Tercer Debate Temático

**Hoja de Datos**

**INAI (Ponencia MPK)**

|  |
| --- |
| Inexistencia de información  |
| Breve Descripción | Se estima que, a fin de delimitar el tema, los miembros del Grupo de Jurisprudencia y Criterios Administrativos puedan desarrollar algunas reflexiones que, a manera de pregunta, sirvan como facilitadores del debate, a saber:* ¿Existe algún concepto sobre la “inexistencia de la información”?
* ¿Cómo se considera la “inexistencia de la información” en las regulaciones nacionales?
* ¿Qué otros conceptos se encuentran relacionados con la “inexistencia de la información”?
* ¿Quiénes son los distintos actores involucrados en la declaratoria de “inexistencia de información”?
* Identifique el proceso por el cual se resuelve un tema vinculado a la “inexistencia de la información”.
* ¿Qué requisitos son necesarios acreditar para “la inexistencia de información”?
* ¿Qué provee la normativa cuando se argumenta la inexistencia de información?
 |
| País | México |
| Consideraciones Generales (Relevancia del tema) | La inexistencia implica necesariamente que la información no se encuentra en los archivos de la autoridad -es decir, se trata de una cuestión de hecho-; no obstante que la dependencia o entidad cuente con facultades para poseer dicha información. En este sentido, es de señalarse que la inexistencia es un concepto que se atribuye a la información solicitada.Respecto al procedimiento para dar atención a las solicitudes de acceso, la Ley de la materia y su Reglamento dispone que la Unidad de Enlace al recibir una solicitud de acceso, la turnará a las unidades administrativas que tengan o puedan tener la información, con objeto de que la localice, verifique su clasificación y le comunique la procedencia de su entrega.En caso de contar con la información y que ésta sea pública, la unidad administrativa deberá notificarlo a la Unidad de Enlace dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se haya recibido la solicitud por parte de dicha Unidad, precisando, los costos de reproducción y envío de acuerdo con las diversas modalidades posibles.Cuando los documentos no se encuentren en los archivos de la unidad administrativa, esta deberá remitir al Comité de Información de la dependencia o entidad la solicitud de acceso correspondiente y el oficio en donde así lo manifieste. Dicho Comité analizará el asunto, tomará las medidas pertinentes para localizar el documento solicitado y resolverá en consecuencia. Si no es localizada la información, el Comité expedirá una resolución que confirme su inexistencia y la notificará al solicitante, a través de la Unidad de Enlace, dentro del plazo establecido por la Ley para dar respuesta a las solicitudes de acceso.Si la unidad administrativa determina que la información solicitada no se encuentra en sus archivos, deberá enviar al Comité, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquél en que se haya recibido la solicitud de la Unidad de Enlace, un informe en el que exponga este hecho y oriente sobre la posible ubicación de la información requerida. Por lo tanto, cuando los documentos solicitados no obren en los archivos de la dependencia o entidad de que se trate, el Comité de Información deberá emitir una resolución en la que confirme tal situación y deberá notificarla al particular, en el plazo establecido en el artículo 44 de la Ley. |
| Consideraciones (Posición sobre el tema) | Como se ha determinado, para dar respuesta a las solicitudes de acceso, invariablemente los sujetos obligados deben realizar una búsqueda de la información solicitada en los archivos de todas las unidades administrativas que pudieran tener la información; pues, ya sea que vayan a otorgar el acceso o negarlo por ser información clasificada o inexistente, la respuesta implica la localización de la información requerida o, en su caso, la declaración de inexistencia después de una búsqueda exhaustiva.La declaración de inexistencia debe contener los elementos necesarios para generar en los particulares certeza del carácter exhaustivo de la búsqueda y de las acciones tomadas por el Comité de Información para localizar la información solicitada.Asimismo, en todo momento se debe favorecer el objetivo de la Ley de la materia relativo a garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos.A ese respecto, es de destacar que frente a las declaraciones de inexistencia por parte de los sujetos obligados, este Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, se encuentra con una limitante fáctica para determinar su procedencia.Lo anterior es así, tomando en consideración que el Instituto, en su carácter de órgano garante, únicamente puede circunscribir su determinación al análisis jurídico de las atribuciones del sujeto obligado y de cada una de sus unidades administrativas, así como a la verificación de la motivación plasmada en la resolución de inexistencia emitida por el Comité de Información respectivo, para concluir si es procedente o no. A diferencia de lo que acontece en los casos de clasificación de información, en los cuales, de ser necesario, es posible tener acceso a los documentos para poder verificar su contenido y derivado de ello determinar si se actualiza o no la causal invocada por el sujeto obligado.No pasa desapercibido el hecho de que, en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo –de aplicación supletoria en la materia -, se dispone que la actuación administrativa se desarrollará con arreglo al principio de buena fe; es decir, los actos de cualquier autoridad –como lo es una respuesta generada con motivo de una solicitud de información- tienen la presunción de ser emitidos de manera veraz, leal y honrada, por lo que una resolución –como la de inexistencia-, goza de una fuerte presunción de haber sido emitida sin maquinaciones o artificios que pretendan engañar al gobernado.En el ámbito procesal, en el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles –también aplicable en la materia-, se establece que son documentos públicos los emitidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones y por otra parte, en el artículo 130 del mismo ordenamiento se dispone que los documentos públicos harán fe en juicio. Lo anterior, aplicado a la sustanciación de los recursos de revisión; se traduce, sin lugar a dudas, en que cualquier documento emitido por los sujetos obligados en atención a las solicitudes de información, en principio y salvo que exista un elemento probatorio que lo controvierta, debe hacer prueba plena. Sin embargo, en los casos en los que se declara la inexistencia de la información, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales no cuenta con un mecanismo de verificación fáctica que le permita comprobar la validez de la inexistencia declarada. Es decir, no es posible determinar, incluso, si la declaración de inexistencia deriva de la deficiente organización, clasificación y manejo de los documentos que obran en los archivos de los sujetos obligados. Bajo el contexto descrito, este Órgano Garante ha detectado tres principales problemas en las declaraciones de inexistencia realizadas por los sujetos obligados, a saber:1. Las búsquedas realizadas por los sujetos obligados, con frecuencia, no son exhaustivas y las resoluciones de inexistencia emitidas por los Comités de Información no contienen los elementos mínimos que permitan a los particulares tener certeza del criterio de búsqueda utilizado o de las acciones tomadas por el Comité de Información para localizar la información requerida.

