

2015. Año del Bicentenario Luctuoso de José María Morelos y Pavón

Oficio número: INFOEM/COM-JGLH/040/2015

Metepec, Estado de México a 23 de septiembre de 2015

Maestra Catalina Camarillo Rosas

Secretaría técnica del Pleno

PRESENTE:

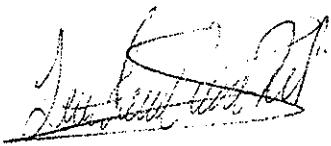
Por medio del presente oficio le hago llegar el voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva:

- 01247/INFOEM/IP/RR/2015

Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

Sin otro particular me despido de usted y le envío un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E:



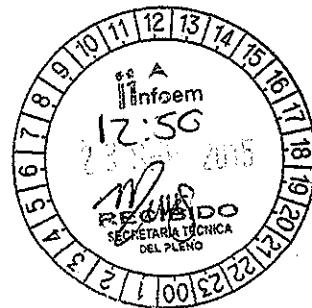
**LICENCIADA SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ
COORDINADORA DE PROYECTOS**

C.c.p. Maestra Eva Abaid Yapur, Comisionada; para su conocimiento.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Tels. (722) 2 26 19 60 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

Instituto Literario Pte. No. 510,
Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México

Calle de Pino Suárez s/n actualmente
Carretera Toluca - Ixtapan No. 111
Colonia La Michoacana, C.P. 52166
Metepec, Estado de México



Recibido para resguardo

VOTO DISIDENTE DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01247/INFOEM/IP/RR/2015.

1. Durante la discusión y desahogo del recurso de revisión antes señalado manifesté que me apartaba del sentido y las consideraciones de la resolución, anunciando el presente voto disidente de esta resolución emitida por la mayoría del Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su sesión trigésima segunda del (08) ocho de septiembre del año en curso, en el recurso promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta de la Consejería Jurídica, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01247/INFOEM/IP/RR/2015.
2. La resolución determina la confirmación de la respuesta emitida por la Consejería Jurídica en razón de que la información está "relacionada con la denuncia con número de folio 169018" la que se encuentra "clasificada como reservada, de conformidad con el Acuerdo número CJEE/UI-RI/001/2015, emitido por el Comité de Información de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Estatal".
3. Mi voto disidente se explica en razón de que el expediente en posesión de la Consejería Jurídica es de naturaleza administrativa y si bien puede contener la denuncia, no es, en su conjunto, un expediente correspondiente al desahogo de una investigación ministerial; la resolución carece de los razonamientos lógico

jurídicos que vinculen los hechos del caso con la hipótesis normativa, generando una injustificada interpretación manipulativa del artículo 20 fracción VI de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios; carece de un análisis preciso para aplicar la prueba de daño y determinar qué documentos o qué sección de ellos puede contener información sensible para la investigación y qué documentos o sección de ellos no; así como el hecho de que en este caso en particular no se ponderó entre dicho principio y el análisis del interés público, todo lo cual me permite apreciar, a diferencia de la opinión de la mayoría, que el señor [REDACTED] debería acceder a la información solicitada que pudiera ser disponible luego de realizar los procedimientos de análisis de la información antes señalados, lo que es muy diferente a confirmar lisa y llanamente la respuesta del **SUJETO OBLIGADO.**

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción I y 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo el presente voto disidente.
5. El señor [REDACTED] ha estado especialmente preocupado por un hecho que ha despertado su interés y que consiste en la invasión en el río Cuautitlán. Como consecuencia de ello acudió ante el Gobernador del Estado a presentar un escrito que recibió el número de folio 169018 requiriendo su intervención.

Posteriormente presentó distintas solicitudes de acceso a la información a diversos **SUJETOS OBLIGADOS** requiriendo una serie de documentos que, a juicio del mismo, le permitan apreciar la atención que se ha dado a su escrito inicial. Inconforme con las respuestas que ha obtenido, ha acudido ante este Órgano Garante a través de diversos recursos de inconformidad a partir de los cuales ha obtenido diversas respuestas.

