

**VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA
HERNÁNDEZ EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN 01829/INFOEM/IP/RR/2015,
01832/INFOEM/IP/RR/2015 Y 01837/INFOEM/IP/RR/2015.**

La prueba de daño contemplada en el artículo 104 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública es vigente y debe aplicarse.

Las disposiciones contenidas en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública son de observancia obligatoria para este Órgano Garante por formar parte de la Ley Suprema de la Unión.

Es deber del operador jurídico colmar las lagunas normativas o resolver las antinomias a través de la interpretación conforme o el principio pro persona.

La interpretación conforme tiene como finalidad el preservar bienes constitucionales o derechos humanos.

No basta la transcripción de una hipótesis normativa, debe establecerse la relación de los hechos que acrediten la afectación al procedimiento instaurado.

Los hechos ocurridos antes de aquellos que motivan la instauración de un procedimiento administrativo no pueden incluirse en la clasificación que sobre éste se determine.

Índice

I.	Consideraciones generales.....	2
II.	El proceso de transición en la implementación de las disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información pública.	3
III.	La interpretación mutativa de carácter reductora del artículo 20 fracción VI de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.....	6
IV.	La falta de la prueba de daño.	9
V.	Conclusión.....	12

I. Consideraciones generales.

1. He concurrido con mi voto particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su tercera sesión del veintiséis (26) de enero del año en curso, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de las respuestas del Ayuntamiento de Nicolás Romero, procedimientos a los que se les asignó los números de expediente ya señalados.

2. La resolución declara procedente el recurso de revisión y fundados los motivos de inconformidad promovidos, ordenando la entrega de la información solicitada pero en el último párrafo del resolutivo segundo y en el penúltimo del resolutivo tercero, establece que la información señalada en el inciso "C" de cada uno, deberá de reservarse si forma parte de un procedimiento administrativo que no haya causado estado. Decisión de la que me aparto al considerar que lo anterior constituye una grave vulneración al derecho de acceso a la información pública.
3. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción II 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 particular.

II. El proceso de transición en la implementación de las disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información pública.

4. El siete (07) de febrero de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública; la que en su artículo quinto transitorio otorga a las Legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, del plazo de un año para armonizar su normatividad conforme al contenido del decreto. Dicho plazo feneció el ocho (08) de febrero de 2015.

5. El cuatro (04) de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su artículo quinto transitorio estableció un nuevo plazo de un año, al Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para armonizar las leyes respectivas. El plazo vence el cinco (05) de mayo de este año.
6. El artículo sexto transitorio de la Ley General antes señalada establece una vacatio legis de un año para la entrada en vigor de algunas de las disposiciones contempladas en dicho ordenamiento, especialmente lo relacionado con el recurso de revisión y de atracción depositados en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
7. El ocho (08) de junio de 2015, en la Gaceta del Gobierno del Estado de México se publicó el decreto no. 435 de la Legislatura del Estado, mediante el cual se reforma el artículo quinto de la Constitución Local, armonizándola con la reforma constitucional federal en materia de transparencia, antes aludida.
8. De lo antes narrado puede apreciarse que en el Estado de México nos encontramos en proceso de implementación de la reforma toda vez que si bien se han actualizado los términos constitucionales locales, aún está pendiente de aprobarse la reforma a la legislación secundaria.

9. Sin embargo debo destacar que en el caso que nos ocupa tenemos el mandato expreso, contenido en la Ley General de la materia que en su artículo 104 precisa los elementos que deben integrar la prueba de daño que debe practicarse a la información que se pretende clasificar como reservada, para valorar si dicha clasificación debe prevalecer o es derrotada bajo la aplicación del principio constitucional de máxima publicidad. Contrario a lo que la mayoría de este Órgano Garante ha aprobado, dicha porción normativa se encuentra ya vigente en nuestro país y en nuestra entidad federativa¹ y todas las autoridades estamos obligadas a observarla escrupulosamente en razón de que forma parte de la Ley Suprema de la Unión, a la que se refiere el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

10. Por si lo anterior fuera poco, no debo de dejar de señalar que la falta de armonización de la ley estatal no impide que el derecho deba tutelarse bajo los principios señalados en la reforma constitucional ya que, al reconocerse y definirse en el ordenamiento jurídico fundamental nacional y estatal y al ser desarrollado en la Ley General, su debida observancia es consecuencia ineludible del propio valor normativo de la Constitución Federal y Estatal, por lo que el derecho de acceso a la

¹ Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01247/INFOEM/IP/RR/2015 Párr.12. Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01435/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párr.24. Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01444/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párr. 31.

información pública debe garantizarse plenamente,² y aun cuando, suponiendo sin conceder, existieran contradicciones entre las disposiciones estatales vigentes y las de carácter nacional, aún sin recurrir al criterio de jerarquía jurídica, tendríamos que aplicar diversos procedimientos ontológicos de resolución de conflictos, entre los cuales destaco los de interpretación conforme y el pro persona, lo anterior para colmar cualquier laguna normativa de la legislación secundaria local o cualquier antinomia jurídica³ que se produzca por la falta de actualización de la misma,⁴ colocando siempre el énfasis en el mandato de optimización que constituyen los derechos humanos, en este caso el de acceso a la información pública.