El propósito de que los Comités de Información de los sujetos obligados emitan una declaración que confirme, en su caso, la inexistencia de la información, es garantizar al solicitante que efectivamente se realizaron las gestiones necesarias para su ubicación y que éstas fueron las adecuadas para atender a la particularidad del caso concreto. En ese sentido, las declaraciones de inexistencia de los Comités de Información deben contener los elementos suficientes para generar en los solicitantes la certeza del carácter exhaustivo de la búsqueda de la información requerida y de que su solicitud fue atendida debidamente; es decir, deben motivar o precisar las razones por las que se buscó la información en determinada(s) unidad(es) administrativa(s), los criterios de búsqueda utilizados y las demás circunstancias que fueron tomadas en cuenta para su localización.1. Confusión entre los términos inexistencia e incompetencia, lo que deriva en una traba para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos.

En el caso de inexistencia, la respuesta de la dependencia o entidad debe necesariamente provenir de un Comité de Información, el cual previamente ha verificado que efectivamente el documento que contiene la información solicitada no se encuentra en los archivos de la dependencia o entidad, aun cuando de conformidad con sus atribuciones, correspondería a la misma contar con la información.Por otra parte, la incompetencia implica que de conformidad con las atribuciones conferidas a la dependencia o entidad, no habría razón por la cual ésta deba contar con la información solicitada, en cuyo caso, se tendría que orientar al particular para que acuda a la instancia competente.Lo anterior, atendiendo a que en un régimen de derecho rige como elemento inseparable de su esencia y naturaleza el principio de *juridicidad in genere*, el cual implica que el Estado, a través de sus distintas autoridades, sólo debe realizar lo que el orden jurídico general le permite o faculta que haga, sin que a ningún servidor público o miembro de cualquier organismo le sea dable ejecutar algún acto cuya comisión no le esté expresamente otorgada por la ley, la que, además, debe regular el ejercicio de la facultad concedida.En conclusión, se deben distinguir ambos términos, debido a que se trata de conceptos de naturaleza distinta. La inexistencia es una calidad que se atribuye a la información solicitada (la información no obra en los archivos del sujeto obligado) que deriva de una circunstancia de hecho. A diferencia de dicho término, la incompetencia es consecuencia de una circunstancia de derecho que otorga una calidad atribuida a la autoridad (con base en sus atribuciones, no tendría por qué tenerla).1. No se garantiza el ejercicio del derecho de acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos, en casos en los que no es necesario declarar la inexistencia; pues, en lugar de notificar las razones por las cuales la información no existe, se otorga respuesta hasta en tanto el Comité de Información emite la resolución correspondiente, circunstancia que generalmente retrasa la notificación de la respuesta al particular.