6. En esta ocasión el **SUJETO OBLIGADO** no niega que genera, administra o posee la información relacionada con la solicitud formulada pero precisa que por formar parte de una denuncia, es susceptible de ser clasificada, por lo que emite el respectivo acuerdo haciendo un análisis genérico e incluyendo todos los documentos en su poder como si formaran parte de la denuncia, afirmación que fue aceptada y avalada por la mayoría del pleno de este Órgano Garante, aceptando este procedimiento y confirmado la respuesta lo que es, desde mi punto de vista, inaceptable, por las razones que preciso a continuación.

I. *La naturaleza del expediente que genera, administra o posee el sujeto obligado.*

7. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 81 y 83 de la **Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México**, corresponde al Ministerio Público, que está a cargo de un Procurador General de Justicia, la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal. Por su parte, según lo señalado

por el artículo 19 fracción XVIII de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, la Consejería Jurídica es una dependencia que auxilia al Titular del Ejecutivo del Estado en el estudio, planeación y despacho de los asuntos en los diversos ramos de la Administración Pública. Por lo tanto existe una naturaleza distinta entre el Ministerio Público y la Consejería Jurídica y si bien esta última se encuentra facultada para representar al Gobernador en los juicios en que él sea parte, según lo señala el artículo 38 Ter fracción I, y para realizar los actos jurídicos necesarios para reivindicar la propiedad del Estado, según lo dispone la fracción XIX del mismo artículo, de la ley antes referida, es evidente y claro que el procedimiento y, en consecuencia, la información que genera, administra y posee la Consejería Jurídica es de naturaleza administrativa y no ministerial, la que sin embargo puede contener documentos relacionados con una carpeta de investigación y que adquieran dicha naturaleza una vez que se presente la denuncia correspondiente, aunque también es razonablemente lógico que de esa denuncia no puede irradiarse de manera automática y de oficio la condición de documentos sensibles para la investigación a todos los documentos que integran el expediente administrativo. Distinto a lo anterior, puedo señalar que es lógico y consustancial, en el caso del expediente que genere, administre o posea el Ministerio Público en el desahogo de la investigación de una denuncia.

8. En el caso del recurso que se resuelve, el **SUJETO OBLIGADO** omite señalar qué documentos integran el expediente administrativo y qué documentos

forman parte de la denuncia y, sólo en razón del daño o afectación que pudiera causarse al desarrollo de la misma pudiera restringirse su acceso. La Ponente declinó el uso de sus facultades para mejor proveer requiriendo el traslado del expediente y la realización del análisis correspondiente, privándose al Pleno de este Órgano Garante de una oportunidad esencial para determinar qué documentos deben protegerse y cuáles posiblemente podrían entregarse al señor [REDACTED] o, en su defecto, si efectivamente la protección debe extenderse a toda la información como también puede ocurrir.

II. La relación entre los hechos y el supuesto normativo.

9. Con una cada vez mayor frecuencia aprecio que en diversas resoluciones que emite este pleno se hace una descripción de los hechos y especialmente de las afirmaciones que realizan los **SUJETOS OBLIGADOS**, como en este caso, señalando que existe una investigación (de carácter, administrativa o penal) sobre los hechos que corresponden a la información solicitada, una transcripción amplia de la hipótesis normativa que determina la reserva de la información por esta causa con un amplio desarrollo sobre lo que debe entenderse por la referida porción normativa pero un nulo razonamiento lógico jurídico que enlace el hecho concreto, el tipo del documento, su contenido, en su condición particular y específica, con la hipótesis jurídica aludida, apreciando la afectación que la entrega de la información puede generar en la investigación en concreto.

10. A diferencia de ello encuentro un reiterado énfasis por distinguir el último apartado de la fracción VI del artículo 20 de la **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado y Municipios**, de tal forma que ello implica que la reserva aplica por el sólo hecho de que la investigación no haya causado estado. Lo cual es una franca interpretación manipulativa¹ o interpretativa de evidente carácter reductor² de la disposición jurídica aplicable que, para el caso en cuestión, anula el contenido de la primera parte de la fracción en comento que señala “pueda causar daño o alterar el proceso de investigación”. El grave problema que aprecio en la aplicación de facto de estos mecanismos de interpretación es que por un lado no se reconocen con franqueza y claridad meridiana y, por otro lado, se emplean no para hacer prevalecer el principio constitucional en riesgo sino, al contrario, para restringir y limitar los alcances del derecho de acceso a la información pública, lo que desde luego no puedo compartir porque actúa en contrario sensu de la práctica jurisprudencial que acude a estos instrumentos para salvar bienes constitucionales y proteger derechos humanos, lo que no ocurre en este caso.
11. Como consecuencia de dicha manipulación interpretativa existe una sutil pero significativa maniobra en la redacción de las consecuencias de los

¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. México, Coed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. No. 88. 2013. Pág. 251.

² DÍAZ REVORIO, F. Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. México, Coed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. No. 44. 2011. Pág. 132.

razonamientos empleados, de tal forma que se propuso en el proyecto de resolución y el pleno de este Órgano Garante ha aceptado, el grave señalamiento de que la modificación de la respuesta, realizada por el **SUJETO OBLIGADO** en el informe justificado "deja" sin efecto la solicitud. De dicha afirmación se desprende una grave consecuencia a partir de la cual la sola modificación de la respuesta, sin detenernos a apreciar su contenido, alcances e implicaciones, es suficiente para dejar sin efecto la petición. Ese razonamiento es completamente distinto al significado real de la disposición jurídica que explícitamente señala que la nueva respuesta "deje" sin efecto la solicitud, esto es, que el contenido de la nueva información incluida en el informe justificado y que, en consecuencia estará al alcance del señor [REDACTED] permita realmente el acceso a la información solicitada o demuestre que esta información no está disponible o no existe, o no es dable su acceso por la aplicación del estricto régimen de excepciones que señala la ley. Lo que en el caso no ocurre.

III. Se carece de la prueba de daño

12. La disposición señalada en la fracción VI del artículo 20 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios es más que suficiente para apreciar que la excepción en la entrega de información con motivo de la existencia de un procedimiento de investigación requiere de efectuar una prueba precisa del daño que ello puede

causar a la investigación en su conjunto, fortalece lo anterior lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública que, desde el día posterior de su promulgación, se encuentra vigente y resulta evidentemente aplicable a partir de lo que señalan los artículos 133 y 1º. párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las normas jurídicas en materia de transparencia, ante señaladas, precisan los criterios y procedimientos de análisis que hay que desahogar para realizar la prueba de daño, lo que evidentemente no se realizó en el caso que se resuelve y en el que de manera oficiosa y automáticamente se parte de un criterio del que me aparto y que no puedo consentir al señalar que la sola existencia de un procedimiento de investigación administrativo o penal puede ser suficiente para restringir el derecho de acceso a la información lo que, desde luego, es un exceso descomunal que puede abrir una inadecuada ventaja a los **SUJETOS OBLIGADOS** para establecer o inventar investigaciones preventivas, sobre cuya duración mantienen el control total, como barrera infranqueable frente al derecho de acceso a la información en aquellos casos que por su relevancia, atraen la atención de la sociedad.

13. Adicionalmente debemos considerar que aún en el caso de denuncias penales, la clasificación de la información como reservada ha cedido frente al derecho de las víctimas o de las partes para acceder a los documentos o dada la especial naturaleza de los hechos a investigar o el notorio interés público que reviste el

acceso a la información pública, tal y como resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 168/2011.

IV. El interés público de la información solicitada.

14. Lo antes señalado nos conduce a revisar de manera especial si existe un interés público superior a la necesidad de resguardar la información en el marco de la investigación que se desahoga. En el caso que nos ocupa el señor [REDACTED] advirtió un posible hecho irregular el cual no sólo consiste en la invasión de un espacio público sino que al realizarse dicha invasión en el cauce de un río pueden generarse condiciones que afecten la seguridad humana de quienes integran la comunidad aledaña e incluso de las mismas personas que cometieron la conducta que genera la preocupación del señor [REDACTED]
15. Apreciando quizá diversas circunstancias personales, el señor [REDACTED] decidió acudir ante la autoridad competente, el Gobernador del Estado, solicitando su oportuna intervención para atender este problema.
16. Una vez que el señor [REDACTED] realizó dicha acción, ha emprendido un esfuerzo descomunal, en el que invierte tiempo y energía, procurando un bien común evidente, el provocar que la autoridad asuma una serie de acciones tendientes a conseguir el bien que se propone. Con ello resulta evidente que existe una finalidad no sólo legítima que lo mueve a incitar la actuación de las

autoridades y que resulta ser la seguridad de las personas, lo que además adquiere un evidente carácter de interés público dada la importancia de la acción que pretende obtener. Esa finalidad, dada su legitimidad, debería de ser razón suficiente para que la autoridad hiciera todo lo que se encuentre a su alcance no sólo para atender la solicitud inicial, que en sí misma no es materia del presente recurso, sino para informarle lo que hasta ahora ha hecho y demostrar que es todo lo que se encuentra a su alcance para atender su inquietud, que es, en el fondo, lo que preocupa al señor [REDACTED]

17. En este sentido es que el derecho de acceso a la información no sólo es positivo desde un punto de vista ontológico, sino que además demuestra las bondades y utilidades de su ejercicio, al constituir un instrumento idóneo para que a través del mismo el señor [REDACTED] impulse un diálogo franco y directo con las autoridades para cerciorarse de que su petición inicial está siendo atendida y para constatar los actos que ha detonado, valorar si estos han sido los adecuados y, en su caso, proceder como a su derecho convenga, una vez que se ha generado una opinión informada al respecto.
18. El gran problema que aprecio es que en la mayoría de sus solicitudes, las garantías primarias y secundarias establecidas para tutelar el derecho han sido incapaces de allegarle la información que le permita tener una opinión informada, ya sea porque se han presentado ante sujetos responsables que no generan, administran o poseen la información requerida (v.gr. Recurso de Revisión 01172/INFOEM/IP/RR/2015) y en consecuencia no cuentan con

información sobre el procedimiento o por otras razones. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el **SUJETO OBLIGADO** ha sido el adecuado, ha señalado que genera, administra o posee la información solicitada pero ha decidido dejarla fuera del alcance del señor [REDACTED] toda vez que ha extendido a la totalidad de la información, el criterio de reserva al que me he referido antes.

19. Al actuar, como lo hace la mayoría, confirmando la respuesta, se incumple con los dispuesto en los artículos 20 fracción VIII de la **Ley de Acceso a la Información Pública y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios** y 3 fracción XII y 104 fracción II de la **Ley General** en la materia que establece como un criterio para restringir más el régimen de excepciones que justifique la clasificación de la información como reservada, el obligado análisis de la información en cuestión para determinar si el interés público de que la información proporcionada es o no mayor a la necesidad de que se reserve.

20. El activismo del señor [REDACTED] el interés que ha manifestado y la preocupación que le provoca la nula actuación de la autoridad, previo a que formulara la denuncia, e incluso su referencia a que se determinen responsabilidades sobre el funcionario público que permitió la invasión, demuestran que en su interés se encuentra el verificar que la autoridad esté actuando de manera diligente y apegada a derecho al atender su petición inicial que no es motivo de la solicitud.

21. Frente a ese interés legítimo que adquiere un relevante interés público, es que debiera de reconocérsele por su contribución a establecer condiciones de mayor seguridad en la convivencia social, contrario a ello, la mayoría del Pleno procede a establecer un precedente, que no comparto, de la figura de la probable mala fé de quien formula la solicitud de acceso a la información. Lo que no puedo compartir en razón de que el derecho de acceso a la información no puede limitarse por una idea previa de la autoridad sobre la utilidad que el solicitante vaya a darle o no a la información, sino a la existencia de un claro régimen de responsabilidades que pueden ser exigidas si ésta es empleada para fines que generen o provoquen un daño posterior.

22. En razón a las consideraciones antes señaladas es que no puedo compartir el sentido de la resolución adoptada, por lo que voté en contra, motivando el presente voto disidente.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO