

## MIÉRCOLES 8 DE JUNIO Salas de capacitación "A" y "B"

Objetivo: Reflexionar sobre la dimensión archivística del Estado, como garantía de buen gobierno y de la preservación de la memoria colectiva del país, así como elemento esencial de su vida institucional y referencia indispensable para la toma de decisiones.

### JORNADA 2 "El acceso a la información y el interés público"

"Gobierno Abierto y Acceso a la Información" (Argentina), **Pablo Ángel Alberti, Jorgelina Raschia y Mónica Giorno**

"Acceso a la información y discrecionalidad de los dirigentes públicos: análisis de las negativas de solicitudes de información en el Gobierno del Estado de Sao Paulo" (Brasil), **Antonio Gouveia de Sousa**

"Transparencia y archivos: el problema de la regulación del acceso a la información" (México), **Luis Torres Monroy**

"El interés público en el siglo XXI: reflexiones" (Argentina), **Susana Parés**

Modera: **Alfonso Rojas Vega**, Director de Gestión Documental del INAI.

"Gobierno Abierto y Acceso a la Información"

"Acceso a la información y discrecionalidad de los dirigentes públicos: análisis de las negativas de solicitudes de información en el Gobierno del Estado de Sao Paulo"

"Transparencia y archivos: el problema de la regulación del acceso a la información"

## JORNADA 2

### El acceso a la información y el interés público

#### Gobierno Abierto y Ley de Acceso a la Información Pública. Argentina 2016

Albertti Pedro

([pabloalbertti@fibertel.com.ar](mailto:pabloalbertti@fibertel.com.ar)) Universidad Nacional de Luján, Argentina

Raschia Jorgelina

([jmraschia@gmail.com](mailto:jmraschia@gmail.com)) Universidad Nacional de Luján, Argentina

Giorno Mónica

([monica.giorno@gmail.com](mailto:monica.giorno@gmail.com)) Universidad Nacional de Luján, Argentina

**Resumen:** La regulación de la circulación y uso de la información del Estado se orienta a aumentar la transparencia de la administración pública, para mejorar el funcionamiento democrático, posibilitando, por ejemplo, la rendición de cuentas del gobierno frente a la sociedad y acerca las inquietudes y las propuestas de la ciudadanía a sus dirigentes de manera directa. El reconocimiento del acceso a la información evoluciona progresivamente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En los países que adoptan la filosofía de Gobierno Abierto se apunta a que se regulen estas actividades a través de normas claras (leyes, decretos, acuerdos) dentro de las cuáles se encuentran las Leyes de Acceso a la Información.

Los principios centrales que deben observarse en toda LAI son: que tengan una máxima apertura informativa, que obliguen a la publicación periódica de información clave, que sea eficiente en el acceso a la información, incluso por sus costos, y que brinde protección para quienes informan irregularidades. El acento se pone, en todos los casos, en la prioridad de la apertura informativa por sobre otros intereses.

Si se observan estos principios, una LAI es una excelente herramienta para el fortalecimiento y mejora de la calidad de la democracia de un país, ya que ayuda a enfrentar a la corrupción en todas sus formas. (Discrecionalidad en la toma de decisiones, favoritismo, desvío de fondos etc.) y promueve la construcción de ciudadanía a partir de la intervención responsable en los actos de gobierno.

En nuestro país la transparencia en la gestión pública está regida por la Ley 25.523, denominada Ley de Responsabilidad Fiscal (muy acotada frente a las consideraciones antedichas), y varios Decretos, como el 1172/03 de Mejora de la Calidad de la Democracia y sus Instituciones, por el cual todos los ciudadanos pueden solicitar datos de carácter público ante el Gobierno Nacional, y el 677/01, de Régimen de Transparencia de la Oferta Pública.

Recientemente, durante el mes de abril del presente año se presentó un Proyecto de Ley de Acceso a la Información por parte del Poder Ejecutivo, *que cuenta ya con media* sanción de la Cámara de Diputados, previéndose su aprobación en el Senado durante el mes de junio, de acuerdo con declaraciones de los funcionarios que tuvieron a su cargo el diseño de la norma.

Nuestro trabajo tiene como objetivo analizar los alcances, limitaciones y excepciones que contempla el Proyecto de Ley de Acceso a la Información para Argentina, a la luz de otras experiencias internacionales y de los objetivos de la Alianza para el Gobierno Abierto.

**Palabras clave:** gobierno abierto – leyes – acceso a la información

**Abstract:** Regulating the circulation and use of information from the State aims to increase transparency of public administration, to improve the democratic functioning, enabling, for example, public accountability of government towards society and bringing the concerns of citizenship directly to their leaders. Recognition of access to information as a human right has evolved gradually in the context of the international law of human rights.

Countries that adopt the philosophy of Open Government, are pointing to these activities to be governed by clear rules (laws, decrees, agreements) within which are the Laws of Access to Information.

The core principles to be observed throughout AIL are: to have a maximum openness of information, to require periodic publication of key information that should be efficient about access to information, even for their costs, and to provide protection for those who report irregularities. The emphasis is, in all cases, the priority of the information openness over other interests.

If these principles are observed, a AIL is an excellent tool for strengthening and improving the quality of democracy in a country, as it helps to face corruption in all its forms (Discretion in decision-making, favoritism, diversion of funds etc.) and promotes the construction of citizenship from the responsible involvement in acts of government.

In our country, transparency in public management is governed by Law 25.523, called Fiscal Responsibility Law (very bounded against the above considerations), and various decrees, as the 1172/03 of Quality Improvement of Democracy and its institutions, by which all citizens can request public character data at the national government, and the 677/01, of the Transparency in public Offerings.

Recently, during April of this year, a Law project of Access to Information was introduced by the Executive Power, which already has preliminary approval of the Chamber of Deputies, and which full approval is predicted in the Senate during the month of May, according to statements of functionaries who were responsible for the design of the law project.

Our work aims to analyze the scope, limitations and exceptions contemplated on the Access to Information Law for Argentina, in the light of other international experiences and the objectives of the Alliance for Open Government.

**Keys words:** open government – access information – law

## Introducción

El derecho de acceso a la información pública constituye, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacional, un derecho humano fundamental contenido en el derecho de "libertad de expresión". Como señala Abramovich y Curtis (2000) *"el derecho de acceso a la información cumple la función de maximizar el campo de autonomía personal posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones"*. Simultáneamente, desde una perspectiva republicana y democrática, este derecho ciudadano a la información sobre las cuestiones públicas se vincula con la transparencia de la democracia. En tal sentido, Bobbio (1993) destaca que, uno de los pilares del régimen democrático es, precisamente, que los actos de los gobernantes sean considerados por el pueblo soberano y subraya el nexo entre representación y publicidad del poder recuperando una cita de Schmitt *"representar significa hacer visible y hacer presente un ser invisible mediante un ser públicamente presente"* (p.68).

También, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) explicitó en su informe de 2009 la obligación de máxima divulgación: "El principio de máxima divulgación ordena diseñar un régimen jurídico en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones".

Hace menos de un mes (3 de mayo de 2016) la Relatoría Especial de la CIDH emitió un comunicado en el que expresa: "La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Día Mundial de la Libertad de Prensa, insta a los Estados del continente a continuar promulgando leyes que permitan el acceso efectivo a la información pública y a propiciar su implementación efectiva y eficiente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia". En otro párrafo sin desperdicio del mismo informe, se señala: "La importancia del derecho de acceso a la información pública para la consolidación de la democracia y el ejercicio de otros derechos fue reconocida en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en particular con el objetivo 16.10 que busca "garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales".

Asimismo, durante las últimas décadas se han logrado en el mundo, y particularmente en América, avances importantes en materia normativa. Actualmente, alrededor de un centenar de países en el mundo cuenta con leyes de este tipo, aunque con normas que contemplan diferentes alcances, procedimientos que solicita, excepciones, apelaciones, sanciones, campañas de promoción, ejecución, etc.

El rating global del derecho de acceso a la información (RTI, siglas en inglés) publicado en junio de 2015, analiza la calidad del acceso a las leyes de información a nivel mundial. Dicho instrumento mide el marco legal de noventa y tres países pero no la calidad de su ejecución. El puntaje máximo es de ciento cincuenta (150), obtenidos mediante una serie de indicadores, siendo Serbia, el país que posee el puntaje más alto (1° lugar), la siguen Eslovenia (2°), India (3°), Croacia (4°). Varios países de la región se encuentran entre los primeros veinte puestos: México

83° posición de este estudio. (AIE, CLD, 2015). En el fondo de la tabla, con la peor calificación, aparecen países tan disímiles como Bélgica, República Dominicana, Taiwán, Italia, Jordania y, Austria, en el último puesto.

Asimismo, desde el 2011, año en que se lanza, la Asociación para el Gobierno Abierto (OGP, siglas en inglés) constituye una iniciativa multilateral compuesta por sesenta y nueve países (69) y organizaciones de la sociedad civil destinada a promover los “principios de transparencia y gobierno abierto, a través de la consulta y la participación cívica, el fortalecimiento de la integridad pública y la lucha contra la corrupción y la ampliación del acceso a tecnologías que fomentan democracia, innovación y progreso” (AGA, 2016).

En el caso de Argentina actualmente se encuentra vigente el Decreto 1172/03 de Mejora de la Calidad de la Democracia y sus Instituciones, por el cual todos los ciudadanos pueden solicitar datos de carácter público ante el Gobierno Nacional aunque la medida no alcanza a los demás poderes del estado, el legislativo y el judicial.<sup>1</sup>

Esta norma, a través de diferentes reglamentos, prevé algunos instrumentos de participación, tales como audiencias públicas, gestión de intereses, elaboración participativa de normas y, reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos. En el primer caso, las audiencias públicas tienen como objetivo la participación ciudadana en todos aquellos casos en que puedan haberse afectado derechos. La gestión de intereses consiste en la obligatoriedad por parte de los funcionarios nacionales de registrar las audiencias públicas. La elaboración participativa de normas tiene que ver con procedimientos de consultas no vinculantes en el proceso de elaboración de normas administrativas y de proyectos de ley y, las reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos, permiten que en las reuniones de Directorio de estos entes puedan estar presentes los ciudadanos interesados.

Un estudio realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ, 2013) pone a prueba el derecho de acceso a la información que emana de este decreto. Algunos resultados cuantitativos de este estudio mencionan que, de 44 pedidos de información realizados, 14 no fueron contestados y 14 fueron contestados fuera del plazo estipulado por la norma (10 días). En lo que respecta al análisis cualitativo, dicho estudio destaca que se recibieron respuestas incompletas, remisión a páginas de internet en donde es difícil encontrar información y también hubo omisiones en la respuesta a ciertas preguntas. (ACIJ; 2013:6).