Se debe considerar que existen situaciones en las que, por una parte al analizar la normatividad aplicable a la materia de la solicitud, no se advierte obligación alguna por parte de las dependencias y entidades de contar con la información y, por otra, no se tienen suficientes elementos de convicción que permitan suponer que ésta existe.En estos casos, se considera que no es necesario que el Comité de Información declare formalmente la inexistencia de los documentos requeridos, con la finalidad de favorecer la notificación de la respuesta con mayor rapidez.1. La imposibilidad por parte del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de verificar de forma fáctica si la declaración de inexistencia deriva de la deficiente organización, clasificación y manejo de los documentos que obran en los archivos de los sujetos obligados.

Por último, se destaca que la Ley de la materia prevé que serán causas de responsabilidad administrativa de los servidores públicos por incumplimiento de las obligaciones establecidas en ese ordenamiento legal, entre otras, el ocultar, información que se encuentre bajo su custodia, a la cual tengan acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión; así como actuar con negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esa Ley.En ese sentido, en caso de advertir la negativa intencional de información, a través de la indebida declaración de inexistencia por parte de algún sujeto obligado, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, cuenta con facultades de dar vista al Órgano Interno de Control en cada dependencia o entidad respecto a la presunta infracción, a efecto de que se inicie, en su caso, el procedimiento de responsabilidad que corresponda. |
| Áreas de oportunidad (¿Qué hace falta para mejorar el derecho de acceso en el tema a discusión? – Nuevos Retos) | A fin de asegurar un equilibrio entre el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información y la correlativa obligación de los sujetos obligados de satisfacerlo, a continuación se señalan algunas áreas de oportunidad para garantizar que se favorezca el ejercicio de este derecho:1. Establecer mecanismos mediante los cuales se recomiende o se instruya a los sujetos obligados a capacitar a los integrantes de las Unidades de Enlace, respecto de las atribuciones y facultades que la norma le ha otorgado no solo al sujeto obligado, sino a cada una de sus unidades administrativas; lo que abonaría a logar un turnado eficaz de las solicitudes de acceso para que sean atendidas, considerando todas las unidades administrativas competentes, desde la tramitación de las solicitudes y no, hasta el cumplimiento de la resolución recaída al medio de impugnación que derivó de la respuesta del sujeto obligado.
2. Fomentar en los sujetos obligados la difusión, aplicación y comprensión de los criterios que el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales ha emitido para definir los términos de inexistencia e incompetencia, con el propósito de evitar su confusión. Así como, establecer criterios uniformes para delimitar cada uno, al determinar la *litis* en cada caso concreto.
3. Coadyuvar con los sujetos obligados a establecer criterios claros y objetivos que permitan identificar las situaciones en las que resulta aplicable agilizar la emisión de la respuesta a una solicitud de acceso, sin necesidad de emitir una resolución de inexistencia por parte del Comité de Información, cuando no se advierta obligación alguna a su cargo de contar con la información o no se tengan elementos de convicción que permitan suponer que ésta existe.
4. Generar la aplicación de mecanismos unificados para ayudar a los sujetos obligados a mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos. Además de fomentar la generación y seguimiento de criterios para la catalogación, clasificación y conservación de los documentos administrativos, así como la organización de archivos de las dependencias y entidades. Lo anterior, tomando en cuenta los estándares y mejores prácticas internacionales en la materia.

