

Toluca de Lerdo, México; 12 de enero de 2016

OPINIÓN PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULAN LA COMISIONADA PRESIDENTA JOSEFINA ROMÁN VERGARA Y LA COMISIONADA EVA ABAID YAPUR, EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL PLENO DEL INSTITUTO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS, EN LA PRIMERA SESIÓN ORDINARIA DE FECHA DOCE DE ENERO DE DOS MIL DIECISÉIS, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01815/INFOEM/IP/RR/2015.

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 20, fracciones III y IV, y 30, fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, las que suscriben **Josefina Román Vergara** y **Eva Abaid Yapur** emitimos **OPINIÓN PARTICULAR CONCURRENTE** respecto a la resolución del recurso de revisión 01815/INFOEM/IP/RR/2015, pronunciada por el Pleno de este Instituto, ante el proyecto presentado por la Comisionada **Zulema Martínez Sánchez** en la Primera Sesión Ordinaria, de doce de enero de dos mil dieciséis. Opinión que es del tenor siguiente:

Es de destacar, que las suscritas coincidimos con el sentido en que se resolvió el recurso de revisión; empero, consideramos necesario precisar algunas consideraciones de hecho y de derecho.

Tal y como quedó precisado al inicio de la resolución de mérito, el particular requirió que el Sujeto Obligado le informara, de manera fundada y motivada, las razones por las cuales le fue negada la entrada al desarrollo de una sesión de cabildo, el día trece de noviembre de dos mil quince.

Al respecto, el Sujeto Obligado respondió al particular que ningún área aceptó que haya tenido conocimiento de tal suceso y requirió al particular que le informara el nombre del servidor público que no le permitió el acceso.

Inconforme con dicha determinación, el particular interpuso el medio de defensa de análisis, en el cual argumentó que desconocía el nombre del servidor público que le negó el acceso y que no era el momento adecuado para solicitarle tal aclaración.

Bajo ese contexto, la Ponencia Resolutora advirtió que, si bien es cierto la solicitud de origen versaba en un Derecho de Petición, no menos cierto era que el cuestionamiento de mérito podía ser satisfecho con la entrega de un documento en específico.

Lo anterior es así, dado que en el estudio del fondo del asunto se advierte que el Sujeto Obligado tiene la facultad de llevar a cabo sesiones de cabildo públicas y abiertas o bien privadas, de conformidad con el reglamento de sesiones de cabildo de dicho Sujeto Obligado, aprobado el dieciséis de enero de dos mil trece. En el entendido de que son sesiones privadas cuando en la sesión se traten asuntos relativos a la responsabilidad de los servidores públicos municipales; a solicitud del Presidente Municipal o de la mayoría de los miembros del Ayuntamiento.

Así las cosas, la Ponencia Resolutora estimó que resultaba evidente que el documento que daba contestación a la solicitud primigenia es la convocatoria a la sesión de cabildo, toda vez que es ésta la que contiene la clasificación de la sesión, es decir si se trata de una sesión pública y abierta o bien si se está frente a un supuesto de excepción; por lo que, concluyó revocar la respuesta del Sujeto Obligado y ordenar la entrega de la convocatoria de la sesión de cabildo de trece de noviembre de dos mil quince; en versión pública, de ser procedente.

En virtud de lo anterior, las que suscriben estimamos que en caso de que la sesión de cabildo materia de análisis haya sido pública y abierta, ésto impediría a este Instituto el pronunciarse respecto del Derecho de Petición ejercitado por el recurrente.

Lo anterior, debido a que se trataría de cuestionamientos inherentes a supuestos específicos de los cuales pretende obtener una opinión, o bien, una asesoría al respecto; interrogantes y declaraciones que no se colmarían con la entrega de documentos.

Bajo ese contexto, es importante dejar en claro lo que debe entenderse por derecho de petición y por derecho de acceso a la información pública.

Por lo que respecta a la definición de Derecho de Petición, el Maestro Ignacio Burgoa Orihuela refiere: *"...es un Derecho Público subjetivo individual de la Garantía Respectiva Consagrada en el Artículo 8 de la Ley Fundamental. En tal virtud, la persona tiene la facultad de acudir a cualquier autoridad, formulando una solicitud o instancia escrito de cualquier índole, la cual adopta, específicamente, el carácter de simple petición administrativa, acción o recurso, etc."*¹ (Sic)

Por su parte, David Cienfuegos Salgado, concibe al derecho de petición como *"el derecho de toda persona a ser escuchado por quienes ejercen el poder público."*² (Sic)

¹ BURGOA ORIHUELA Ignacio. *Diccionario De Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Ed. Porrúa, S.A., México. 1992. p. 115.

