, adquieren la condición de límites externos, impuestos desde fuera del derecho de acceso a la información pública, pero desde dentro de esos otros derechos. De ese análisis se desprende la propuesta de identificar a la clasificación de la información como confidencial, como un límite externo al derecho de acceso a la información pública, por ser permanente, que solamente puede exceptuarse bajo el examen al que se somete al derecho de protección de los datos personales mediante la prueba de interés público.

La definición del derecho incluyó la determinación de los supuestos de restricción, que son las condiciones que justifican que el objeto del derecho y la relación jurídica se sometan a una restricción temporal, bajo supuestos claramente tipificados en la norma, solamente en la fase de recibir información, no así en la posibilidad de buscar la información. Este supuesto de restricción limitado y excepcional ocurre únicamente en el caso de la clasificación de la información como reservada. Según el mismo marco normativo que regula la protección del derecho, para ser procedente debe someterse a un procedimiento especial: la prueba de daño. Y debe destacarse que, en el caso de la información relacionada con violaciones graves a los derechos humanos, delitos de lesa humanidad y actos de corrupción, la restricción al derecho no es procedente por lo que en estos supuestos la información no puede clasificarse como reservada.

Y aún hay un largo debate para determinar si el derecho de acceso a la información pública puede ser objeto del procedimiento de suspensión de derechos, que no es exclusivo del derecho de acceso a la información, sino que puede extenderse a diversos derechos y es consecuencia de condiciones estructurales que disminuyen la efectividad del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Mediante esta investigación, se presenta una idea completa, sistemática y suficiente del derecho de acceso a la información, en la forma como positivamente existe. Todos estos elementos planteados permiten concluir que el diseño jurídico derivado de la reforma constitucional de 2014 y de las leyes generales emitidas, como consecuencia de la reforma, es consistente con el parámetro de regularidad constitucional que, en nuestro país, protege a los derechos humanos, por lo menos desde el punto de vista del derecho positivo.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, J. (2016). *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado Democrático.* México: IIJ de la UNAM.

ACUÑA, F. (2016) *Comentarios a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*. México: Tirant lo Blanch.

AGUILAR, J. (2015). *Transparencia y democracia. Claves para un concierto.* Cuaderno de Transparencia. No, 10, México, INAI.

AGUILERA, R. (2017). *La gestión documental y nuevos valores democráticos. Evolución e Involución de los archivos mexicanos.* México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.

ALÁEZ, B. y ÁLVAREZ, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio.* Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado.

ALASDAIR, R. (2009). *La lucha por los gobiernos abiertos*, (pp. 180-200), México: IIS de la UNAM y Siglo XXI editores.

ALEXY, R. (2009). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, (4ª ed.), (pp. 31-48), Madrid, España: Trotta.

ALEXY, R. (2014). *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ARISTÓTELES. (1934). *La Política.* Madrid, España: Ediciones Nuestra Raza (Todos los Clásicos), Talleres Tipográficos AF.

ARIZMENDI, C. (2016). *Comentario al artículo 90*. (pp. 325), México: INAI.

AZUARA, C. (2016). *La naturaleza del nuevo IFAI: entre máximo tribunal de transparencia y coordinador del sistema nacional*", (pp. 107-127), México: IIJ de la UNAM.

BANISAR, D. (2009). *Leyes de protección a informantes internos*, México: IIS de la UNAM y Siglo XXI editores.

BOBBIO, N. (2018). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política,* (2ª. Ed), México: Fondo de Cultura Económica.

BONIFAZ, L. (2017). *La división de poderes en México. Entre la política y el derecho. México: Fondo* de Cultura Económica.

BREWER-CARÍAS, A. (2007). *La justicia constitucional (procesos y procedimientos constitucionales).* México: Porrúa.

CABAÑAS, P. (2007) *El financiamiento de los partidos y el poder de los medios,* (PP. 289-326), México: FCPyS de la UNAM, Seminario Interdisciplinario de Comunicación e Información y Plaza y Valdés.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2012). *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones.* Tomo I. (8ª ed.). México: Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Suprema Corte de Justicia de la Nación: Senado de la República, LXI Legislatura, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CARBONELL, M. (2009), *Neoconstitucionalismo(s).* (4ª ed.), Madrid: Trotta.

Carbonell, M. (2004). *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas.

COMANDUCCI, P. (2009). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metatéorico,* (4ª ed.), (pp.75-98), Madrid: Trotta.

COSSÍO, J. (1997, septiembre) *Cuestiones constitucionales. División de poderes y tribunales constitucionales*, *Este País*, no. 78.