Lo que destaca también el informe es que existe una gran cantidad de respuestas incompletas (ACIJ, 2016:26). Agrega asimismo que se produjeron maniobras dilatorias y disuasivas de algunos organismos que tenían que brindar respuesta a lo solicitado. En algunos casos, las dependencias derivaban la consulta a otras unidades públicas y, en otras, no respondían basándose en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales. (ACIJ, op.cit.)

Esto nos muestra a las claras que, en la fase de implementación de una norma de estas características, se hace necesario establecer mayores herramientas para hacer efectivo el cumplimiento del espíritu de la ley. También nos lleva a reflexionar acerca de la lógica de quién solicita determinada información. Por lo general lo realizan asociaciones, fundaciones, profesionales, investigadores, es decir ciudadanos

<sup>1</sup> El Decreto 1172/03 (BO 04/12/2003) de “Mejora de la Calidad de la Democracia y de sus Instituciones” garantiza y regula el derecho de toda persona a requerir, consultar y recibir información por parte del Poder Ejecutivo Nacional, teniendo como premisas la elaboración de una sólida fundamentación, la simplicidad y claridad conceptual y el respeto de los estándares internacionales en la materia.



o agrupaciones informadas con un determinado conocimiento sobre la estructura del estado y de la ley.

Un aspecto que debemos tener en cuenta es que el decreto mencionado abarca el ámbito de las dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, no haciendo extensiva su aplicación a los ámbitos de los poderes legislativo y judicial. En su art. 2 expresa que se contempla a “los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funciones bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional” y a “las organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional”.

Recientemente, en abril de 2016, la Cámara de Diputados dio media sanción al Proyecto “Ley de Acceso a la Información Pública” que tiene por objeto “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública” (Art.1°). Algunos intentos de obtener esta ley fueron realizados entre el 2001 y el 2006, donde un proyecto elaborado por la Oficina Anticorrupción y otros actores de la sociedad civil fue aprobado por la Cámara de Diputados en 2003, perdiendo estado parlamentario en el 2006, debido a una serie de revisiones y dilaciones. En el año 2010 la Cámara de Senadores aprueba un Proyecto de similares características que, por diversas razones no se trata en la Cámara de Diputados.

#### El Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública. Argentina, 2016

En su nota de envío al Congreso de la Nación, el Poder Ejecutivo Nacional hace mención a la Constitución Nacional del país, mencionando que este proyecto se enmarca en el principio republicano de gobierno y en el derecho de acceso a la información pública, derivados de los artículos 1°, 33 y 38 y por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que el art. 75 inc. 22 les otorga jerarquía constitucional. (SAIJ, 2016:1)

Se destaca asimismo en la nota de envío, “... la obligación de los funcionarios ante la obligación de rendir cuentas de los actos que realizan en representación de la población...”, ...“el derecho de acceso a la información pública es una herramienta fundamental para la lucha contra la corrupción y el control ciudadano de los actos públicos, constituyendo también, una puerta de acceso a otros derechos fundamentales” ...“el acceso a la información es condición necesaria, más no suficiente, para el ejercicio efectivo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como la educación, la salud, la libertad de expresión o un empleo digno...”(SAIJ:2016:1-2)

Se cuenta también, en la citada nota, con antecedentes históricos del reconocimiento del derecho a la información, mencionándose entre otros, a la Real Ordenanza sueca de 1766 sobre la libertad de prensa y, la “Freedom Information Act” de los Estados Unidos de América de 1966.(SAIJ,2016:2)

Se menciona también una serie de normativas internacionales que reconocen el derecho al acceso como información pública como un derecho humano fundamental.(Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención Interamericana

contra la Corrupción). Se realiza una enumeración de la jurisprudencia local e internacional que ha delimitado los alcances del derecho de acceso a la información pública (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina) como así también los proyectos presentados anteriormente y, abortados de una u otra forma y, los que se encuentran presentados por varias fuerzas políticas argentinas. (SAIJ, 2016:3-5)

Finalmente, se destaca la amplitud en torno al ámbito de aplicación la idea de "...regular el acceso a la información en todas las áreas del estado. El Poder Ejecutivo Nacional no es el único obligado a brindar información pública sino que este deber corresponde a todas las áreas del Estado incluyendo al Poder Legislativo y al Poder Judicial de la Nación, a "organismos centralizados, descentralizados, empresas y sociedades estatales y cualquier otra entidad privada a la que se le haya otorgado subsidios o aportes del Estado Nacional..." y se fijan "...los plazos dentro de los cuáles los funcionarios deben responder a los requerimientos de información...", propiciándose también la creación de una unidad organizacional dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, con autonomía funcional, autarquía financiera y personería jurídica propia. (SAIJ, 2016:6-8).

El cuerpo de la ley establece el derecho de acceso a la información pública (art.1) en sentido amplio destacando como únicas limitaciones y excepciones establecidas en la norma en su art. 8.

La Ley hace referencia al principio de "legitimación activa" (art.4) que se refiere a la prohibición de solicitar al peticionante de información que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado. Es decir, cualquier ciudadano tiene derecho a solicitar la información sin tener que demostrar las razones o pertenecer a una organización.

Al respecto cabe destacar la posición contraria a este principio, de la corporación judicial argentina quién, a través de la Asociación de Magistrados considera - en un comunicado referido al régimen de declaraciones juradas patrimoniales de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal - "imprescindible" la implementación de un "régimen que exija la acreditación de un interés real y jurídicamente valioso" para acceder a esa información" (Chequeado, 2016). Es interesante observar que, en esta resistencia de los "garantes de la justicia" a visibilizar su patrimonio, cuestionan indirectamente la creación de una Agencia Pública en tanto "resulta posibilidad de que so pretexto de generar mecanismos que permitan principalmente en lo que atañe a su guarda y publicidad, dependa de un órgano o Departamento del Gobierno Federal distinto del que integramos. (Buenos Aires 23 de mayo 2016 en [www.noticias judiciales.info](http://www.noticias judiciales.info)). Preocupación que queda saldada en el Proyecto en análisis, puesto que el art. 28 fija que, tanto en el Poder Legislativo como en el Judicial, se crearán organismos equivalentes a los de la Agencia de acceso a la Información Pública.

También el art.32 hace mención a "transparencia activa" que prevé que los sujetos obligados (art.7) deberán "facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros". Se establece también la obligación de publicar -por parte de los sujetos obligados- en forma

completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos de una amplia serie de datos e información.

La norma prevé plazos para que las diferentes dependencias del estado brinden información (art.11) y las vías de reclamo (art.14).

Se crea la Agencia de Acceso a la Información Pública (art.19), como ente autárquico que funcionará con autonomía nacional en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y la figura del Director de la misma (art.20) quien contará con una duración de cinco (5) años con la posibilidad de ser reelegido por única vez. El art. 21 contempla el procedimiento de selección del Director mencionado.

Una novedad es que se crea el Consejo Federal para la Transparencia, como organismo inter- jurisdiccional de carácter permanente, cuyo objeto será la cooperación técnica y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública.

Este proyecto inicial tuvo diferentes modificaciones en la Cámara de Diputados que, con alto grado de consenso, le dio media sanción el 18 de mayo pasado.

En el primer artículo se explicitan los principios que sustentan el objetivo de la ley que es el ejercicio del derecho al acceso a la información. Entre estos sobresalen el informalismo *"...no pueden fundar el rechazo de la solicitud de información en el incumplimiento de requisitos formales o reglas de procedimientos"*, la no discriminación *"debiendo entregar la información a todas las personas que lo soliciten, en condiciones de igualdad...sin exigir expresión de causa o motivo..."*, y la gratuidad vinculados al ejercicio de este derecho por parte de todos los ciudadanos. Por otra parte, se destacan otros principios relacionados con las obligaciones de los funcionarios estatales: facilitación, responsabilidad y buena fe.

Entre los sujetos obligados a entregar información pública, se agrega a los concesionarios, explotadores, administradores y operadores de juegos de azar, desrezas y apuestas pero se excluye a las sociedades anónimas sujetas al régimen de oferta pública". Esto último ha sido cuestionado por algunas organizaciones como Poder Ciudadano en tanto excluiría a empresas como YPF que según un fallo de la Corte Suprema tienen la obligación constitucional de proveer información.

El proyecto establece una serie de excepciones (artículo 8) que Diputados mantuvo - precisamente algunas de ellas como las vinculadas con la Unidad de Información Financiera fueron uno de los motivos del rechazo del Frente de Izquierda,- aunque se incluyó una expresa aclaración de la no aplicabilidad de estas singularidades *"en caso de graves violaciones de derechos humanos, genocidios, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad"*.

Respecto a la Agencia de Acceso a la Información - encargada de garantizar el efectivo cumplimiento de la ley,- sobre la que numerosas organizaciones no gubernamentales vinculadas con la transparencia reclamaban una mayor intervención del Parlamento en su conformación y control, mantuvo su carácter de ente autárquico en el ámbito del poder ejecutivo y la designación de su director como atribución de este poder. Solamente, se aceptó que, frente a un procedimiento de remoción del Director de la Agencia el dictamen de una comisión bicameral tenga carácter *vinculante*.



## Consideraciones Finales

Es claro, que resulta un avance significativo la media sanción de una ley de estas características y su eventual sanción. No obstante es necesario subrayar que la voluntad del actual gobierno a la transparencia deberá ir acompañada de medidas para garantizar la efectiva vigencia del derecho a la información pública previsto en el proyecto de ley. Será necesario un Estado que garantice la disponibilidad, oportunidad e inteligibilidad de la información de manera pública e institucionalizada frente a la posibilidad de circunscribirse, simplemente, a atender las demandas puntuales.

Por otra parte, las nuevas tecnologías posibilitan que el ciudadano acceda desde su casa u oficina a la apertura de la información pero, garantizar la universalización de este derecho debe implicar, en primer lugar, una política que asegure, además, el acceso a la conectividad. Según la Encuesta Nacional sobre Acceso y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (ENTIC) del INDEC, que relevó 31 aglomerados de todo el país, en 2015 un 62% de la población tenía internet en su casa, y un 66% se había conectado a la red en el año, Esto ubica a Argentina en los primeros lugares de América Latina, junto con Chile (72%) pero bastante lejos de países como Noruega donde casi el 100% accede; en segundo lugar, no hay que desconocer que debería implicar la modificación de una estructura de relaciones de poder donde la información, su ocultamiento y secreto, suceden en el marco de las políticas públicas, una estrategia persistente Crozier (1989) ampliar el margen de libertad y sostener valores e intereses frente a la demanda de otros actores.