² CIENFUEGOS SALGADO David. *El Derecho de Petición en México*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2004. p. 31

A este respecto, y para diferenciar el derecho de petición al derecho de acceso a la información, resulta conducente señalar que José Guadalupe Robles, conceptualiza el derecho a la información como *"un derecho fundamental tanto de carácter individual como colectivo, cuyas limitaciones deben estar establecida en la ley, así como una garantía de que la información sea transmitida con claridad y objetividad, por cuanto a que es un bien jurídico que coadyuva al desarrollo de las personas y a la formación de opinión pública de calidad para poder participar y luego influir en la vida pública."*³ (Sic)

Además, el derecho a la información constituye una prerrogativa a acceder a documentación en poder de los Sujetos Obligados, no así a realizar cuestionamientos, o manifestaciones subjetivas. Sirve de apoyo a lo anterior la definición de derecho a la información de Ernesto Villanueva Villanueva que dice: *"la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público o cumplen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática."* (Sic) ⁴

De lo anterior, se puede concluir que la distinción entre el derecho de petición y el derecho de acceso a la información estriba, principalmente, en que en el primero de ellos la pretensión del peticionario consiste generalmente en obligar a la autoridad responsable a que actúe en el sentido de contestar lo solicitado; mientras que en el segundo supuesto, la petición se encamina primordialmente a permitir el acceso a datos, registros y todo tipo de información pública **que conste en documentos**, sea generada o se encuentre en posesión de la autoridad.

³ ROBLES HERNÁNDEZ José Guadalupe. *Derecho de la Información y Comunicación Pública*. Ed. Universidad de Occidente. México. 2004, p. 72.

⁴ VILLANUEVA VILLANUEVA Ernesto. *Derecho de la Información*, Ed. Porrúa. S.A., México. 2006. p. 270.

Así las cosas, debe señalarse que en caso de que la sesión de cabildo de análisis haya sido una sesión pública y abierta, engendra que este Instituto exija al Sujeto Obligado la entrega de una razón o un razonamiento; lo cual no es algo que la ley establezca como atribución, derecho, o facultad; pues ello implicaría un juicio de valor referente a un cuestionamiento realizado, los cuales, al constituir interrogantes, inquietudes y manifestaciones se satisfacen vía derecho de petición.

Al respecto, es importante precisar que este Instituto de Transparencia como Órgano Garante de la difusión, protección y respeto al derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, conforme a su naturaleza jurídica y a las atribuciones previstas en los artículos 56 y 60, fracción VII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, es competente para resolver los recursos de revisión, cuando se niegue la información solicitada, se les entregue la información incompleta, no corresponda a la solicitada y/o el particular considere que la respuesta es desfavorable a su solicitud, no así cuando se trate de un derecho de petición ejercido por un gobernado.

En tal virtud, en caso de que la sesión de cabildo, de fecha trece de noviembre de dos mil quince, haya sido una sesión pública y abierta, este Instituto no tiene atribuciones para pronunciarse respecto a la petición formulada por el hoy recurrente, máxime que se trata de cuestionamientos y manifestaciones vertidas a fin de obtener un juicio de valor emitido por parte del Sujeto Obligado tendente a aclarar un cuestionamiento o una inquietud.

Por tales motivos, las que suscriben estimamos que en caso de que la sesión de cabildo, de fecha trece de noviembre de dos mil quince, no haya sido una sesión privada bastará con que el Sujeto Obligado informe dicho hecho negativo al recurrente para tener por satisfecho el derecho de acceso a la información ejercitado.

ya que constituiría un hecho de naturaleza negativa, el cual no puede acreditarse documentalmente, ya que no puede probarse un hecho negativo por ser lógica y materialmente imposible.

Ahora bien, cabe precisar que no se trata de un caso por el cual la negación del hecho implique la afirmación del mismo, sino que se está ante una notoria y evidente inexistencia fáctica de la información solicitada, casos en los cuales, en obvia de circunstancias, no se está obligado a justificar o fundamentar la inexistencia de la documentación.

En esas condiciones y considerando que de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios el sujeto obligado sólo proporcionará la información que obra en sus archivos, por lo que podemos concluir *a contrario sensu* que no está obligado a proporcionar lo que no obre en sus archivos.


Josefina Román Vergara
Comisionada Presidenta

BCM/CBO


Eva Abaid Yapur
Comisionada