CRUZ, J. (2009). *Qué es un archivero.* Guijón, España: Ediciones Trea.

DÁVILA, A. (2010). *Los archivos del Estado. Qué son y cómo se tratan.* Guijón España: Ediciones Trea.

DÍAZ, F. (2011). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. México: Ed. Porrúa e IMDPC.

EIFF, L.D. (2018). *Bitácora de lo político. El secreto entre la razón de Estado y la ilustración",* Revista de Filosofía y Teoría Política.

ESCOBEDO, J. (2016). *Comentarios al Capítulo II. De los Principios Generales*, México: Tirant lo Blanch.

ESQUIVEL, G., IBARRA, F. y SALAZAR, P., coords. (2017). *Cien Ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Tomo 2: Estudios Jurídicos. México: UNAM.IIJ, Instituto Belisario Domínguez.

FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías, la ley del más débil.* (7ª ed.). Madrid, España: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (2ª ed.) Madrid, España: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2013). *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia. Teoría del derecho.* Madrid, España: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, España: Trotta.

FERREYRA, R. (2016). *Notas sobre derecho constitucional y garantías. (*2ª ed.) Buenos Aires, Argentina: Ediar.

FRANCO, J. (2017). *Diseño de políticas públicas. Una guía práctica para transformar ideas en proyectos viables. (*3ª ed.), México: IEXE editorial.

GARCÍA Amado, J. (2016) *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación,* (pp.1-19), Revista Iberoamericana de Argumentación, No. 13.

GARCÍA Calderón, C., coord. (2007), *Campañas, partidos y candidatos. Elección de 2006.* México: FCPyS de la UNAM, Seminario Interdisciplinario de Comunicación e Información y Plaza y Valdés.

GARCÍA Maynez, E. (2016). *Introducción al estudio del derecho. (65ª ed.),* México: Porrúa.

GILES, C. y CRUZ, G. (2019). *La suspensión de garantías en México y su legislación pendiente.* Cuadernos de Investigación No. 2. México: Instituto Belisario Domínguez.

GÓMEZ, A., MAGDALENO, M. y RODRÍGUEZ, J. (2017). *La importancia de los archivos históricos como garantes de la memoria y el acceso a la información.* México: INAI.

GÓMEZ, A. (2017). *La importancia de los archivos históricos como garantes de la memoria y el acceso a la información*. (pp. 9-68), México: INAI.

GUERRERO, E. y RAMÍREZ, L. (2006). *La transparencia en México en el ámbito subnacional: una evaluación comparada de las leyes estatales* (pp. 81-126), México: IIJ, UNAM e Instituto Federal de Acceso a la Información.

HABERMAS, J. (1985). *Conciencia moral y acción comunicativa.* Barcelona, España: Península.

HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (2001). *El Federalista*. (2ª ed.), México: Fondo de Cultura económica.

INAI. (2019). *Diagnóstico para la armonización de las legislaciones locales en materia de archivos*. México: INAI, AGN, IIJ de la UNAM.

INAI. (2020). *Un libro temático. Reflexiones desde los organismos garantes de transparencia.* México: INAI y SNT.

ISLAS, J. (2016). *Comentario de los artículos 12 y 13,* (pp. 88-90), México: INAI.

ISLAS, J. (coord. y ed.). (2016). *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Comentada.* México: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales..

JELLINEK, G. (2000). *Teoría General del Estado.* México: Fondo de Cultura Económica.

KAISER, B. (2019). *La dictadura de los datos: la verdadera historia desde dentro de Cambridge Analytica y de cómo el big data, Trump y Facebook rompieron la democracia y cómo puede volver a pasar.* México: Harper Collins.

KELSEN**,** Hans**.** (2008). *Teoría general del derecho y del Estado*. (3ª ed.), México: UNAM.

LOPEZ, S. (2006). *Democracia, transparencia y constitución: propuestas para un debate necesario.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Federal de Acceso a la Información.

LÓPEZ, S. y ARELLANO, D. (coords). (2008). *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.* México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.

LÓPEZ, S. (2012). Artículo 6 comentario". En Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones.* Tomo I, (8ª ed.), (pp. 645-677), México: Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Suprema Corte de Justicia de la Nación: Senado de la República, LXI Legislatura, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

LÓPEZ, S. (2017). *La Transparencia Gubernamental*, (pp. 277-296), México: UNAM.IIJ, Instituto Belisario Domínguez.