Asimismo, es necesario tomar en consideración los retos que representará lo establecido en la recién publicada Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en relación con el tema que nos ocupa, pues dicha norma prevé lo siguiente:* Se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados. En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven la inexistencia.
* Ante la negativa del acceso a la información o su inexistencia, el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esa Ley o, en su caso, demostrar que la información no se refiere a alguna de sus facultades, competencias o funciones.
* Cuando la información no se encuentre en los archivos del sujeto obligado, el Comité de Transparencia: analizará el caso y tomará las medidas necesarias para localizar la información; expedirá una resolución que confirme la inexistencia del documento; ordenará, siempre que sea materialmente posible, que se genere o se reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia, y notificará al Órgano Interno de Control o equivalente del sujeto obligado quien, en su caso, deberá iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa que corresponda.
* La resolución del Comité que confirme la inexistencia de la información solicitada contendrá los elementos mínimos que permitan al solicitante tener la certeza de que se utilizó un criterio de búsqueda exhaustivo, además de señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia en cuestión y señalará al servidor público responsable de contar con la misma.
* La Ley Federal y de las Entidades Federativas, contemplarán como causas de sanción por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la materia de la presente Ley, entre otras, el declarar con dolo o negligencia la inexistencia de información cuando el sujeto obligado deba generarla, derivado del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones; declarar la inexistencia de la información cuando exista total o parcialmente en sus archivos, y no documentar con dolo o negligencia, el ejercicio de sus facultades, competencias, funciones o actos de autoridad, de conformidad con la normatividad aplicable.

En ese sentido, este Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, enfrentará nuevos retos en el momento en que se actualice el supuesto previsto en el artículo Quinto Transitorio de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que establece que el Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, tendrán un plazo de hasta un año, contado a partir de la entrada en vigor de ese Decreto, para armonizar las leyes relativas, conforme a lo establecido en esa Ley General. Por lo anterior, una vez que se cuente con la legislación respectiva se modificaran sustancialmente los retos a los que se enfrentará el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, para garantizar la efectiva tutela del ejercicio del derecho de acceso a la información, frente a las declaraciones de inexistencia de los sujetos obligados.  |
| Precedentes o criterios(Cómo se ha resuelto el tema en su país) | En México, existen múltiples precedentes que abordan el tema de este Tercer Debate Temático, entre los que mejor ejemplifican lo analizado en este documento, se encuentra el recurso de revisión número RDA 5961/15 interpuesto en contra de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, derivado de la respuesta a la solicitud con número de folio 1613100080815; en la correspondiente resolución, el Pleno del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales delimitó claramente la diferencia entre los términos de inexistencia e incompetencia. Así como el recurso de revisión número RDA 0711/15 y sus acumulados, interpuestos en contra del Hospital Regional de Alta Especialidad Ciudad Victoria “Bicentenario 2010”, derivado de las respuestas a las solicitudes con números de folio 1221300004115, 1221300004215 y 1221300004315, en el que se advirtió, para un contenido de información, la necesidad de cumplir con un procedimiento de búsqueda exhaustivo y, en su caso, la emisión de una resolución debidamente fundada y motivada por parte del Comité de Información, y para un contenido de información diverso, se explicó el motivo por el cual sería improcedente obligar al Comité a declarar la inexistencia derivado de que contó elementos de convicción suficientes (legales y facticos) que permitían suponer la procedencia de la inexistencia de la información requerida en los archivos del sujeto obligado, aun cuando contaba con atribuciones legales para poseerla.  |

* **Procedimiento para las conclusiones:**

Una vez que se tenga la información de todos los países, cada uno de ellos deberá emitir sus propias conclusiones y proponer una conclusión general para el Grupo de Jurisprudencia RTA.

Desde el INAI, al ser el moderador del debate, elaborará un análisis de todas las propuestas y emitirá un criterio único que previamente enviará a los países miembros para reflejar la posición que tiene el grupo en ese tema.

|  |
| --- |
| “…” (Tema y subtema) |
| Conclusiones por País |  |
| Criterio Propuesto(Conclusión para el Grupo) |  |