Finalmente, que la norma obligue a los funcionarios a rendir cuentas es un paso importante en la apertura del gobierno y en la democratización del acceso a la información pero no suficiente para lograr una de las afirmaciones que se incluyen en la fundamentación del proyecto "controlar la gestión pública y aumentar la participación de una manera más efectiva en los asuntos públicos". De acceder a la información a controlar y participar en la gestión de los asuntos públicos hay una gran distancia. Uno de los grandes retos de este ambicioso proyecto.

## Bibliografía

Abramovich, V y Courtis, C. (2000), *El acceso a la información como derecho*, Anuario de Derecho a la Comunicación, Año 1 Vol. 1, Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

Bobbio, N. (1993) *El futuro de la democracia*, Buenos Aires: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Crozier, M. y Friedberg E. (1990) *El actor y el sistema*, México: Alianza Editorial

Nino, E., Gama, M.V. (2013) *Informe sobre Acceso a la Información* (Decreto 1172/03) Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, ACIJ, Recuperado de <http://acij.org.ar/>

Access Info Europe (AIE). Centro para la Ley y la Democracia (CLD) <https://www.rti-rating.org/archives/category/news-reports>

Alianza para el Gobierno Abierto <http://www.opengovpartnership.org/es>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [www.oas.org/es/cidh/](http://www.oas.org/es/cidh/) Comunicado de prensa R60/16

Chequeado, <http://chequeado.com/>, 24 de mayo de 2016

Decreto 1172/03 de Mejora de la Calidad de la Democracia y sus Instituciones (BO 04/12/2013)

Jefatura de Gabinete de Ministros, [https://www.jefatura.gob.ar/acceso-a-la-informacion-publica\\_p93](https://www.jefatura.gob.ar/acceso-a-la-informacion-publica_p93)

Noticias Judiciales, <http://www.noticiasjudiciales.info/>

Poder Ciudadano, <http://poderciudadano.org/>

Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública.SAIJ, 2016, en <http://www.saij.gob.ar/>

Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 18 de mayo 2016. <http://www.diputados.gov.ar/>

## Acesso à informação e discricionariedade dos dirigentes públicos: análise das negativas dos pedidos de informação no Governo de São Paulo

Antonio Gouveia de Sousa

[antoniogouveias@yahoo.com.br](mailto:antoniogouveias@yahoo.com.br)

Mestrando em Ciências Humanas e Sociais Universidade Federal do ABC - UFABC

**Resumo:** A promoção da política pública de acesso à informação contribui para participação dos cidadãos no que se refere ao controle e vigilância das ações e decisões governamentais nos Estados democráticos contemporâneos. O direito a informação é um indicador de cidadania e está assegurado na Constituição brasileira de 1988 e agora regulamentado pela lei federal 12.527/2011. No Estado de São Paulo a lei federal foi regulamentada pelo decreto 58.052/2012. Este artigo propõe uma reflexão acerca da análise da política pública de acesso à informação do Governo do Estado de São Paulo com enfoque no Serviço de Informação ao Cidadão, num aspecto basilar, os pedidos de informações negadas aos cidadãos pelos dirigentes públicos. Averiguando assim, se há nessas negativas decisões arbitrárias dos dirigentes ao se utilizarem da discricionariedade para decidir conceder ou não o acesso às informações solicitadas.

**Palavras-chave:** Pedidos de Informação; Cidadão; Discricionariedade; Dirigentes Públicos.

**Abstract:** The promotion of public policy on access to information contributes to participation of citizens in relation to the control and monitoring of government actions and decisions in contemporary democratic states. The right to information is an indicator of citizenship and is provided in the Brazilian Constitution of 1988 and now regulated by Federal Law 12.527/2011. In São Paulo the federal law was regulated by Decree 58.052/2012. This article proposes a reflection on the analysis of public policy on access to the São Paulo State Government information focusing on the Citizen Information Service a fundamental aspect, requests for information denied to citizens by public officials. Ascertaining if there are such negative arbitrary decisions of leaders when use of discretion to decide whether or not to grant access to requested information.

**Key-Words:** Requests for information; Citizen; Discretion; Public leaders.

### 1. Introdução

A área que tem como objeto de estudo os documentos produzidos e acumulados em cumprimento das ações e decisões administrativas estatais ou privadas é a arquivologia, que tem como escopo de pesquisa a organização, preservação, uso e disseminação dos documentos de valor probatório em qualquer formato ou suporte (Bellotto, 2006, p. 37). Ao observar a legislação internacional (art. 4o da lei brasileira 12.527/2011, art. 6o da lei chilena 20.285/2008 e o art. 2o da lei

uruguia 18.381/2013) sobre o direito de acesso à informação pública observa-se que as definições de informações públicas são aderentes às definições de documentos arquivísticos. Assim, entende-se por informações públicas aquelas produzidas no exercício das funções administrativas do aparato burocrático estatal. E por aparato estatal entendem-se os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Estado.

Jardim (1998, p. 46) esclarece que a “arquivologia tem sido produzida e reproduzida no aparelho de Estado, em especial nas instituições arquivísticas”. Assim, sendo os arquivos públicos instituições que custodiam documentos produzidos e acumulados pelo aparato estatal pode-se afirmar que o direito de acesso à informação está intrinsecamente relacionado ao acesso a esses arquivos, como evidencia a história do direito à informação e do surgimento das instituições arquivísticas no ocidente que tem como marco inicial a preocupação com a preservação e liberação dos arquivos da administração estatal à consulta pública (Burke, 2013).

Fonseca (2005, p. 36) faz uma interpretação das ideias de Jardim e afirma que “o Estado informacional considera os arquivos não apenas como conjuntos documentais produzidos pela administração burocrática, mas também como instituições inseridas no aparelho burocrático”. Esta passagem é de fácil entendimento ao observar que há inúmeros entes privados que prestam serviços públicos aos Estados, produzindo assim, um conjunto documental de interesse público e social.

Jardim (1998) demonstra a relação entre arquivo e Estado afirmando que:

A informação arquivística reflete e fornece elementos à construção de uma racionalidade estatal; os dispositivos de gestão dessa informação expressam um domínio do saber – o arquivístico – que resulta dessa mesma racionalidade; os arquivos – sejam como conjuntos documentais ou como agências do aparelho do Estado – constituem um mecanismo de legitimação do Estado e simultaneamente agências do poder simbólico (p. 47).

Fonseca (2005, p. 36) cita uma passagem de Jardim na qual afirma que “a história das instituições arquivísticas estão ligadas ao conceito de modernidade e da formação dos Estados democráticos”.

Sobretudo, o direito de acesso à informação pública na sociedade ocidental remonta ao fim do absolutismo e ao fervor da Revolução Francesa que proclama o acesso público aos arquivos, embora a prática institucional naquele momento ainda não reflita este direito (Burke, 2003, p. 129). A Revolução Francesa trouxe mudança na concepção do trabalho público, pois a partir dela os funcionários públicos deixaram de trabalhar em suas casas e passaram a trabalhar em instituições públicas, mantendo assim, os documentos produzidos em decorrência de suas atribuições administrativas nos arquivos setoriais e não mais em suas residências (Burke, 2003, p. 129).

Ainda sob os ideais conquistados pela Revolução Francesa a era moderna vê florescer repúblicas e democracias liberais. Mas é no século XX com as transformações ocorridas na Europa e em outras partes do mundo que surgem novos Estados democráticos que foram resultados de guerras, revoluções e descolonizações como

elucida o historiador Hobsbawm (1995, p. 15). E junto com esses ideais observa-se a construção gradual do direito de acesso à informação pública como um direito democrático indispensável à participação cidadã. Cordeiro, Lima e Gomes (2014, p. 47) ao citarem Santos (2009) esclarecem que “o direito à informação é um produto da democracia representativa de matriz ocidental, que tem vigência em muitos países do mundo”.

Ademais, Sartori (1994) pontua sobre a importância de definir o que é e o que não é a democracia para não cair na armadilha de denominar qualquer regime político de democracia. O conceito de Sartori nos remete ao fato de que o direito de acesso à informação pública ser um direito indissociável às democracias contemporâneas, pois se observa na literatura de diferentes áreas do conhecimento – arquivologia, direito, história e política pública – e em pesquisas a algumas instituições internacionais que um expressivo número de democracias contemporâneas garantiu em suas constituições ou por lei própria este direito.

Portanto, a garantia do direito de acesso à informação pública é um processo internacional crescente e aparentemente sem volta, inserida no contexto dos Estados democráticos.

## 2. O acesso à informação pública no Governo do Estado de São Paulo

Em aderência as democracias ocidentais, o Brasil em 1988 garante em sua Constituição o acesso à informação em seu inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 (Brasil, 1988). O país percorreu um longo caminho para regulamentar os artigos constitucionais que garantem o acesso à informação. De 1988 da primeira aparição do direito na Constituição brasileira até a sua regulamentação em 2011 passaram-se vinte três anos e levou oito anos de tramitação.

A lei de acesso à informação foi publicada em novembro de 2011 (LAI 12.527/2011), mas a implementação e execução dos procedimentos inerentes a ela foram definidos em maio de 2012 com a publicação do decreto federal 7.724/2012 (Brasil, 2012), na mesma época que o Governo do Estado de São Paulo publicou o decreto 58.052/2012 (São Paulo, 2012) regulamentando a LAI.

Assim, com o objetivo de regulamentar e implementar a LAI o Governo do Estado de São Paulo instituiu três grupos técnicos de caráter temporário, junto ao Comitê de Qualidade da Gestão Pública – CGQP, destacados a seguir: Grupo Técnico – Resolução CC-3, de 9-1-2012, responsável pela elaboração de minuta e do decreto que regulamentou o acesso à informação pública e a identificação de documentos e informações sigilos (São Paulo, 2012a); Grupo Técnico – Resolução CC-63, de 23-05-2012, instituído pelo artigo 1º das Disposições Transitórias do decreto no 58.052/2012, que promoveu estudos e propôs medidas necessárias à criação, composição, organização e o funcionamento da Comissão Estadual de Acesso à Informação (CEAI), oficializada pelo Decreto 60.144/2014, publicado no diário oficial em 12-02-2014 (São Paulo, 2012b, 2014) e o Grupo Técnico – Resolução CC-71, de 11-6-2012, que propôs as ações estratégicas, objetivando a efetividade da política de acesso às informações, notadamente a implantação do Sistema Informatizado Unificado de Gestão Arquivística de Documentos e Informações (SPDoc) e dos Serviços de Informações ao Cidadão (SIC) (São Paulo, 2012c).



De acordo com as resoluções publicadas a regulamentação e a implementação da LAI na administração estadual paulista contou com a participação de funcionários públicos de diferentes órgãos e entidades. Logo, tomando-se por base as resoluções que instituíram os grupos técnicos, bem como as atas de suas reuniões, percebe-se que não houve participação da sociedade civil neste processo, tendo como reflexo a não contemplação desta na CEAI (São Paulo, 2014). Sobretudo, algumas organizações da sociedade civil solicitaram maior transparência no processo, como o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAL) como consta na ata da 11a reunião do grupo técnico do CQGP, Resolução CC-3, de 09 de janeiro de 2012 (São Paulo, 2012a). A não participação da sociedade civil nesse processo de regulamentação e implementação da LAI foi em virtude do receio dos dirigentes públicos em relação aos possíveis impactos da atuação entre ambos. Sobretudo, essa negativa de participação da sociedade civil pode estar relacionada ao processo de amadurecimento da democracia brasileira ainda em andamento (Teixeira, 2002).

De acordo com as resoluções públicas e as atas das reuniões produzidas pelos grupos técnicos responsáveis pela regulamentação e implementação da LAI, observa-se uma visão sistêmica dos serviços oferecidos, pois houve esforço para a padronização da identidade visual dos serviços SIC, capacitação dos servidores que atendem os cidadãos, planejamento e criação do sistema integrado de informações ao cidadão SIC.SP e a instalação da Central de Atendimento ao Cidadão (CAC) no Arquivo Público do Estado. A CAC é a central que gerencia todos os SICs da administração pública estadual e suas atribuições são: orientar a instalações dos SICs, gerenciar o banco de dados dos servidores que atuam nos SICs, coordenar a integração sistêmica dos SICs, consolidar dados e elaborar estatísticas sobre as demandas de consulta e perfis de usuários e gestão compartilhada do sistema SIC.SP (São Paulo, 2012d).

Jardim (2013) aponta que exceto São Paulo, nenhum arquivo público estadual ou mesmo o Arquivo Nacional exerceu função protagonista no monitoramento dos dispositivos relacionados à LAI. Em nível nacional quem coordena as atividades referentes à LAI é a Corregedoria Geral da União (CGU), isso talvez tenha ocorrido por este órgão ser responsável por apurar as irregularidades, propor diligências e correções nas ações administrativas dos órgãos e entidades do governo federal, e também porque tem uma equipe que já vinha desenvolvendo trabalho de referência sobre a transparência pública. Jardim (2013) evidencia que o decreto 58.052/2012 não apenas confere ao Arquivo do Estado de São Paulo destacada posição na aplicação dos dispositivos legais de acesso à informação governamental como estabelece conexões conceituais e operacionais entre o cumprimento da LAI e a gestão documental e de informações.

Sobretudo, o decreto 58.052/2012 atribuiu a Corregedoria Geral da Administração (CGA) a função de segunda instância recursal dos pedidos de informações negados aos cidadãos em primeira instância (o órgão produtor da informação é a 1a instância recursal), a fiscalização do cumprimento da LAI e do artigo 79 do decreto 58.052/2012 (São Paulo, 2012). No entanto, por conta de articulações políticas essas atribuições passaram para a Ouvidoria Geral do Estado, ou seja, tudo sobre a LAI e a transparência pública (2a Instância Recursal, Conselho de Transparência da Administração Pública, Comitê Gestor do Portal da Transparência Pública Estadual e Comissão de Centralização das Informações dos Serviços Públicos do

Estado de São Paulo) fica sob a sua competência conforme o decreto 61.175/2015, artigo 6o e 7o (São Paulo, 2015). Estas mudanças de atribuições devem ser analisadas com cuidado, pois é evidente que a CGA já tinha uma estrutura montada e continua com suas competências de fiscalizar os desmandos da administração pública, atribuições que a Ouvidoria não tem, dificultando assim, a fiscalização do cumprimento da LAI na administração direta e indireta. Assim, esses fatores podem dificultar o trabalho do Sistema de Arquivos do Estado de São Paulo (SAESP) que é responsável por propagar os procedimentos técnicos e legais de gestão documental e de arquivo na administração pública estadual, indispensáveis para assegurar o direito à informação.

Não obstante, os órgãos e entidades estaduais possuem a atribuição legal de elaborar e divulgar quais os documentos sob suas guardas são sigilosos e pessoais, deixando então, uma brecha de “manipulação” sobre os conteúdos informacionais em mãos do Estado. Pinheiros (2014, p.27) afirma que o “Estado, de burocrático tornou-se informacional, um Estado que controla a informação e seus fluxos em uma forma particular de poder”. Bobbio (2000, p. 124) expõe que o poder do Estado perpassa pela manutenção do monopólio da força e que essa definição é comum a tradição jurídica, acolhida por Weber e Kelsen, que compartilham a tese de que o Estado enquanto aparato da força pode servir aos objetivos mais diversos. Logo, as definições de Pinheiros (2014) e Bobbio (2000) se complementam, pois é difícil conceber um Estado detentor do monopólio da força sem controle de suas informações.

Além disso, a cultura da transparência é algo novo em nosso país e ainda está caminhando com algumas dificuldades e pequenos avanços, considerando o despreparo de muitos gestores públicos e o desconhecimento dos cidadãos no que se refere ao direito de participar e vigiar as ações do Estado. Entretanto, a cultura da transparência atrelada à efetivação das políticas públicas de acesso à informação contribui para a construção de indicadores de quaisquer políticas públicas por atuarem diretamente com os insumos informacionais necessários ao regramento institucional, a manutenção do poder dos governantes e a participação da sociedade civil no sistema democrático.

Assim, a partir da década de 1990, a avaliação na gestão governamental vem se fortalecendo por conta da necessidade de modernização da gestão pública num contexto de busca de dinamização e legitimação do Estado (Faria, 2005, p. 98). Os debates e estudos recentes sobre avaliação apontam um viés normativo e de priorização dos aspectos técnicos da avaliação das políticas públicas com ênfase em seu papel de instrumento gerencial, esquecendo assim, os fatores que se conectam com as questões políticas e eleitorais, importantes ao processo avaliativo. Logo, a avaliação tem um papel de destaque nas reformas do setor público e tem estado cada vez mais presente nos processos de análise das políticas públicas.

Draibe (2001, p.20) afirma que as avaliações de processo possuem como foco o desenho das características organizacionais e de desenvolvimento dos programas e que seu objeto fundamentalmente é detectar os fatores que, ao longo da implementação, facilitam ou impedem que um dado programa atinja seus resultados. Por isso, as colocações de Draibe (2001) são pertinentes à análise da política de acesso à informação, por ser oportuno verificar se o direito à informação do cidadão está em consonância aos serviços de informação oferecidos pelo Governo do Estado de São Paulo.

Contudo, as áreas de informações dos órgãos e entidades públicas foram consideradas por muito tempo áreas-meio de serviço rotineiro qualquer e não como ambiente estratégico para as tomadas de decisões administrativas e políticas que sirvam ao controle do cidadão e do Estado. Porém, acredita-se que a LAI pode transformar o contexto dessas áreas, uma vez que os serviços de informações ganharam respaldo legal e obrigatório para o atendimento aos cidadãos, não atendendo somente a demanda interna, entrando assim, na agenda pública.

É perceptível que o Governo do Estado de São Paulo promove o discurso da transparência, por meio da CGA e da Ouvidoria Geral, mas ainda reflete a cultura do ocultamento de informações. Evidenciado quando o Governo impõe restrições e aumento dos prazos de acesso aos documentos, dados e informações sigilosas de interesse público como no caso dos contratos do Metrô (Figueiredo, 2015).

### 3. Discricionariedade dos dirigentes públicos e as negativas dos pedidos de informações

A atuação dos dirigentes públicos em todas as esferas da administração pública brasileira está condicionada aos regramentos legais do direito administrativo que são emanados da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, a administração pública é dotada de poderes administrativos distintos dos poderes políticos (Meirelles, 2010, p. 119). Meirelles (2010, p. 119) esclarece que os poderes administrativos surgem com a administração e são diversificados conforme as exigências do serviço público, o interesse coletivo e os objetos a que se dirigem. Assim, em decorrência desses poderes administrativos destacamos dois atos inerentes ao administrador público, o ato vinculado e o ato discricionário. Entretanto, o ato administrativo é identificado como uma manifestação de vontade, mas com regras e procedimentos que os diferenciam dos demais atos da vida privada e busca atender os anseios da coletividade, formadas segundo as imposições do Estado democrático de direito.

Meirelles (2010, p. 122) elucida que nos atos vinculados, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto e que por isso são chamados de atos vinculados ou regrados, ou seja, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. Di Pietro (2007, p. 66) pontua “que diante de um poder vinculado, o particular tem o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob a pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”.

O ato discricionário é o que o direito concede a administração, de modo explícito ou implícito, a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Meirelles, 2010, p. 121). Mas o poder discricionário não deve ser confundido com o poder arbitrário, pois discricionariedade é a liberdade de ação administrativa dentro dos limites permitidos em lei (Meirelles, 2010, p. 121). Meirelles (2010, pp. 121-122) afirma que “o arbítrio é ação contrária ou excedente da lei” e que o “ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido, ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”.

Di Pietro (2007, pp. 66-67) elucida que a decisão discricionária adotada pelo administrador público deve ser baseada em critérios de mérito – oportunidade,

conveniência, justiça, igualdade. Tudo isso porque o ato discricionário a ser decidido não foi definido pelo legislador. Di Pietro (2007, p. 67) pontua que o legislador ao regrar a matéria, deixou intencionalmente a decisão para a administração, segundo critérios que só podem ser levados em consideração diante do caso concreto.

Di Pietro (2007, p. 67) explica que o ato discricionário, não é então, totalmente livre, pois em alguns aspectos a lei impõe limitações em relação à competência, a forma e a finalidade, ou seja, a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, caso a administração ultrapasse esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária.

Visto a diferença entre ato vinculado e ato discricionário, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 (art. 5o), a LAI 12.527/2011 (art. 3o) e o decreto Estadual 58.052/2012 (art. 3o) explicitam, tematicamente, as informações de caráter sigilosas e pessoais (Brasil, 1988; São Paulo, 2012b). Sobretudo, a lei aponta que cabe ao dirigente público classificar quais são os documentos, dados e informações sigilosas e pessoais que se inserem nesta temática. Tendo o dirigente o poder discricionário para decidir sobre o tema, uma vez que deve, obrigatoriamente, apontar para a sociedade quais são esses documentos, dados e informações sigilosas e pessoais. Obedecendo, porém, as prerrogativas legais inerentes aos atos discricionários.

No caso do Governo do Estado de São Paulo o decreto 58.052/2012 pontua em seu artigo 27o, inciso I, que a informação sigilosa é aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado (São Paulo, 2012). No mesmo artigo, inciso II, pontua que as informações pessoais são aquelas relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais (São Paulo, 2012).

Assim, o dirigente (autoridade máxima) dos órgãos e entidades da administração estadual paulista devem classificar os documentos, dados e informações sigilosas e pessoais analisando o caso concreto, ou seja, quando o cidadão fizer o pedido de informação devem analisar se se inserem nas duas categorias ou não (São Paulo, 2016). Porém, neste método de classificação o cidadão não conhece de antemão o rol de documentos, dados e informações sigilosas e pessoais produzidas e acumuladas pela administração estadual paulista. Evidenciando assim, a falta de compromisso do Governo do Estado na promoção da transparência ativa, uma vez que o método proposto possibilita que os dirigentes cometam arbitrariedades frente ao seu poder discricionário de decidir por negar ou não os pedidos de informações dos cidadãos.

Pelo exposto, analisamos qualitativamente quarenta pedidos de informações negadas (do total de mil cento e dezessete pedidos) aos cidadãos em primeira instância recursal que passaram para a segunda instância entre os anos de 2012 e 2015. A escolha da análise dos pedidos de informações em segunda instância se deu por acreditar que contribuem para compreender se os dirigentes públicos estão se utilizando de seu poder discricionário para negar informações de caráter público, bem como o entendimento da CGA e da Ouvidoria (segunda instância) sobre o assunto. Refletindo assim, sobre as possíveis arbitrariedades dos dirigentes em relação ao seu poder discricionário ao negar os pedidos de informações.



Tais pedidos foram disponibilizados digitalmente para a pesquisa pela Ouvidoria e a CGA, via SIC, em abril de 2016 (São Paulo, 2016a).

Contudo, ao analisar os pedidos de informações negados nota-se que os dirigentes do Governo do Estado de São Paulo não estão sabendo lidar com as informações pessoais inseridas em documentos que podem ser acessados pelos cidadãos quando solicitados. Verifica-se em quinze pedidos, dos quarenta analisados, que os dirigentes não entendem que pode haver informações pessoais inseridas em documentos de acesso público e que uma simples tarja nos dados pessoais evitaria a negativa do acesso. É recorrente em alguns pedidos que os cidadãos desconheçam as atribuições do Executivo federal, estadual e municipal, pois há solicitações de informações ao Governo do Estado de São Paulo sobre ações que não são de sua competência. Porém, alguns pedidos realizados foram negados justificando a inexistência da produção de informação sobre o assunto solicitado, mas o que chamou a atenção foi um pedido de informação de um cidadão feito a CGA (órgão fiscalizar e segunda instância recursal naquele momento) informações sobre o número de recomendações de providências punitivas a agentes feitas pelo órgão em 2014, o número de agentes públicos atingidos por elas, o órgão em que o agente público atuava, o tipo de punição recomendada e se a recomendação foi acatada. Neste pedido não se observa a solicitação de informações pessoais ou sigilosas, mas sim informações referentes à atuação da CGA, que respondeu ao cidadão que foram realizadas no ano de 2014 a recomendação de providências punitivas a cento e oitenta agentes públicos sobre diversas irregularidades constatadas e que os demais questionamentos ficam prejudicados tendo em vista a inexistência da informação produzida (decisão de 06 de julho de 2015). A resposta da CGA de que não existem informações sobre o assunto causa estranhamento, pois ela mesma afirma que realizou cento e oitenta recomendações de punições a agentes públicos. Cabe ressaltar, que para fazer recomendações punitivas a CGA deve abrir processo de apuração preliminar que gerará todas as informações solicitadas no pedido em questão. A CGA deveria ter sugerido ao cidadão que fosse ao órgão consultar os processos de apuração preliminar concluídos, resguardando as informações pessoais com tarja e demais ações. Isso demonstra um problema sério, pois a CGA é responsável por fiscalizar as irregularidades na administração pública estadual paulista, bem como atuou até 2015 como a segunda instância recursal dos pedidos de informações negados pelos dirigentes do Governo do Estado de São Paulo.

Ademais, foi verificado em nove pedidos negados que os cidadãos entraram com recurso em segunda instância por não estarem satisfeitos com as respostas recebidas. Ao verificar o teor dessas respostas enviadas aos cidadãos nota-se que geralmente são citações retiradas da legislação estadual sobre alguma atribuição ou regulação de algum serviço de seus órgãos e entidades. Os cidadãos queriam saber sobre as práticas operacionais relativas a esses serviços, como são realizadas, por exemplo: licitações, fiscalizações, punições etc. Por isso, negar este tipo de informação pode dificultar o controle da sociedade civil nas ações e decisões do Governo do Estado. Muitas das negativas dos pedidos de informações são justificadas do ponto de vista legal, mas numa análise aprofundada sobre o assunto nota-se que os dirigentes se utilizam das brechas oferecidas pela lei e de seu poder discricionário para dificultar o acesso.

Algumas negativas aos pedidos analisados, principalmente da Secretaria da Educação, fazem juízo de valor em relação às razões que levaram o cidadão a fazer o seu pedido de informação, obstruindo assim, a LAI e o decreto estadual 58.052/2012,



pois o cidadão não deve sob nenhuma circunstância justificar o seu pedido. Este tipo de questionamento evidencia uma arbitrariedade do dirigente no uso de seu poder discricionário.

Na análise tivemos poucas negativas classificadas como informações sigilosas e mais como pessoais. Observa-se ainda, que ao negar os pedidos de informações os dirigentes se utilizam de seu poder discricionário para cometer arbitrariedade por dois motivos: falta de conhecimento técnico sobre os procedimentos para o acesso à informação ou pela cultura do sigilo ainda remanescente em suas estruturas organizacionais.

Por todas as razões expostas, torna-se necessária a continuidade desta pesquisa para averiguar com profundidade as possíveis arbitriedades cometidas pelos dirigentes públicos ao se utilizarem da discricionariedade nas negativas de acesso à informação dos cidadãos.

#### 4. Considerações Finais

O Governo do Estado de São Paulo publicou o decreto de regulamentação da LAI (decreto 58.052/2012) com uma característica inovadora, ao comparar com os demais Estados e até mesmo com o Governo Federal, menciona enfaticamente a necessidade de promover a gestão documental e de arquivos como requisitos indispensáveis para o acesso à informação.

Porém, ao analisar os pedidos de informações dos cidadãos negados em primeira instância observa-se que o Governo do Estado ainda está revestido da cultura do sigilo, pois não mede esforços para promover a transparência ativa e a atuação dos órgãos fiscalizadores que têm um desempenho inexpressivo em relação à fiscalização do cumprimento da LAI, contribuindo então, para que os dirigentes cometam arbitriedades frente ao seu poder discricionário, negando até mesmo o acesso à informação pública irrestrita. Logo, o que chama a atenção nesta primeira análise dos pedidos de informações negados é a falta de entendimento de alguns dirigentes públicos sobre como lidar com as informações pessoais que estão inseridas em documentos de acesso público, fazendo com que neguem arbitrariamente o acesso à informação ao cidadão. Isso se resolveria com a sua formação e o Governo do Estado possui expertise para isso, o próprio Arquivo do Estado poderia assumir esta responsabilidade.

Na análise o que chama a atenção é o fato da Secretaria da Educação ter demonstrado sérios problemas em relação às arbitriedades cometidas pelos dirigentes públicos ao se utilizarem do seu poder discricionário para negar o acesso à informação. Esta Secretaria chegou a cobrar justificativas de alguns pedidos dos cidadãos, indo assim, na contramão da LAI e do decreto estadual 58.052/2012. Porém, deve ser realizada análise em mais pedidos negados para concluir se esta Secretaria é ou não a que mais vem obstruindo o direito de acesso à informação.

Contudo, para diminuir as arbitriedades dos dirigentes em relação ao seu poder discricionário de decidir por negar ou não os pedidos de informações dos cidadãos é necessário capacitá-los melhor e que os órgãos fiscalizadores exerçam definitivamente as suas atribuições de fiscalizar o cumprimento da LAI nos órgãos e entidades do Governo do Estado.

## Referências

Bellotto, H. L. (2006). *Arquivos permanentes: tratamento documental*. (Ed. 4, pp. 23-37) Rio de Janeiro: editora FGV.

Bobbio, N. (2000). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero; trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier.

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Recuperado em 08 de maio, 2016, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Brasil (2011). *Lei Federal no 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Recuperado em 08 de maio, 2016, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm).

Brasil (2012). *Decreto Federal no 7.724, de 16 de maio de 2012*. Recuperado em 08 de maio, 2016, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm).

Burke, P. (2003). *Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Rio de Janeiro: Zahar.

Chile (2008). *Ley 20285/2008*. Sobre acceso a la información pública. Recuperado em 19 de abril, 2015, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>

Cordeiro, H. C. D, & Gomes, C. A. S, & Lima, M. H. T. F. (2014). *Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil*. In: A construção social do acesso público à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões. Org. Maria Aparecida Moura. (pp. 47-69). Belo Horizonte: Editora UFMG.

Di Pietro, M. S. Z. (2007). *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. (Ed. 2. pp. 66-67). São Paulo: Atlas.

Draibe, S. M. (2001). *Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas*. In: RICO, Elizabeth Melo (Org.). Avaliação de políticas públicas sociais: uma questão em debate. São Paulo: Cortez; Instituto de Estudos Especiais.

Figueiredo, L. (2015). *No Brasil, o sigilo imposto a documentos oficiais contraria a Constituição, enfraquece a democracia e torna ineficiente a administração pública*. Aliás do Estadão de 10 de outubro de 2015. Recuperado em 13 de maio, 2016, de <http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,sem-segredos,10000000300>

Faria, A. P. de. (2005). *A política da avaliação de políticas públicas*. (RBCS Vol. 20 no. 59). Recuperado em 27 de maio, 2014, de <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v20n59/a07v2059.pdf>

Fonseca, M. O. K. (2005). *Arquivologia e ciência da informação*. (pp. 29-40) Rio de Janeiro: Editora FGV.

Hobsbawm, E. (1995). *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santerrita. Ver. Técn. Maria Célia Paoli. (p. 15). São Paulo: Companhia das Letras.

Jardim, J. M. (1998). *Transparência e opacidade do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: EdUFF.

Meirelles, H. L. (2010). *Direito administrativo brasileiro*. Ver. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. (Ed. 36). Malheiros Editores.

Pinheiro, M. M. K. (2014). *O processo de construção de políticas de informação*. In: A construção social do acesso público à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões. Org. Maria Aparecida Moura. (pp. 27-46). Belo Horizonte: Editora UFMG.

São Paulo (2012). *Decreto no 58.052, de 16-05-2012*. Recuperado em 08 de maio, 2016, de <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/5fb5269ed17b47ab83256cfb00501469/0d8cf8dc bd4ef45f83257a010046ef75?OpenDocument>

São Paulo (2012a). *Resolução CC-3, de 9-1-2012*. Institui Grupo Técnico para a elaboração de minuta de decreto que para regular a lei federal de acesso à informações e à identificação de documentos e informações sigilosas no âmbito da Administração Pública estadual. Recuperado em 05 de abril, 2016, de <http://www.cqgp.sp.gov.br/conteudo/resol.html>

São Paulo (2012b). *Resolução CC-63, de 23-5-2012*. Define a composição do Grupo Técnico instituído pelo artigo 1o das Disposições Transitórias do Decreto no 58.052, de 16 de maio de 2012, com o objetivo de promover estudos e propor as medidas necessárias à criação, composição, organização e funcionamento da Comissão Estadual de Acesso à Informação. Recuperado em 05 de abril, 2016, de <http://www.cqgp.sp.gov.br/conteudo/resol.html>.

São Paulo (2012c). *Resolução CC-71, de 11-6-2012*. Institui Grupo Técnico para implantação do Sistema Informatizado Unificado de Gestão Arquivística de Documentos e Informações - SPDoc e dos Serviços de Informações ao Cidadão - SIC. Recuperado em 05 de abril, 2016, de <http://www.cqgp.sp.gov.br/conteudo/resol.html>

São Paulo (2014). *Decreto no 60.144, de 12-02-2014*. Institui a Comissão Estadual de Acesso à Informação - CEAI. Imprensa Oficial. Recuperado em 12 de fevereiro, 2014, de [http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav\\_v4/index.asp?c=4&e=20140212&p=1](http://diariooficial.imprensaoficial.com.br/nav_v4/index.asp?c=4&e=20140212&p=1)

São Paulo (2015). *Decreto 61.175, de 18-03-2015*. Dispõe sobre as transferências que especifica, no âmbito da Secretaria de Governo, altera a denominação da Ouvidoria Geral para Ouvidoria Geral do Estado, estabelece sua organização. Recuperado em 18 de maio, 2016, de <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2015/decreto-61175-18.03.2015.html>

São Paulo. (2016). *Decreto 61.836, de 18-02-2016*. Dispõe sobre a classificação de documento, dado ou informação sigilosa e pessoal no âmbito da Administração Pública direta e indireta. Recuperado em 10 de maio, 2016, de <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61836-18.02.2016.html>

São Paulo. (2016a). Acessar os pedidos de informações utilizados nesta pesquisa com os protocolos 83138163742 e 4491916675. Serviço de informação ao cidadão do Governo do Estado de São Paulo. Recuperado em 20, de maio, 2016 de <http://www.sic.sp.gov.br/BuscaProtocolo.aspx>

Sartori, G. (1994). *Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura.

Teixeira, M. A. C. (2012). *Estado, governo e administração pública*. Rio de Janeiro. Editora FGV.

Uruguai (2008). *Ley 18.381/2008: de la información pública*. Recuperado em 19 de abril, 2015, de <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18381&Anchor=>

## “Transparencia y archivos: el problema de la regulación del acceso a la información”

Luis Torres Monroy Mayo 2016

Universidad Nacional Autónoma de México Archivo Histórico de la UNAM

Es objetivo del presente trabajo exponer los retos que enfrenta el actual debate legislativo para construir una regulación en materia de acceso a la información en México, considerando los distintos ámbitos y necesidades que el debate involucra: la gestión de archivos, la rendición de cuentas, el cumplimiento de obligaciones de transparencia, el derecho a la protección de datos personales, los temas de seguridad y defensa nacionales, el ejercicio de la función pública y filosofía del gobierno abierto,<sup>1</sup> por citar algunos.

Una preocupación fundamental es insistir en que en el actual ejercicio legislativo que involucra el procesamiento de distintas leyes reglamentarias se debe procurar la mayor concurrencia de los actores involucrados para lograr la mejor armonía y coherencia a fin de simplificar en lo posible la aplicación de la normativa, y con la convicción de que en la construcción de las leyes se debe atender el espíritu de los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* consagrados en la reforma de 2011 del Artículo 1o de la Carta Magna.<sup>2</sup>

### Transparencia

México es reconocido mundialmente por el desarrollo de una legislación de avanzada en materia de transparencia; paradójicamente, en los estándares internacionales en la materia no figura entre los primeros lugares y, más bien, acusa una tendencia regresiva conforme avanza en la regulación jurídica del acceso a la información, derecho humano garantizado en el Artículo 6o Constitucional. Jacqueline Peschard, ex comisionada del IFAI –ahora INAI– aporta algunas de las posibles explicaciones a este fenómeno cuando declara que “los esquemas de rendición de cuentas no están engarzados constitucionalmente con el derecho de acceso a la información [...] En efecto –dice–, llama la atención que entre los principios que regulan la fiscalización de recursos públicos (posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad) no se contemple el de transparencia<sup>3</sup> y, por otro lado dice que ante la regulación del acceso a la información los sujetos obligados han sofisticado y modificado sus formas de evasión.<sup>4</sup>

En cualquier lugar del mundo la transparencia se concibe como una herramienta indispensable para la rendición de cuentas y para el combate a la corrupción, por tanto los indicadores de transparencia mantienen una estrecha relación con los niveles de corrupción. En ese sentido, no sorprende que en el *Índice de percepciones sobre Corrupción 2015*, Transparencia Internacional ubique a México en el último lugar entre los 34 países integrantes de la OCD y en el lugar 95 entre 168 países.<sup>5</sup> La transparencia se ha reconocido como un ejercicio necesario en las democracias más avanzadas del planeta en donde se ha librado una importante batalla contra el paradigma del secreto, pero su adopción sigue un proceso difícil en países y regiones con incipientes estándares de desarrollo y de cultura democrática.

1 Véase Oszlak, O., Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública, Colección de documentos de trabajo sobre e-gobierno, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, Red GEALC, OEA, 2013. 34 pp.

2 Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011.

3 Peschard, M., “El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas”, en López A. Hacia una política de rendición de cuentas en México, México, 2012, CIDE-RRC-Auditoría Superior de la Federación-Cámara de Diputados, p. 13.

4 Urrutia, A., “Cada vez más sofisticado el ocultamiento de pruebas”, La Jornada, 20 de mayo de 2016, p. 12.

5 Aristegui Noticias, 27 de enero de 2016, recuperado de <http://aristeguinoticias.com/2701/mexico/mexicoel-mas-corrupto-entre-34-paises-transparencia-internacional/>



En México, habrá que preguntarse si además del desarrollo de una mayor capacidad para la evasión por parte del Estado existen factores adicionales como lo advierte Mauricio Merino:

El sector público le tiene miedo, pánico a los procesos de transparencia, no sólo porque abrirse de capa al escrutinio de la sociedad podría revelar actos de corrupción hasta ahora más o menos ocultos, sino porque nuestra administración pública ha sobrevivido por años en un caos de gestión cotidiana. No es sólo que los políticos quieran esconderse del público – aunque también eso cuente –, sino que las burocracias no tienen los sistemas actualizados ni los papeles en orden. Con más frecuencia de lo que podría suponerse, no es que no quieran cumplir sus nuevas obligaciones, sino que nadie sabe bien a bien cómo afrontar el problema.<sup>5</sup>

No es gratuito que a últimas fechas al menos en el discurso oficial los temas relacionados con la reglamentación del 6o Constitucional estén en la agenda pública, pues en la conciencia colectiva se ha insertado la especie de que esta legislación constituye una esperanza razonable para mitigar los efectos del descrédito que pesa sobre todo en la administración gubernamental y en el sistema de partidos. Sin embargo, hoy existe la percepción de que la reglamentación del acceso a la información, más que un real intento por desterrar la opacidad y la impunidad, se utiliza sólo como un recurso discursivo que sirve para simular la construcción de la democracia.

El debate actual sobre las leyes secundarias que habrán de soportar el Sistema Nacional Anticorrupción lleva implícito el reconocimiento de una problemática social que amenaza con abortar cualquier proyecto de país, y se halla inscrito – o atado – a la disyuntiva que implica construir un corpus normativo que aporte el recurso jurídico necesario para transformar de raíz el estatus que al presente guardan los derechos sociales y las libertades ciudadanas, el de las instituciones y el de la economía, o continuar con la inercia que lleva a profundizar la brecha de inequidad que amenaza con aniquilar el proyecto democrático mexicano.

### Transparencia y democracia

Según el profesor Owen Fiss (2008), “la democracia es un sistema que confiere el poder último de gobierno a ciudadanos individuales”,<sup>6</sup> en ese sentido, en el México de hoy no hay suficientes ejemplos siquiera para afirmar que el ciudadano, a través de sus representantes, pueda aspirar a la fiscalización de importantes actos de gobierno. Un ejemplo notable se puede leer en el *Informe final de la Comisión de Investigación Monex*, donde se consignan las dificultades que enfrentó una comisión de legisladores de oposición<sup>7</sup> para acceder a información en poder de instituciones públicas como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la Auditoría Superior de la Federación (ASF), la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE), entre otras, para investigar el volumen y la procedencia de los recursos utilizados en la campaña de la coalición “Compromiso por México”<sup>8</sup> en 2012.

Por otro lado, aun cuando la llamada “Comisión Monex” pudo vencer los obstáculos del acceso a la información y demostrar que los gastos de campaña rebasaron

5  
Merino, M. “Miedo pánico a la transparencia”, *El Universal*, 11 de mayo de 2016. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/mauricio-merino/nacion/2016/05/11/miedopanico-la-transparencia>

6  
“Las dos caras del estado”, conferencia presentada en ocasión del doctorado honoris causa que le otorgó la Universidad de Palermo en 2008. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, Número 1, agosto 2009, p. 215. (pp. 211-220)

7  
PRD, PT y Movimiento Ciudadano.

8  
Informe, 2015, p. 75-76, recuperado de <http://aristeguinoticias.com/2708/mexico/informe-del-casomonex-sobre-como-el-pri-disperso-recursos/>

12 veces el límite permitido por la Ley, el informe no tuvo mayores repercusiones, pues 7 de los 11 diputados integrantes de la Comisión (PRI, PAN, PVEM y Nueva Alianza) no avalaron el informe y, además, el resultado de este trabajo carece de carácter *vinculante para obligar al Poder Judicial* a la apertura de los procesos legales correspondientes.

Además de las cotidianas notas periodísticas, son varios los insumos de reciente factura que pueden contribuir a la construcción de un panorama del estado que guarda el acceso a la información y su impacto en la democracia mexicana. Por economía de espacio, tomaré a manera de ejemplo dos de ellos que por su vigencia considero inevitables. El primer documento es producto del ejercicio realizado por especialistas nacionales y extranjeros a convocatoria de la UNAM en 2011, y el segundo es el último informe del *Índice de Desarrollo Democrático de América Latina* que elaboran la Fundación Konrad Adenauer y Polilat.com, construido a partir del análisis particular y comparativo de 18 países de la región.

### 1. "Elementos para la construcción de una política de estado para la seguridad y justicia en democracia"

Este documento fue resultado del foro "Conferencia internacional sobre seguridad y justicia en democracia. Hacia una política de estado en los albores del tercer milenio", realizado en la UNAM en 2011,<sup>9</sup> y circuló en distintas instancias gubernamentales, incluida la Presidencia de la República, y entre las fracciones parlamentarias integrantes del Poder Legislativo. Aunque su tema central es la seguridad y la justicia, el documento transmite un preocupante diagnóstico sobre sus causas, entre otras, la severa fractura del sistema de convivencia social en México, entre cuyos orígenes se destaca la violencia soterrada o manifiesta, históricamente ejercida para sostener privilegios de grupos de gran poder económico a costa del empobrecimiento de una cada vez más amplia capa social. En el mismo sentido, el documento denuncia el sistemático embate contra los derechos sociales consagrados en la Constitución de 1917, señaladamente contra los derechos a la educación, a la seguridad social, al empleo y a la vivienda, lo que -dice- ha redundado en la disminución real de oportunidades, sobre todo en perjuicio de los jóvenes, situación que ha prodigado cada vez más pobres, una discriminación velada o abierta hacia grupos marginados y el ensanchamiento de los cinturones de miseria, lo que a su vez ha dado pie a una nueva generación de "ciudadanos de segunda".

Frente a esta situación, con sus honrosas excepciones, la clase política ha optado por una especie de mezquina administración de la violencia, ha usado el juicio superficial y la condena mediática, cínica, y se afana en minimizar los riesgos que conlleva la desatención de esta problemática política, social y económica.

No obstante la gravedad de lo anterior, sin duda la mayor preocupación que el diagnóstico trasluce es el insostenible nivel de corrupción e impunidad, en donde las instituciones del régimen se contaminan cada vez más por las conductas que generan beneficios derivados de la fidelidad a ciertos grupos de poder, incluido el narco. En este contexto, parece normal que el ciudadano que no se rige por esos patrones de comportamiento sea considerado disfuncional y no al revés (recuérdese el encarcelamiento de José Manuel Mireles o el otorgamiento de la Medalla Belisario Domínguez 2015 a Roberto Baillères). Una conclusión obligada es la urgencia de una

<sup>9</sup> UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Continental. México, agosto 2011, recuperado de [http://abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta\\_Seguridad\\_y\\_Justicia\\_en\\_Democracia.pdf](http://abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta_Seguridad_y_Justicia_en_Democracia.pdf) (El Foro se realizó en la Ciudad de México del 6 al 10 de junio).

verdadera cruzada ética que empiece justamente por el rescate y fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas, lo que implica erradicar la corrupción y la impunidad.<sup>10</sup> Esta última consideración se puede ver muy nítidamente en el cuarto párrafo del numeral 1.1 de la propuesta, que conviene citar textualmente:

*El impacto de la corrupción en las instituciones y la participación de la sociedad en ellas nos obliga a reconocer lo siguiente: esta propuesta de política de Estado será estéril si no se toman decisiones y realizan acciones contundentes, desde las más altas responsabilidades públicas y liderazgos privados, para reducir las prácticas de corrupción e impunidad. Debe comenzarse por las malas prácticas insertas en los circuitos de alta jerarquía y hacia abajo, hasta la más modesta ventanilla<sup>11</sup>.*

## 2. Índice de desarrollo democrático de América Latina. IDD-Lat<sup>12</sup>

Este documento es el informe regional que mide y evalúa comparativamente los avances y retrocesos en materia de democracia en la región. El periodo analizado es el año 2014, y los rubros que considera para realizar la medición son los siguientes:

- a) Respeto a los derechos políticos y libertades civiles (*democracia de los ciudadanos*);
- b) Calidad institucional y eficiencia política (*democracia de las instituciones*)
- c) Ejercicio de poder efectivo para generar políticas que aseguren bienestar (*democracia social y humana*)
- d) Ejercicio de poder efectivo para generar políticas que aseguren eficiencia económica (*democracia económica*)

Conviene advertir que quizá el ejercicio comparativo que el informe presenta pudiera resultar anacrónico a la luz de las difíciles condiciones que hoy enfrentan varias naciones de la región –y en particular las que prevalecen en Brasil y Venezuela– pero aun con esta consideración el informe no deja de ser un referente importante para conocer el comportamiento de México en materia de democracia en los últimos años.

El *Informe* asegura que [...] por primera vez [México] se coloca por debajo del promedio regional y forma parte de países con bajo desarrollo democrático, junto con El Salvador, Paraguay, República Dominicana y Colombia. Esto, por otro lado se traduce en una peor ubicación en el *ranking*, colocándose en el décimo lugar, cuatro posiciones por debajo de la del [informe] 2014.<sup>13</sup>

Destaca el *Informe* como un punto de quiebre importante la primera crisis del gobierno de Peña Nieto a partir de los conflictos suscitados por la desaparición de los 43 normalistas de Ayotzinapa,<sup>14</sup> [...] que –dice– afectaron la confianza ciudadana en las instituciones, sacaron a la luz la enorme corrupción de las autoridades locales y revelaron que la estrategia del gobierno federal frente al crimen organizado, que hasta ese momento había sido de silencio y de distancia, al menos en lo mediático, fue insuficiente e ineficaz [...]”<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Puede leerse un diagnóstico actualizado a mayo de 2015 en Casar, M.A. *México: anatomía de la corrupción*, México, 2015, IMCO-CIDE.

<sup>11</sup> p. 3.

<sup>12</sup> Fundación Konrad Adenauer-Polilat.com, Montevideo, Uruguay, 2015, recuperado de <http://www.iddlat.org/2015/informes/2015/index.html>

<sup>13</sup> P. 162.

<sup>14</sup> P. 168. La segunda crisis se refiere a los escándalos de corrupción del propio Peña y colaboradores cercanos, particularmente con relación a la adquisición de propiedades.

<sup>15</sup> P. 165

Junto a estas observaciones, y por lo relevante de esta información para el tema que ahora interesa, sólo se rescata aquí, por último, el nivel que registra el *Informe para México en el rubro Democracia de las instituciones*:

El valor obtenido en *calidad institucional y eficiencia política, democracia de las instituciones* ha disminuido nuevamente, y en esta ocasión con un porcentaje más elevado, de casi el 32 % [...] México alcanza el peor valor de la serie, señalando que en el 2002 inició el *IDD-Lat* con una puntuación superior a los 5 puntos, y en el 2015 alcanza un valor por debajo de los 3 puntos. Completa su tercer[a] caída consecutiva desde el año 2013.

Este comportamiento se explica por los retrocesos en los indicadores de *accountability y desestabilización de la democracia*, y a eso se le suma que por primera vez es castigado por el *factor de anormalidad democrática* por la crisis institucional vivida durante el 2014. Como consecuencia, el país pierde siete posiciones en el *ranking* regional, pasando del 7° al 14° lugar. México en esta dimensión forma parte del grupo de países con mínimo desarrollo democrático, junto con Paraguay, Nicaragua, Brasil, Ecuador y Venezuela.<sup>16</sup>

No debe ser motivo de sorpresa el dato que registra el segundo párrafo sobre el lugar que ocupa México en materia de rendición de cuentas y desestabilización de la democracia, pues esta situación se ha convertido en un mal endémico en los últimos años; la tendencia era visible al menos desde marzo de 2012 cuando, acusando este fenómeno, el entonces candidato Enrique Peña Nieto firmó ante notario Público el compromiso de crear la Comisión Nacional Anticorrupción.<sup>17</sup>

En general, y a partir de los criterios aplicados para el análisis de la región el Informe registra que: subsiste una gran desigualdad; la reducción de la mortalidad infantil ha detenido su curva positiva; el crecimiento económico de la región presenta frenos y contramarchas; se detiene el proceso de ascenso social; los indicadores de desempleo y pobreza presentan un deterioro creciente, y que persiste el déficit estructural de la salud pública.

En resumen, tanto el documento de la UNAM como el informe reseñados aquí muy brevemente, apuntan hacia un problema estructural de nuestra democracia: la corrupción y la impunidad. En este sentido se puede afirmar que en México, la construcción legislativa que da cauce a la reforma constitucional de 2014 es un proceso que parece transitar en dos vertientes paralelas: un trabajo legislativo donde el Estado parece dispuesto a poner freno a la endémica corrupción que padece, y la otra, la real, la instrumentación de múltiples pistas de cabildeo y negociación política para dejar con el menor efecto posible aquella importante reforma constitucional. Al respecto, María Amparo Casar dice que "México ha mantenido una agenda interna de reformas para combatir la corrupción en las últimas dos décadas pero los cambios han sido más en el nivel discursivo y legal que en el de la práctica."<sup>18</sup>

16  
P. 163

17  
Torres, M., "Peña Nieto promete un cambio para México y firma compromisos", CNN México, 30 de marzo de 2012. Recuperado de <http://expansion.mx/nacional/2012/03/30/pena-nieto-promete-un-cambio-paramexico-y-firma-compromisos>

18  
*Anatomía de la corrupción*, México, 2015, IMCO-CIDE, p. 50.



## Transparencia y acceso a los archivos

Aunque el tema es bastante añejo, en México el acceso a los archivos es un asunto que por momentos ha provocado severos debates. Sólo recuérdense los distintos episodios sobre la apertura de los archivos del 68 y la llamada “guerra sucia” Los archivistas debemos reconocer, sin embargo, el preponderante sitio que hoy ocupa la discusión del tema de los archivos y asuntos relacionados tan relevantes como el acceso. El desarrollo de la legislación reglamentaria del 6o Constitucional ha sido el principal motor para poner en primer plano la necesidad de reglamentar la producción, conservación y uso de los documentos.

En el contexto del Sistema Nacional de Transparencia y del Sistema Nacional Anticorrupción la cuestión del acceso a los archivos juega un papel muy importante, pues atacar los problemas de corrupción e impunidad se relaciona, no sólo, pero fundamentalmente con el ejercicio efectivo de la rendición de cuentas y la transparencia, y éstas sólo son alcanzables –ahora se reconoce– si se cuenta con archivos debidamente organizados.