LÓPEZ, S. (2015). *El acceso a la información como un derecho fundamental: la reforma al artículo 6º de la Constitución mexicana.* Cuaderno de Transparencia. No, 17, México: INAI.

LUHMANN, N. (2005) *Poder*. Barcelona. España: Anthropos.

LUNA, J. (2018). *El papel del derecho de acceso a la información y sus garantías, en la defensa del derecho a la verdad*. (pp. 103-114). México: Ed. SEP, Escuela Nacional de Biblioteconomía y Archivonomía.

LUNA, J. (2019-3). *Archivos públicos: la garantía más importante del derecho de acceso a la información*", (pp. 251-262). La Gazette des archives no. 255 Archives et Transparence, Une Ambition Citoyenne, Association des Archivistes Français.

LUNA, J. (2020). *Entre los lineamientos y la omisión. Diagnóstico sobre el cumplimiento de los órganos de transparencia en la implementación del modelo de gestión documental.* Metepec, México: INFOEM e INAI.

LUNA, J. (2020, 2). *El derecho de acceso a la información pública y sus rasgos garantistas*, (pp. 175-187), México: INAI.

MAGDALENO, M. (2017). *Los Sagrados Archivos. Reservado y confidencial, ¿confusión deliberada?" (*pp. 69-110), México: INAI.

MEDELLÍN, X. y FIERRO, A. (2015). *De las garantías individuales a los derechos humanos: ¿existe un cambio de paradigma?* México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

MEDINA, A., SALAZAR, P. y VÁZQUEZ, D. (2015). *Derechos Humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia.* México: Porrúa y UNAM.

MEJÍA, F. (2017). *Un hombre de confianza.* (2ª ed.) México: Grijalbo.

MENDIOLA, C. (2016). *Comentario Capítulo VI. De la verificación de las obligaciones de transparencia*, (pp. 89-90), México: Tirant lo Blanch.

MERINO, M. (2006). Muchas políticas y un solo derecho. (pp. 127-156), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Federal de Acceso a la Información.

MONTESQUIEU, C. (2007). *Del espíritu de las leyes.* (17ª ed.), México: Porrúa.

MORALES, G. (2016). *Comentario al artículo 144*, (pp. 437-439), México: INAI.

NAVA, R. (2015). *Deconstruir el archivo: La historia, la huella, la ceniza.* México: Universidad Iberoamericana.

OLIVOS, M. (2020). *Estado Garante Informador.* México: Tirant lo Blanch.

OROZCO, J., DOMÍNGUEZ, J. y LANDEROS, M. (2018). *4o. Simposio de archivos. Ética en la profesión archivística.* México: Ed. SEP, Escuela Nacional de Biblioteconomía y Archivonomía.

OVALLE, J. (2002). *Garantías constitucionales del proceso*, (2ª ed.), México: Oxford University Press.

PEÑA, S. (2011). *A una década, temas y reflexiones sobre transparencia y rendición de cuentas como política pública en México*. México: Escuela de Gobierno y Política Pública del Tecnológico de Monterrey y Miguel Ángel Porrúa.

PEÑA, S. y RUELAS, A. (2011). *Entre la dispersión, la subordinación y la negación: análisis del entramado normativo relativo a la transparencia en México,* (pp. 163-202). México: Escuela de Gobierno y Política Pública del Tecnológico de Monterrey y Miguel Ángel Porrúa.

PESCHARD, J. (2015). Transparencia y partidos políticos. Cuaderno de transparencia. No. 08, México: INAI.

PESCHARD, J. (2016). *Hacia el sistema nacional de transparencia*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

PESCHARD, J. (2017). *Grandes problemas, transparencia: promesas y desafíos*. Madrid: Trotta.

QUINTANA, E. (2015). *Economía política de la transparencia.* Cuaderno de Transparencia. No, 09, México: INAI.

RAMÍREZ Deleón, J. (2016). *Cuaderno 1. Metodología para la organización de sistemas institucionales de archivos.* Colección "Cuadernos metodológicos", (2ª ed.), México: INAI y AGN.

RAMÍREZ Deleón, J. (2016). *Cuaderno 2.* Producción e integración de la información archivística: manejo de la correspondencia y desempeño del control de gestión. Colección. Cuadernos metodológicos, (2ª ed.), México: INAI y AGN.

RAMÍREZ Deleón, J. (2016). *Cuaderno 3. Metodología para el diseño y formulación de sistemas de clasificación y ordenación archivística*. Colección. Cuadernos metodológicos, (2ª ed.), México: INAI y AGN.

RAMÍREZ Deleón, J. (2016). *Cuaderno 4. Diseño de instrumentos de descripción archivística.* Colección Cuadernos metodológicos. (2ª ed.), México: INAI y AGN.

RODRÍGUEZ Lagunes, N. (2020). *La inobservancia de las resoluciones del recurso de revisión en Transparencia*, (pp. 415-426), México, INAI.

RODRÍGUEZ Lobato, R. (2014). *Derecho fiscal*. (3ª ed.) México: Oxford.

RODRÍGUEZ Zepeda, J. (2004). *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política.* Cuaderno de Transparencia. No, 04, México: INAI.

ROLDÁN, N., CASTILLO, M. y URESTE, M. (2018). *La estafa maestra.* México: Bocket.

ROMERO, S. (2019). *Las redes sociales digitales: su relación con el derecho a la información, la libertad de expresión y la privacidad.* Guadalajara, México: ITEI.

ROUSSEAU, J. (2006). *El contrato social o principios de derecho político*. (15ª ed.), México: Porrúa.

SAGÜÉS, N. (2001). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

SAGÜES, N. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*, (2ª ed.), Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.

SALAZAR, P. (2016). *¿Vinculatorias, definitivas e inatacables?*, (pp. 79-92), México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SÁNCHEZ, A. (2019). *Alcances de la Reforma Constitucional Respecto del Derecho de Acceso a la Información en Sindicatos*, (2ª ed.), México: INAI.

SANDOVAL, I., coord. (2009). *Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*. México: Siglo XXI, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM.

SCHAUER, F. (2020). *Los derechos, las constituciones y el peligro del panglosianismo,* (pp. 169-212), México: SCJN.

SOBERANES, J. (2015). *Análisis formal de las reformas constitucionales.* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

URIBE, E. (2004). *Justicia constitucional federal y local en México*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

VILLANUEVA, E. (2006). *Tendencias en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública*, (pp. 19-43), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Federal de Acceso a la Información.

WEBER, Max. (2001). *¿Qué es la burocracia?, Buenos Aires, Argentina:* Tauro.

Jurisprudencia citada.

DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AÚN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN. TCC; 9ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; I. 3º.C.739 C; TA.

DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. SCJN; 10ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 1ª./J.15/2012 (9ª.) J.

DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y SON OPONIBLES FRENTE A PARTICULARES EN UN PLANO DE HORIZONTALIDAD. TCC; 10ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XI.1º.A.T2 K (10ª.) TA.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. TCC; 9ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; VI. 2º. J/43/J.

GARANTIAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACION GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTUAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL. SCJN; 9ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; P. LXXXIX/96; TA.

PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA. TCC; 10ª. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; I. 4º.A.2 K (10ª.); TA.

PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL, SINO TAMBIÉN DE AQUELLOS QUE APAREZCAN COMO MEDIO O INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUEN. TCC; 10ª. Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVI.5º. (Vregión) 2 K (10ª.) TA.

PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDEN DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE). SCJN; 10ª. Época; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; P. I/2014 (10ª.); TA.

Sentencias y Resoluciones Consultadas.

Corte Constitucional de Colombia, C-093/2001.

Corte Constitucional de Colombia, C-671/2001.

Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela, T-216 de 2004.

Corte Constitucional Colombia, T-376/2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Baena Ricardo, Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canesse, Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros, Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia, Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 222.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C. No, 232.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. García y familiares vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J., Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rochac Hernández y otros, vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C. No, 285.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. González Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015 Serie C No. 298.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros, Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.Serie C. No, 349.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Girón y otro, Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

INAI, RIA 087/19.

INAI, RIA 167/20.

INFOEM. 01522/INFOEM/IP/RR/2015.

INFOEM. 01523/INFOEM/IP/RR/2015.

INFOEM. 01524/INFOEM/IP/RR/2015.

INFOEM. 01525/INFOEM/IP/RR/2015.

INFOEM. 01574/INFOEM/IP/RR/2015.

INFOEM. 00043/INFOEM/IP/RR/2016

INFOEM, 03266/INFOEM/IP/RR/2016.

INFOEM, 3357/INFOEM/IP/RR/2016.

INFOEM. 03428/INFOEM/IP/RR/2016.

INFOEM. 01539/INFOEM/IP/RR/2017.

INFOEM. 00163/INFOEM/IP/RR/2018.

INFOEM. 00673/INFOEM/IP/RR/2019.

INFOEM. 05393/INFOEM/IP/RR/2019.

INFOEM. 01663/INFOEM/IP/RR/2020.