III. La interpretación mutativa de carácter reductora del artículo 20 fracción VI de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

² "En el plano teórico supone que el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas...; la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar... En el plano metateórico, la distinción desempeña un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica en relación con su objeto. Crítico en relación con las lagunas y las antinomias que ésta tiene el deber de poner en relieve, y normativo respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas." FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Séptima edición, Madrid. Editorial Trotta. 2010. Pág. 63.

³ Opinión particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01741/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 10.

⁴ "El ordenamiento... cuenta con una dimensión nomoestática, en virtud de la cual las normas indebidamente producidas o no producidas contradiciendo la constitución se conciben como vicios, es decir, como antinomias o como lagunas que deben ser eliminadas". FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid. Editorial Trotta. 2014. Pág. 20.

11. Pero a pesar del criterio sostenido por la mayoría del Órgano Garante, aún la disposición local que no ha sido armonizada es suficiente para imponer una restricción al intento de clasificar la información como reservada en aquellos casos en los que existe algún tipo de procedimiento que aún no ha causado estado. Si bien es cierto que ha sido práctica constante de la mayoría de este Órgano Garante el señalar que cuando se trate de información relacionada con cualquier procedimiento administrativo o investigación, si aún no ha causado estado, debe clasificarse la información –en consecuencia– como reservada. Tal interpretación es, a todas luces, una interpretación mutativa de carácter reductor⁵ del precepto jurídico ya que elimina, para efectos del caso en resolución, la parte más significativa del dispositivo jurídico.

12. La sana interpretación de la norma en cuestión consiste en señalar que cuando se trate de información relacionada con un procedimiento administrativo o una investigación y que no hayan causado estado, se deberá de entregar la información si esta no afecta el desarrollo del procedimiento, lo que implica que el intento de clasificar la información no sólo debe fundarse en el dispositivo legal sino que además debe motivarse para explicar el daño que provocaría al adecuado desahogo del procedimiento, lo que ni en esta resolución, ni en las anteriores, se ha hecho.

⁵ DÍAZ REVORIO, F. Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. México. Coed. Porrúa y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011. Pág. 132.

13. Como he señalado ya en otras opiniones,⁶ es recurso legítimo del operador jurídico la interpretación mutativa de las disposiciones, esa interpretación conforme siempre tiene como finalidad el preservar bienes constitucionalmente señalados o derechos humanos,⁷ evitando la expulsión de la norma secundaria del ámbito jurídico. En el caso en cuestión nos encontramos frente a actos de autoridad que han causado algún tipo de agravio a una persona que intenta, a través del derecho de acceso a la información pública, imponerse de las actuaciones de la autoridad como respuesta o en seguimiento a diversas promociones que, presumiblemente, ha formulado por escrito previamente. Pretender una interpretación para tender un muro que aparte de la persona, el acceso a los documentos, no abona –desde mi punto de vista– con el fortalecimiento de la cultura de la rendición de cuentas ni prestigio ni legitima a la autoridad, al contrario, creo que lesiona gravemente el modelo constitucional de transparencia, el sistema de rendición de cuentas y el derecho humano de acceso a la información, esencial para ejercer el derecho a la libertad de expresión o los derechos políticos para iniciar o participar en los procedimientos de control que fueron diseñados para sancionar las acciones indebidas de los servidores públicos. Así que siendo los efectos de esta interpretación, contrarios a principios

⁶ Opinión particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández en los recursos de revisión: 01015/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párrs. 13 y 14; Opinión particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández en los recursos de revisión: 01017/INFOEM/IP/RR/2015, y Acumulados. Párrs. 12 y 13. Opinión particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández en los recursos de revisión: 01435/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párrs. 6, 21 al 23 y 57.

⁷ Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01435/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párr. 23. Opinión particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01431/INFOEM/IP/RR-E/2015. Párr. 17. Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01444/INFOEM/IP/RR/2015 y Acumulados. Párr. 30.

constitucionales y derechos humanos, no sólo debe de ser desestimada sino combatida, como lo hago a través del presente voto y como el señor [REDACTED] podría hacerlo si acude a las instancias de control de estas resoluciones.

IV. La falta de la prueba de daño.

14. La interpretación que se aplica en esta resolución y que se señaló en la sección anterior provoca el incumplimiento no sólo de lo que debidamente establece la fracción sexta del artículo 20 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y sino que además es incompatible con lo que la Ley General en la materia denomina como la prueba de daño. En el caso en cuestión se omite cualquier intento por presentar algún razonamiento lógico jurídico, a través del cual el SUJETO OBLIGADO pudo haber aportado elementos adecuados para tratar de generarle a este Órgano Garante una convicción plena de que la entrega de la información en cuestión podría generar un daño al desarrollo de la investigación y no la manifestación de fe a la que termina restringida la resolución de la cual me aparto.

15. Porque como he señalado no basta con que exista un procedimiento para clasificar la información, se requiere apreciar si entregar la información puede afectar el proceso en su conjunto,⁸ ya sea por la fase en que se encuentra el procedimiento o

⁸ Voto disidente del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández al recurso de revisión 01247/INFOEM/IP/RR/2015 Párr. 9.

por el contenido mismo de la información. En este caso, se debe señalar que hay diversos documentos que fueron señalados por el SUJETO OBLIGADO en su respuesta, consistentes en los oficios de remisión de las peticiones presentadas presumiblemente, por la misma persona que formula las solicitudes de acceso a la información que motivaron los recursos que se resuelven, por parte del Presidente Municipal a la Dirección General de Desarrollo Urbano. Los que fueron emitidos el 20 de abril de 2015. Posteriormente, el 21 de abril, el Director General de Desarrollo Urbano emitió un acuerdo instruyendo a su personal a realizar visitas de verificación en el predio señalado, lo que ocurrió el mismo día, diligencia en la que se apreció que no se notaba ningún hecho ilícito y que el predio en cuestión se encontraba vacío, sólo con hierba.

16. Si de por sí, los simples oficios de remisión del Presidente Municipal no pueden tener ningún impacto sobre el procedimiento, ya que sólo sirven para remitir la petición del gobernado a la autoridad especializada encargada de su debida atención, el hecho de que las primeras diligencias practicadas como consecuencia de dicha atención acreditaron que el hecho ilícito en ese momento histórico no existía y, en consecuencia, no podía provocar el inicio de un procedimiento administrativo. Como, al parecer si ocurrió posteriormente, según lo señala el señor [REDACTED] a partir del 17 de septiembre, en los recursos de revisión 1838 y acumulados que también proyectó el Comisionado Ponente, lo que se reitera con el contenido del acta del 04 de noviembre del año pasado, del Comité Municipal de Prevención y Control

del Crecimiento Urbano del Municipio de Nicolás Romero. Por lo que es a todas luces desproporcionado ordenar que se clasifiquen como información reservada, los oficios suscritos por el Presidente Municipal, mediante los cuales se remitió la petición del señor [REDACTED], generados cuando el predio aún no había sido invadido, lo que no podía provocar el inicio de ningún procedimiento administrativo, clasificación que se impone solo porque posteriormente sí ocurrió el hecho ilícito y sí se inició un procedimiento administrativo al respecto a partir de hechos subsecuentes. Al resolverse, como propuso el Comisionado ponente, no se distingue ni la relación de la información en cuestión con el procedimiento, ni se identifica con claridad el momento en el que inicia el procedimiento administrativo para delimitar la información que realmente se encuentra involucrada con el mismo, por lo que nos encontramos en una inaceptable situación en la que la temporalidad de hechos que forman parte de un procedimiento administrativo desaparece y el procedimiento en sí mismo se extiende como un fenómeno con efectos absolutos que abarcan cualquier actuación previamente realizada aunque no tengan, en términos reales, relación alguna con el procedimiento instaurado. Lo mismo ocurre en el caso de los documentos que debió de generar el síndico, en virtud de que las fechas de los escritos iniciales son similares.

17. En todo caso y como acostumbra proceder el comisionado Ponente, hay que reconocer su empeño por invocar preceptos legales y repetir las hipótesis jurídicas, aunque debo notar su nulo interés por desarrollar, con elementos objetivos, los

razonamientos que permitan acreditar que en caso de difundirse la información requerida se causaría un daño a los intereses jurídicos protegidos por los ordenamientos jurídicos, daño que no puede ser un supuesto o posibilidad, sino que debe ser objetivo y específico; es decir, la resolución no contribuye a señalar a quién se le generará el daño, en qué consiste el daño que se pueda generar, así como el tiempo por el cual se considera que existe el riesgo de que de darse a conocer la información se causaría el daño (tiempo de reserva).

V. Conclusión

18. En virtud de lo anterior es que no puedo compartir las porciones ya señaladas, de las que me aparto, en el caso del resolutivo primero, de su último párrafo, y del penúltimo párrafo del resolutivo segundo, lo que implica desde luego y para efectos del cómputo del sentido de los votos en el pleno, mi voto en contra de dichas partes de la resolución, aprobando desde luego las partes restantes.


JOSE GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
COMISIONADO