Al respecto, Mauricio Merino ha insistido en señalar el valor estratégico de los archivos<sup>19</sup> y también sobre el vacío que representa la tardanza de la expedición de la Ley General de Archivos que mandata la reforma constitucional de febrero de 7 de febrero de 2014;<sup>20</sup> dicha reforma faculta al congreso para expedirla esta Ley y, así, junto con la Ley General de Transparencia y la Ley General de Protección de Datos Personales se integra el “combo” legislativo para soportar el Sistema Nacional Anticorrupción, pues se parte del supuesto de que estas tres leyes conforman el núcleo fundamental de la Plataforma Nacional de Transparencia.

Pero el problema no es sólo de oportunidad, sino al menos de pertinencia y de compatibilidad y coherencia entre las distintas normas.

El problema de la pertinencia tiene que ver con la falta de claridad sobre el ámbito normativo que corresponde a cada una de las leyes generales, y sobre las funciones y atribuciones de sus instituciones garantes y responsables. Para el caso de los archivos es importante destacar que desde la aparición de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental* (2002), la normativa relativa a la conservación y organización de los archivos y la relativa al acceso a los documentos se ha construido fundamentalmente desde el énfasis de su perfil como soportes de la información. Un ejemplo de esta confusión normativa se puede ver en la reciente expedición de los *Lineamientos para la organización y conservación de los archivos*, elaborados por el Consejo Nacional de Transparencia,<sup>21</sup> esto a pesar de que el Artículo 41 de la Ley Federal de Archivos (2012) establece que el Archivo General de la Nación (AGN) es el órgano rector de la archivística Nacional.<sup>22</sup> Dos meses antes, el AGN había publicado en el mismo medio los Lineamientos para analizar, valorar y decidir el destino final de la documentación de las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo Federal.<sup>23</sup>

La compatibilidad y coherencia es quizá el reto más importante que hoy enfrenta la construcción de una normativa que al mismo tiempo ayude a la conservación y organización de archivos y potencie su utilidad social, coadyuve, además, con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, de rendición de cuentas y a la protección de datos personales, entre otros objetivos.

19  
Véase Merino, M. “El patito feo”, *El Universal*, 1 de agosto de 2015, recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/mauricio-merino/nacion/2015/07/1/el-patitofeo>

20  
*Diario Oficial de la Federación*, Artículo 73, Fracción 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.

21  
5 de mayo de 2016.

22  
*Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2012.

23  
16 de marzo de 2016.  
*Diario Oficial de la Federación*



Sin embargo, el tema del acceso a los archivos ha evidenciado la necesidad de un espacio académico para la discusión interdisciplinaria e interinstitucional en donde necesariamente deben confluir los especialistas en transparencia, rendición de cuentas, protección de datos personales y en conservación y organización de archivos, sin pérdida de su identidad disciplinaria; algunos temas están en la agenda desde tiempos remotos pero también otros tantos sólo se han hecho visibles en épocas recientes.

A manera de conclusión, conviene agregar aquí siquiera una breve enumeración de los temas y asuntos que ocupan la agenda compartida.

### Límites del acceso a los archivos

En este rubro es importante partir de una discusión del paradigma del secreto. Continuamente se nos dice que “información es poder” y, en efecto, tradicionalmente el estado procura administrar la información –“poseer, retener, negar o distorsionar,” (Oslak, 2013) – y en los extremos incurre en una visión patrimonialista negándose a socializar el conocimiento, lo que anula el principio de máxima publicidad.

En el mismo sentido, conviene revisar los criterios de clasificación y desclasificación de la información, pero fundamentalmente es necesaria una supervisión de la aplicación de esos criterios, porque tal atribución no puede quedar sólo en el ámbito del sujeto obligado.

También resulta necesario discutir los límites de varios conceptos cuya aplicación recibe las más variadas interpretaciones como en el caso del “secreto bancario”, el de la “esfera más íntima”, el “interés público”, los “actos de autoridad”, la “defensa nacional” y “seguridad nacional”, entre otros.

Lo anterior, porque por ejemplo en nombre de la “seguridad nacional” no resulta difícil encontrar disposiciones como la contenida en el Artículo 23 de la *Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en materia de Hidrocarburos* “la información o datos sobre el funcionamiento de las operaciones, instalaciones, actividades, movimientos del personal o vehículos de asignatarios, contratistas o permisionarios que se vinculen con las actividades previstas en el párrafo séptimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, será considerada *información de Seguridad Nacional* [...]”<sup>24</sup>

En otro sentido, pero seguramente en un tema mucho más delicado por los usos potenciales de la información,<sup>25</sup> se puede citar la aplicación del Expediente Clínico electrónico que integrará el “Padrón general de salud” previsto en la *Norma Oficial Mexicana NOM-024-SSA3-2012, Sistemas de información de registro electrónico para la salud. Intercambio de información en salud*.<sup>26</sup> Asa Cristina Laurell comenta al respecto que

De concretarse, este padrón contendría los datos de unas 100 millones de personas, según la información de aseguramiento del Censo de 2015, incluyendo a los menores de edad. Sería, además, un padrón que estaría a disposición de muchísimas personas, que son las que administran algún tipo de seguro en distintos niveles. Tendría un sistema de protección

24  
*Diario Oficial de la Federación, Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en materia de Hidrocarburos*, 12 de enero de 2016

25  
Peligroso si se considera la información que se prevé contenga según el numeral “1. Objetivo y campo de aplicación, Frac. 3.29 Información en salud.- Datos, información, conocimiento y evidencia relacionados con la generación, acceso, difusión y uso del personal, servicios, recursos, afiliados, derechohabientes, beneficiarios, pacientes, tratamientos y resultados dentro del sector salud, entre la que se encuentra indistintamente la información estadística, epidemiológica y financiera.” *Diario Oficial de la Federación*

26  
30 de noviembre de 2012. *Diario Oficial de la Federación*

para impedir que fuera consultado por personas no autorizadas, pero pudiera ser hackeado o filtrado indebidamente como el padrón electoral. Los elementos especialmente delicados son que contendría información sobre algunos padecimientos y sobre el tipo de aseguramiento, ambos aspectos de gran interés para las aseguradoras con la finalidad de ofrecer seguros complementarios o alternativamente negarse a asegurar a personas con padecimientos crónicos. También podría interesar a las empresas para no contratar a personas con estos padecimientos.<sup>27</sup>

Otras discusiones tendrán que abordar temas como los mecanismos para limitar la censura (del estado, de los medios, de los empresarios), actividad que hoy transcurre incluso en las llamadas versiones públicas de documentos de archivo que el solicitante de información puede obtener, y asimismo el tema de la "autocensura" que los archivos de los sujetos obligados ya realizan al depurar expedientes y hasta tipos documentales. El tema de la censura resulta un asunto de gran relevancia, sobre todo si tenemos en cuenta la ambigüedad que hoy priva sobre las obligaciones que atañen a los nuevos sectores que desempeñan funciones antes reservadas al estado.<sup>29</sup>

Finalmente, las casi cotidianas filtraciones de información de los últimos meses han puesto de manifiesto la incapacidad del estado para controlar la información y han confirmado la fuerte relación entre transparencia y archivos, pero también han puesto en alerta al aparato gubernamental para acotar el ejercicio de derechos humanos como el de acceso a la información y el derecho a la verdad, e incluso, a través de distintas legislaciones han dado lugar a la revisión de algunas libertades civiles y derechos políticos anteriormente indiscutibles.

Conviene reflexionar sobre el tema pues si bien estas vías de acceso a la información generalmente transcurren en un ámbito de clandestinidad, con frecuencia representan la única posibilidad para conocer y documentar actos de gobierno y evidenciar actuaciones anómalas en perjuicio de la sociedad. En este contexto, también resulta importante redimensionar el valor de prueba (testimonial y evidencial) de los documentos de archivo pero también resulta una oportunidad inmejorable para rescatar el papel de los archivos como custodios y garantes de la fe pública.

#### Lista de referencias

*Aristegui Noticias, Informe final de la Comisión de Investigación Monex, 27 de enero de 2016, Aristegui Noticias, 27 de enero de 2016, recuperado de <http://aristeguinoticias.com/2701/mexico/mexico-el-mas-corrup-to-entre-34países-transparencia-internacional/>*

Casar, M.A., 2015, *México: anatomía de la corrupción*, México, 2015, IMCOCIDE.

*Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011.

*Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 2012.

*Diario Oficial de la Federación*, 30 de noviembre de 2012

27

Laurell, A. C., "Padrón general de salud y el expediente electrónico", *La Jornada*, 25 de mayo de 2015, p.

29

Al respecto, véase Torres, L., 2010, "La ley de transparencia. Lo público frente a lo reservado, privado y confidencial", en revista *Archivo... ¿Qué?*, Gaceta del archivista, México, Escuela Nacional de Biblioteconomía y Archivística, pp. 23-29.

*Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014

*Diario Oficial de la Federación*, 5 de mayo de 2016.

*Diario Oficial de la Federación*, 12 de enero de 2016

*Diario Oficial de la Federación*, 16 de marzo de 2016.

Fiss, Q., 2008, "Las dos caras del estado". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, Número 1, agosto 2009, pp. 211-220.

Fundación Konrad Adenauer-Polilat.com, Índice de desarrollo democrático de América Latina IDD-Lat, 2015. Recuperado de <http://www.iddlat.org/2015/informes/2015/index.html>

Merino, M. "Miedo pánico a la transparencia", *El Universal*, 11 de mayo de 2016. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-deopinion/articulo/mauricio-merino/nacion/2016/05/11/miedo-panico-latransparencia>

Merino, M., "El patito feo", *El Universal*, 1 de agosto de 2015, recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-deopinion/articulo/mauriciomerino/nacion/2015/07/1/el-patito-feo>

Laurell, A. C., "Padrón general de salud y el expediente electrónico", *La Jornada*, 25 de mayo de 2015, p 31

Oszlak, Oscar, *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Colección de documentos de trabajo sobre e-gobierno, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, Red GEALC, OEA, 2013. 34 pp.

Peschard, M., "El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas", en López A. *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, México, 2012, CIDE-RRC-Auditoría Superior de la Federación-Cámara de Diputados

Torres, L., 2010, "La ley de transparencia. Lo público frente a lo reservado, privado y confidencial", en revista *Archivo... ¿Qué?*, *Gaceta del archivista*, México, Escuela Nacional de Biblioteconomía y Archivonomía, pp. 23-29.

Urrutia, A., "Cada vez más sofisticado el ocultamiento de pruebas", *La Jornada*, 20 de mayo de 2016, p. 12.

UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Continental. México, agosto 2011, *Elementos para la construcción de una política de estado para la seguridad y justicia en democracia*- Recuperado de [http://abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta\\_Seguridad\\_y\\_Justicia\\_en\\_Democracia.pdf](http://abogadogeneral.unam.mx/PDFS/Propuesta_Seguridad_y_Justicia_en_Democracia.pdf)