INFOEM. 03103/INFOEM/IP/RR/2020 emitida por el órgano garante del estado de México en cumplimiento del RIA 167/20.

INFOEM. Luna Hernández, José Guadalupe. Opinión Particular. 01750/INFOEM/IP/RR/2015 y 01751/INFOEM/IP/RR/2015:

INFOEM. Luna Hernández, José Guadalupe. Opinión Particular 3266/INFOEM/IP/RR/2016.

Poder Judicial de la Federación. Juzgado Octavo de Distrito de la Ciudad de México, Amparo Indirecto 1703/2016.

Poder Judicial de la Federación. Juzgado Quinto de Distrito del Estado de Sonora. Amparo Indirecto 216/2017-VI.

Segunda Sala de la SCJN. Amparo en Revisión 10556/83. 15 de abril de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Secretario: Mario Pérez de León E.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Ponente. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del Engrose. Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Franco González Salas, Fernando. Voto particular. Amparo en Revisión 702/2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 1312/2014, 01 de octubre de 2015. Ponente, Ministro José Fernando Franco González Salas.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 45/2016. 09 de abril de 2019. Ponente, Ministro José Fernando Franco González Salas; Secretaria, Adriana Carmona.

Tribunal Constitucional Alemán. Resolución sobre los soldados son asesinos, de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266).

Tribunal Constitucional Español, STC 2/1993 del 14 de enero de 1993.

Recomendaciones y Declaraciones de Organismos Internacionales

Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU. Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 22º. Periodo de sesiones (2000).

Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU. Observación General No. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). 39º. Periodo de sesiones (2007).

Consejo Internacional de Archivos. Declaración Universal sobre los Archivos.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos humanos. (2013). Jurisprudencia Nacional Sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información. México: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 87 páginas.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos humanos. (2012). 2ª. Edición, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 175 páginas.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos humanos. (2010). Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 128 páginas.

Sitios de internet consultados.

Diccionario de la Lengua Española y Diccionario del español jurídico. RAE, 2020.
http://dej.rae.es/#/entry-id/E216930
http://dej.rae.es/#/entry-id/E87450
http://dle.rae.es/?id=VGqyuLj|VGtxgAo|VGuc9Wg
http://dle.rae.es/?id=CAjNzMR
http://dle.rae.es/?id=CAqWkEB
http://dle.rae.es/?id=KtnHLLd
http://dle.rae.es/?id=KtpfgjV

DOUG, C. y GALLAGHER, D. “Papa Francisco: Levanten sus corazones, no sus teléfonos celulares en la misa” CNN, 09 de noviembre de 2017, disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/09/papa-francisco-celulares-misa-critica-fieles-san-pedro/

López-Dóriga, J. 2017, “¿Cuántos celulares hay en México?” recuperado de https://lopezdoriga.com/economia-y-finanzas/cuantos-celulares-hay-en-mexico/

RIVA PALACIO, R. “Estrictamente personal” en El Sur, 26 de septiembre de 2018, disponible en https://suracapulco.mx/2018/09/26/los-reporteros-en-la-noche-de-iguala/

SCT, 2020, “¿CUÁNTOS USUARIOS DE INTERNET SOMOS EN MEXICO? RECUPERADO DE https://www.gob.mx/sct/articulos/cuantos-usuarios-de-internet-somos-en-mexico#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20hay%2080.6%20millones%20de%20usuarios%20de%20Internet%2C%20que,2015%20(57.4%20por%20ciento)

SEGOB, “Declaratoria de Procedencia respecto a la solicitud de Alerta de Género contra las mujeres para el Estado de México”, 31 de julio de 2015, recuperado de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/63107/DECLARATORIA_ESTADO_DE_MEXICO.pdf

Legislación, tratados internacionales y acuerdos administrativos.

Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Secretaría de Salud. Gobierno de la República.

Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Secretaría de Salud. Gobierno de la República.

Código Financiero del Estado de México y Municipios.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Decreto del congreso. Suspensión de garantías individuales. 05 de noviembre de 1857.

INAI, 2020. “Acuerdo mediante el cual se aprueban diversas medidas para garantizar los derechos de protección de datos personales y acceso a la información pública, ante la situación de contingencia generada por el denominado virus COVID-192. Diario Oficial de la Federación, 27 de marzo de 2020.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Ley General de Archivos.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Lineamientos Generales en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas del Sistema Nacional de Transparencia, 2016.

Lineamientos para la Organización y Conservación de los Archivos del Sistema Nacional de Transparencia, 2016.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos.