

“2016. Año del Centenario de la Instalación del Congreso Constituyente”

Oficio número: INFOEM/COM-JGLH/139/2016

Metepec, Estado de México a 16 de Mayo de 2016

Maestra Catalina Camarillo Rosas
Secretaria técnica del Pleno
Presente

Por medio del presente oficio y con fundamentos en los artículos 20, fracciones III y IV; 30, fracción X y 43, fracciones I, II, XVII y XVI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el **voto disidente** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la décima séptima sesión ordinaria de este Pleno:

- 01242/INFOEM/IP/RR/2016 – SAASCAEM.

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 envié un cordial saludo.

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



LIC. 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 80 * 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



**VOTO DISIDENTE DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN 01242/INFOEM/IP/RR/2016 Y ACUMULADOS.**

LÍNEAS ARGUMENTATIVAS

Para tener por validado el acuerdo de clasificación emitido por el Comité de Información del Sujeto Obligado, deberá de estar debidamente consolidada la prueba de daño que la normatividad en la materia señala.

Para elaborar un acuerdo de clasificación de la información se debe determinar con claridad los motivos, razones y circunstancias por los cuales no se puede entregar la información pese al interés público que pueda existir y comprobar que efectivamente se configure la fracción VI del artículo 20 de la materia.

La prueba de daño pretende ser una garantía para impedir la reserva discrecional de la información.

VOTO DISIDENTE

ÍNDICE

I. PROEMIO	2
II. Los alcances de la respuesta inicial y del informe justificado.....	5
III. Afectaciones adicionales a los derechos fundamentales del señor Paulo Jenaro Diez Gargari.....	13
IV. Las deficiencias del acuerdo de clasificación y la ausencia de un acuerdo aplicable al caso en cuestión.....	15
V. 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.....	18
VI. La falta de la prueba de daño.....	20
VII. La falta de prueba de interés público.....	28
VIII. Conclusión.....	34

I. PROEMIO

1. He concurrido con mi voto disidente 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 décima séptima sesión ordinaria efectuada el 11 de mayo del año en curso, en los recursos de revisión promovidos por [REDACTED], procedimientos a los que se asignó el número de expediente 01242/INFOEM/IP/RR/2016, 01243/INFOEM/IP/RR/2016 y 01244/INFOEM/IP/RR/2016, que fueron acumulados en el expediente 01242/INFOEM/IP/RR/2015.

2. La resolución confirmó la respuesta emitida por Sistema de Autopistas, Aeropuertos, Servicios Conexos y Auxiliares del Estado de México (SAASCAEM), en términos del Considerando sexto señalando que *“la información solicitada sí tiene el carácter de reservada por actualizarse los supuestos contemplados en las fracciones IV y VI del artículo 20 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, además de que el Acuerdo de reserva de referencia se encuentra debidamente fundado y motivado”*.
3. Por los motivos y las razones de hecho y de derecho que se señalan a continuación y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción I y 30 fracciones 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.
4. Al presentar este voto disidente deseo manifestar lo que en su momento señalé durante la discusión de esta resolución. Aprecio un trabajo técnico, serio, exhaustivo, profesional en el proyecto de resolución que nos fue presentado y que constituye en sus términos la presente determinación del Órgano Garante. Mi diferendo se explica porque la resolución de estos recursos acumulados se apega a las formalidades de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios; esto es consecuencia, en buena medida, de la propia respuesta y del contenido del informe justificado que presentó el **SUJETO OBLIGADO**, elementos del proceso que fijaron márgenes restrictivos de aplicación e interpretación que fueron apreciados desde un punto de vista estricto para resolver los presentes recursos.
5. El problema consiste, desde mi punto de vista, en que la definición de la *Litis*, en esos términos, propicia que se emita una determinación que depende de dichas

circunstancias y limitaciones, cuya notorias y posibles consecuencias ocurren en detrimento del interés de la propia sociedad que, ante acontecimientos que merecen ser debidamente esclarecidos, pierde oportunidades valiosas para fortalecer la cultura de la rendición de cuentas, al mismo tiempo que las instituciones corremos el riesgo de limitarnos a la determinación de una verdad formal en la que los hechos sólo sean lo que parecen y perdamos la oportunidad de conseguir la verdad material que nos permita apreciar los que verdaderamente ocurrieron.

6. Para derrotar tales obstáculos que afectan el modelo constitucional de transparencia, resultaba indispensable realizar una revisión clara sobre: a) los alcances de la respuesta inicial en la que el **SUJETO OBLIGADO** señala que la información requerida no puede ser entregada ya que hace referencia a hechos o información que no emite, genera, ni administra, en su informe justificado agrega elementos no considerados en su respuesta inicial, tales como que la información se encuentra clasificada como reservada en virtud de que el particular se ostenta como representante legal de la empresa TECNOLOGIA APLICADA INFRAIBER, S.A de C.V.
7. La respuesta del **SUJETO OBLIGADO** es deficiente en cuanto a que el acuerdo de clasificación de la información no se justifica el riesgo o daño que se pueda generar; c) el recurso reiterado de una interpretación parcial del artículo 20 fracción IV y VI y de la Ley referida en el párrafo 4 del presente voto, la que — como he manifestado en otras opiniones — es de una clara orientación mutativa de carácter restrictivo, sin justificación alguna y que sólo coloca su atención en el aspecto de que los juicios de amparo no hayan causado estado y omite que en el caso de procesos que se encuentren en dicha condición, lo que debe prevalecer es el análisis para determinar si la entrega de la

información puede generar un daño a la investigación, lo que en la Ley General se conoce como la prueba de daño; d) análisis ausente, sobre la prueba de daño, tanto en la respuesta como en el informe justificado y, por ende, en la misma resolución; e) y por último, la ausencia de la prueba de interés público que, para el caso que se resuelve, resultaba de la mayor relevancia.

II. Los alcances de la respuesta inicial y del informe justificado.

8. Un aspecto procesal sobre el que debemos de reflexionar consiste en un supuesto de desigualdad que se genera como consecuencia de la forma que emplea el **SUJETO OBLIGADO** en los recursos que se resuelven. En primer lugar emite una respuesta por medio de la cual sustenta su decisión de no entregar la información solicitada como consecuencia de un acuerdo de clasificación de la información como reservada en virtud de que existen diversos procedimientos jurisdiccionales en fase de desahogo, en ninguno de los cuales se señaló como agravio las fases previas a la asignación de la concesión, fases cuyos documentos generados son a los que pretenden acceder el señor [REDACTED]
9. Ante esta deficiente respuesta, el señor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] impugno las decisiones mediante los respectivos recursos de revisión con sobrados y suficientes argumentos, apreciando en cada uno que la respuesta y el fundamento de ello, el acuerdo de clasificación, no podían extenderse a que el Gobierno del Estado de México confirme que OHL no tiene derecho incondicional alguno en contra del Gobierno del Estado, para cobrar parte o la totalidad de su capital de riesgo invertido en el Circuito

Exterior Mexiquense y/o en el Viaducto Bicentenario, incluyendo la rentabilidad correspondiente, en caso de que dichos capital de riesgo y rentabilidad existan y El costo integral de financiamiento proyectado por Concesionaria Mexiquense, S.A. de C.V. ("OHL") en el Anexo "4" del Título de Concesión del Circuito Exterior Mexiquense para el período 2005-2014, suma \$5,582.9 millones de pesos. Sin embargo, los "gastos por intereses" reales, o por lo menos aquellos registrados en los estados financieros de OHL auditados por Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C., miembro de Deloitte Touche Tohmatsu Limited ("Deloitte") para ese mismo período, sumaron \$12,172.3 millones de pesos. De conformidad con lo que se establece en el Título de Concesión del Circuito Exterior Mexiquense, los financiamientos requeridos para la construcción del proyecto deben ser contratados en "condiciones de mercado", de lo que se deriva una obligación implícita a cargo del Gobierno del Estado de México consistente en asegurarse que dichos financiamientos sean efectivamente contratados en condiciones de mercado, no contemplados en dicha decisión del Comité de Acceso a la Información del SUJETO OBLIGADO y que es precisamente la información a la que se pretenden acceder.

10. Frente a tan objetiva y sólida impugnación, el SUJETO OBLIGADO reitera sus argumentos pero agrega un elemento no considerado antes en su determinación, incorpora la información de ocho *Juicios de Amparo Indirecto 871/2014-VI, 579/2014-VII, 350/2015, 381/2015, 147/2014, 442/2014, 342/2014 y 154/2014, radicados en diversos Juzgados y Salas Regionales del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México*, en el que los agravios consisten en las decisiones adoptadas durante las fases previas al otorgamiento de la concesión, las que coinciden con la información que se solicitó en su momento y cuya negativa de entrega provoca la presente resolución.

11. En este caso la autoridad agrega información adicional a la contenida en su respuesta inicial la cual la confirma, nos coloca en una situación difícil; en primer lugar porque mientras que las personas no pueden ampliar o modificar la solicitud que han formulado en el recurso de revisión, ya que ello provocaría que el recurso se desestime por la ampliación de *Litis*, ahora nos encontramos en una circunstancia en la que el **SUJETO OBLIGADO** aprecia que su respuesta inicial es procedente para sustentar su decisión y entonces genera, se impida el acceso a la información solicitada. Aquí la primera complicación que se aprecia, mientras el particular no puede modificar la solicitud, la autoridad si puede abundar en su respuesta, cuyas complicaciones se analizarán más adelante.

12. En segundo término, si esto es así debemos considerar entonces que el informe de justificación puede modificar o incluso, como en este caso, dejar sin efectos reales la respuesta inicial sustituyéndola por otra completamente distinta. Me parece que eso propicia, en un escenario en particular, una desigualdad de armas en la contienda ya que, como he señalado antes, la persona no puede ampliar o modificar la solicitud en el recurso de revisión, ya que ello provoca el sobreseimiento del mismo, pero frente a esta segunda respuesta, el señor [REDACTED], se ve impedido de manifestar cualquier tipo de aclaración al respecto. Esto constituye, desde mi punto de vista, una grave desigualdad que puede ser superada si el Órgano Garante adopta una actitud de plena tutela del derecho humano afectado.

13. Se podrá decir que el argumento antes señalado es incorrecto ya que la propia ley define que si en el informe justificado se revoca o modifica la respuesta y ésta segunda es tal que deje sin efecto el recurso de revisión, este podrá sobreseerse. Efectivamente el

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

supuesto legal existe pero las condiciones del caso en particular nos conducen a apreciar que, que solo se está confirmando la respuesta otorgada inicialmente, la nueva respuesta debe dejar sin efecto la controversia al satisfacer la pretensión del señor [REDACTED] situación que no ocurre en este caso, ello provoca un supuesto jurídico que debe analizarse con mayor cuidado.

14. La nueva respuesta, contenida en el informe justificado, es la misma que la contenida en la respuesta inicial, pero al estar contenida en un informe justificado no puede ser combatida por el señor [REDACTED] ya que no cuentan con medio adecuado ante este Órgano Garante, lo que puede constituir una afectación a derechos humanos, sirve como fundamento de este razonamiento el siguiente criterio judicial aplicable por analogía:

INFORME JUSTIFICADO. SI EN ÉL NO SE INTRODUCEN ELEMENTOS NUEVOS A LA LITIS CONSTITUCIONAL, NO ES NECESARIO QUE SU ARRIBO SE NOTIFIQUE EN FORMA PERSONAL. La facultad discrecional que otorga el primer párrafo del artículo 30 de la Ley de Amparo al Juez de Distrito para ordenar que se haga personalmente determinada notificación "cuando lo estime conveniente", no puede quedar sujeto a su voluntad o capricho, sino que, ajustándose a los dictados de la razón, debe ordenarla cuando así lo exijan las circunstancias. En tal contexto, si del informe justificado rendido por la autoridad responsable se advierte la existencia de un nuevo acto reclamado, de una diversa autoridad no señalada inicialmente por el agraviado o que mediante él se den a conocer los fundamentos y motivos del acto que impugna el quejoso y alegó desconocer, el Juez de Distrito deberá ordenar, con apoyo en el primer párrafo del artículo 30 de la Ley de Amparo, la notificación personal de la llegada a los autos del informe justificado correspondiente, dada la trascendencia de tales cuestiones, por constituir

la materia con que se ha de formar la litis constitucional, porque de proceder a su notificación por lista se dejaría en estado de indefensión al quejoso, ya que no tendría otro momento para combatir la aparición de una nueva autoridad responsable, acto reclamado o los fundamentos y motivos en que éste se sustenta; por el contrario, si del informe justificado no aparece la existencia de alguno de esos aspectos, resultaría innecesario que su arribo se notificara personalmente, por lo que en tal caso es correcto que la notificación relativa se haga mediante lista de acuerdos, sin que por ello se cause agravio alguno al inconforme; máxime si mediante el proveído que ordenara agregar al expediente el informe justificado, también se refiere a la audiencia constitucional, en virtud de que aquél no fue presentado con la oportunidad debida de ocho días de anticipación a la primera fecha señalada, tiempo suficiente para que la quejosa se impusiera del contenido de dicho informe y no quedara indefensa. [TA] Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Julio de 2003, Tesis: VI.2o.A.11 K. Página: 1126

15. Y es que debe considerarse claramente que la generación de una nueva respuesta, en consecuencia de un nuevo acto de autoridad, en materia del derecho humano de acceso a la información pública, si esta no se orienta a resarcir la afectación y, al contrario, por razones distintas y ajenas a las que se hicieron del conocimiento de las personas en la respuesta, pretende conservar la decisión que ha sido impugnada, ello implica más que una modificación de la respuesta una indebida ampliación del plazo para responder ya que, en este caso en particular, el **SUJETO OBLIGADO** dentro del margen de los quince días hábiles para responder a la solicitud, que establece el artículo 46 de la ley de Transparencia estatal, emitió una respuesta inaplicable al caso en cuestión y que fue acertadamente combativa. Posteriormente, aprovechándose del plazo de quince días para que las personas promuevan el recurso de revisión y los tres días adicionales para que se rinda el informe justificado, genera una justificación a la respuesta inicial que

subrepticamente incorpora y que se ha generado para confirmar su respuesta, sin que se haya hecho del conocimiento previo de [REDACTED] para que valore su pretensión debía darse por satisfecha o si se veían en la necesidad de incorporar nuevos argumentos para impugnar, de tal forma que en estos casos, considero, la respuesta y el informe de justificación no debería de ser suficiente para confirmar, porque se trata de un nuevo acto de autoridad que sigue teniendo los mismos efectos, pero frente al cual el señor [REDACTED] o pudieron pronunciarse. En estos casos no debería confirmar la respuesta, sino revocarse, ordenándose la emisión de una nueva respuesta, como en los hechos ocurre, y deberíamos adoptar medidas para permitirle al particular impugnarla si la nueva respuesta sigue afectando su derecho, ya sea mediante un nuevo recurso de revisión o vía incidental si en la resolución del Órgano Garante se establecen los criterios que debe observar el **SUJETO OBLIGADO** al emitir la nueva respuesta.

16. Esto nos debería conducir a señalar que, para que no se afecte el equilibrio procesal, cuando el informe de justificación pretenda sostener el criterio restrictivo inicialmente asumido por el **SUJETO OBLIGADO**, en estos casos debería de estar impedido a incorporar nuevos elementos que generen una respuesta distinta a la inicialmente rendida y notificada al particular, en consecuencia un nuevo y distinto acto de autoridad, y limitar sus alcances a lo que señala otro criterio judicial, que claramente identifica que través del informe de justificación *se remiten constancias y se hacen manifestaciones relacionadas con la certeza del acto reclamado.*¹ En el caso que nos

¹ INFORME JUSTIFICADO. NO ES UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. [TA] Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, Tesis: XXVI.3o.75 K (10a.) Página: 1734

ocupa se genera un nuevo acto como los ocho juicios de amparos indirectos que podría ser reclamado también porque sigue dejando insatisfecha la pretensión del señor [REDACTED] pero esto no puede ser así porque al confirmarse la respuesta, propiciando que se resuelva el recurso de revisión, como se hace, el nuevo acto se deja incólume y se traslada al señor [REDACTED] la carga de tener que combatirlo a través del procedimiento jurisdiccional, a pesar de los criterios judiciales al respecto han avanzado progresivamente con la finalidad de tutelar adecuadamente el derecho del debido proceso, como puede apreciarse del contenido de la siguiente tesis:

REVISIÓN ADMINISTRATIVA, RECURSO DE. ES PROCEDENTE LA AMPLIACIÓN DE LOS AGRAVIOS SIEMPRE Y CUANDO SE HAGA VALER ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE CINCO DÍAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La ampliación de una demanda es una institución que se admite en diversos procedimientos que permite, a quien ejerce una acción legal, ampliar, aclarar, corregir o complementar su escrito inicial, con relación a las autoridades demandadas, a los argumentos jurídicos expuestos y a los actos concretos que se combaten o con la materia propia de la controversia, siempre y cuando exista una relación directa entre la demanda principal y la ampliación por razón de los elementos litigiosos expuestos en la primera. Son diversos motivos y la naturaleza del procedimiento de que se trate, lo que ha justificado la regulación de la ampliación de la demanda. Por regla general, en el derecho procesal se han aceptado tres supuestos básicos que autorizan la ampliación y que recogen diversos ordenamientos, a saber: a) cuando se haga valer dentro del plazo para ejercer la acción principal; b) cuando no existiendo plazo determinado para ejercer la acción principal, la ampliación se hace valer con posterioridad pero antes de que se fije la litis contestatio; y c) cuando en virtud del informe o contestación de demanda se aprecien

elementos nuevos de los que no tenía conocimiento el actor y que guardan relación con la litis planteada. Ahora bien, de lo dispuesto por los artículos 100, párrafo octavo, de la Constitución Federal que instituye el recurso de revisión administrativa, y del 122 al 128 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que regulan dicho recurso, puede apreciarse que no prevén expresamente la ampliación para ese medio de defensa; sin embargo, atendiendo a los principios generales de derecho, a los criterios sustentados por el Poder Judicial de la Federación en otras materias y acorde con la propia y especial naturaleza del mismo, se considera que en este recurso sí procede la ampliación de los agravios. Lo anterior en virtud de que el artículo 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece un plazo de cinco días hábiles para interponer el recurso, y una vez que éste se hace valer, no existe impedimento para que se amplíen los agravios, siempre y cuando no haya fenecido dicho plazo, pues todavía se está dentro del plazo legal para ejercer la acción principal y, por ende, no se ha fijado la litis contestatio. Esto obedece a un principio de equidad procesal, en virtud del cual la parte recurrente puede disponer con plenitud de la totalidad del plazo que la ley le otorga para interponer su recurso; además, la presentación de la acción principal no conlleva la pérdida de su derecho procesal para disponer del plazo en toda su extensión, por lo que, válidamente, puede complementar su instancia hasta antes de que dicho plazo venza. [TA] Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, Marzo de 2000. Tesis: P. XXXIII/2000. Página: 108

17. Por lo tanto, me parece que el uso del informe de justificación en los términos ocurridos, implica, en detrimento de los derechos del señor [REDACTED] toda vez que no se aportan mayores elementos que puedan cambiar la respuesta inicial o que dejen satisfecho el derecho de acceso a la información pública, así como la determinación de un nuevo acto que se mantiene ajeno al conocimiento del señor [REDACTED] sobre el cual no se pueden pronunciar, ni combatir efectivamente, lo que, finalmente, puede afectar el principio de equidad procesal. Por esa razón es que

no puedo compartir la resolución que ordena modificar la respuesta sólo para generar un nuevo acuerdo de clasificación pero que preserve los efectos de la respuesta inicial y que consiste en el impedimento para acceder a la información solicitada.

III. Afectaciones adicionales a los derechos fundamentales del señor [REDACTED]

18. Contrario a este poco comedido señalamiento del **SUJETO OBLIGADO**, el señor [REDACTED] acudió a presentar su recurso de inconformidad de manera precisa y contundente, con los elementos que se hicieron de su conocimiento, esto es, el contenido de las respuestas emitidas por la autoridad y en ninguna de ellas se hacía alusión a los juicios de amparos indirectos que es, lo que según el razonamiento de la mayoría, cambia la Litis.
19. Por lo tanto no puede atribuirse al señor [REDACTED] y a las demás personas una actitud en la controversia que cuestione su buena fe, lealtad democrática y apego a las obligaciones que el propio proceso impone a las partes.
20. Pero el **SUJETO OBLIGADO** clara y enfáticamente pretende poner en tela de duda la forma como procedió el señor [REDACTED] asumiendo un papel poco comedido que raya en la camorra y que en poco prestigia a las autoridades, que incluso puede ser contrario a los deberes constitucionalmente impuestos a todas las autoridades de proteger los derechos humanos, lo que debe conducirnos a señalar que quien litiga defendiendo los intereses de una institución pública lo hace en su condición de agente del Estado y no de abogado de barandilla, por lo que se ve obligado a proceder observando el derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de la

dignidad de la contraparte, reconocidos en el artículo 11 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e incorporados al nuevo bloque de constitucionalidad por lo señalado en el primer párrafo del primer artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

21. **EL SUJETO OBLIGADO** debe entender que en este procedimiento no es una parte más, es una autoridad a la se le imponen las obligaciones señaladas en el tercer párrafo del artículo primero de la Carta Magna, por lo que al acudir a un procedimiento y combatir los argumentos de los particulares, si bien debe actuar con la mayor eficacia posible, ello no implica que tenga permitido el pretender generar sospechas, infundadas, por cierto, sobre el correcto proceder en el litigio por parte de los particulares.
22. Lo anterior no sólo es un exceso sino una afectación adicional exigible en otras sedes, ya que si [REDACTED] no hizo referencia a los juicios de amparo indirectos bajo cuya existencia se pretende indebidamente justificar la reserva de la información requerida, eso se explica porque la autoridad, en el momento procesal oportuno, debió hacerlo y no lo hizo, no aportó dicha información, lo que generó la afectación al derecho del debido proceso, como he señalado en el apartado anterior, en virtud de lo antes dispuesto es que resulta inaceptable que de la actuación deficiente del **SUJETO OBLIGADO**, se pretenda derivar un supuesto abuso por parte del particular; pretender lo anterior sólo muestra una falta de respeto a la dignidad de las personas que solicitaron la información, que no debe ni aceptarse ni omitirse.

IV. Las deficiencias del acuerdo de clasificación y la ausencia de un acuerdo aplicable al caso en cuestión.

23. El SUJETO OBLIGADO en su respuesta y en su informe de justificación pretende sustentar la decisión de no permitirle al señor [REDACTED] el acceso a la información solicitada, en un acuerdo del Comité de Información del Sistema de Autopistas, Aeropuertos, Servicios Conexos y Auxiliares del Estado de México ("SAASCAEM"), que clasifica como información reservada "el Título de Concesión del Sistema Carretero del Oriente del Estado de México (Circuito Exterior Mexiquense), incluyendo todas sus modificaciones y anexos, así como la información referente a obras adicionales relativas al monumento bicentenario por el plazo máximo de nueve años". Sin embargo y como bien refieren el señor [REDACTED] en sus recursos de revisión, ese acuerdo reserva actos de autoridad e información derivada de los mismos pero que corresponden a etapas administrativas diversas a las que aluden las solicitudes de información ubicadas al inicio de este procedimiento impugnativo. Por lo tanto la información a la que se pretende acceder no puede estar clasificada como consecuencia de un acuerdo que específicamente se emitió ya que este sólo puede aplicarse a las fases precisadas en el mismo acuerdo y no a actos administrativos previos o posteriores.

24. Si bien es cierto que, como se señaló antes, en el informe de justificación se aporta una nueva información y un supuesto distinto para conservar la determinación realizada y que consiste en el argumento de la existencia de ocho juicios de amparo en diversos juzgados y sala regionales del Estado de México, que involucra información distinta, que es a la que se pretende acceder, esa decisión no cumple con las formalidades

requeridas en este caso y que consisten en la emisión de un acuerdo del comité de acceso a la información.

25. Pero al apreciarse que existen nuevos elementos a la respuesta inicial esta no cumple con las debidas formalidades en su emisión, es que dicha resolución debe declararse nula y resolverse el presente recurso atendiendo sólo la forma, lo que además, considerando los razonamientos señalados en el apartado anterior, reconduciría el procedimiento a su fase inicial para que el **SUJETO OBLIGADO** emita esa nueva respuesta que pretende, cumpliendo las formalidades requeridas y haciéndola del conocimiento del señor [REDACTED] para que, impuestas de ese nuevo acto, decidan proceder como a su derecho convenga y, de ser el caso que a su juicio se afecte su derecho, entonces sí, este Órgano Garante podría proceder al análisis de fondo de la cuestión, al respecto podría aplicarse por analogía el siguiente criterio:

REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. ES IMPROCEDENTE DICHO RECURSO EN AQUELLOS CASOS EN QUE EL VICIO QUE ORIGINÓ LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO DEBE SER SUBSANADO POR LA AUTORIDAD DEMANDADA COMO CONDICIÓN PARA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO. De conformidad con los criterios jurisprudenciales 2a./J. 150/2010 y 2a./J. 88/2011, aplicables por analogía tratándose del recurso de revisión regulado en la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, dicho medio de defensa es improcedente contra las sentencias en que el vicio de ilegalidad que da sustento a la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada sea estrictamente formal y, por ende, no se hubiera realizado un análisis sobre la existencia de un derecho o la exigibilidad de una obligación, supuesto que se actualiza en aquellos casos en que, con motivo de la anulación del acto combatido, la autoridad demandada

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Tels. (722) 2 26 19 80 * 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
Metepc, Estado de México

quede sujeta a subsanar alguna irregularidad en la propia resolución o en el procedimiento que le dio origen como condición para estar en aptitud de emitir un pronunciamiento de fondo, pues ello es reflejo de que no se analizó la pretensión material del actor, sino que se detectó un vicio que imposibilitó su examen. [TA] Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 17, Abril de 2015. Tomo II, Tesis: I.1o.A.98 A (10a.). Página: 1836.

26. Contrario a lo antes señalado, este Órgano Garante acepta que se formuló un nuevo acto de autoridad, sobre el cual no tiene conocimiento el sr. [REDACTED] en consecuencia, nada pueden manifestar para señalar si tal decisión les resulta aceptable o consideran mantener, modificar o ampliar su impugnación, lo que, como se ha señalado, puede afectar sus derechos, generándose una afectación a la equidad del proceso. Pero además, este Órgano Garante no sólo acepta esta nueva respuesta, que es incorporada para atender la solicitud, sino que además acepta como válida una respuesta que no cumple con las debidas formalidades del caso en cuestión lo que se pretende subsanar con una especie de legitimación condicionada a que se emita posteriormente el acuerdo de clasificación cuando, en realidad, debería desecharse la respuesta por no atender las debidas formalidades, ordenándose la emisión de una adecuada respuesta fundada y motivada para que, frente a ella, el señor [REDACTED] [REDACTED] aprecie si ésta responde a su solicitud o si es necesario acudir a su revisión y sólo en ese caso, este Órgano Garante, observando así las formalidades de debido proceso, pudiera pronunciarse sobre el fondo de la cuestión lo que, en este caso no ocurre. De tal forma que el Órgano Garante renuncia a su obligación de suplir la deficiencia de la solicitud y de la impugnación que le ordenan los artículos 74 de la ley estatal y 14 y 146 de la Ley General de la materia; en su lugar, adopta la suplencia de la respuesta del **SUJETO OBLIGADO**, lo que sin duda alguna no puedo compartir.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

27. Para tener por validado el acuerdo de clasificación emitido por el Comité de Información del Sujeto Obligado, deberá de estar debidamente consolidada la prueba de daño que la normatividad en la materia señala.

V. 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.

28. 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, en consecuencia, clasificarse la información como reservada. Tal interpretación es, a todas luces, una interpretación mutativa de carácter reductor² del precepto jurídico ya que elimina, para efectos del caso en resolución, la parte más significativa del dispositivo jurídico.

29. 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.

² 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



30. Como he señalado ya en otras opiniones,³ 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, evitando la expulsión de la norma secundaria del ámbito jurídico. En el caso en cuestión nos encontramos frente a actos de autoridad, sobre los cuales pesan notorias sospechas por la probable comisión de actos de corrupción. Bajo ese contexto, las personas han mostrado un creciente interés por conocer de primera mano la información relacionada con el caso, pretender una interpretación para tender un muro que aparte de la opinión pública el acceso a los documentos no abona, desde mi punto de vista, con el fortalecimiento de la cultura de la rendición de cuentas ni prestigia 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

³ OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO LIC. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN ACUMULADOS: 01015/INFOEM/IP/RR/2015, 01067/INFOEM/IP/RR/2015, 1070/INFOEM/IP/RR/2015, 01072/INFOEM/IP/RR/2015, 01075/INFOEM/IP/RR/2015 y 01076/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 13 y 14; OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO LIC. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN ACUMULADOS: 01017/INFOEM/IP/RR/2015, 01066/INFOEM/IP/RR/2015, 1071/INFOEM/IP/RR/2015, 01073/INFOEM/IP/RR/2015, 01074/INFOEM/IP/RR/2015 y 01077/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 12 y 13. OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO LIC. JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN ACUMULADOS: 01435/INFOEM/IP/RR/2015, 01436/INFOEM/IP/RR/2015, 01437/INFOEM/IP/RR/2015, 01438/INFOEM/IP/RR/2015, 01439/INFOEM/IP/RR/2015, 01440/INFOEM/IP/RR/2015, 01441/INFOEM/IP/RR/2015, 01442/INFOEM/IP/RR/2015 y 01443/INFOEM/IP/RR/201. Párrs. 6, 21 al 23 y 57.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

para sancionar las acciones indebidas de los servidores públicos. Así que siendo los efectos de esta interpretación, contrarios a principios 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] [REDACTED] podrán hacerlo si acuden a las instancias de control de estas resoluciones.

31. Para elaborar un acuerdo de clasificación de la información se debe determinar con claridad los motivos, razones y circunstancias por los cuales no se puede entregar la información pese al interés público que pueda existir y comprobar que efectivamente se configure la fracción VI del artículo 20 de la materia.

VI. La falta de la prueba de daño.

32. La interpretación que se aplica en esta resolución y que se señaló en la acción anterior provoca el incumplimiento de un mandato expreso de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y que la Ley General en la materia denomina como la prueba de daño. En el caso en cuestión si bien es cierto que el **SUJETO OBLIGADO**, a diferencia de otros recursos desahogados antes, en esta ocasión si precisa los procedimientos jurisdiccionales en curso y; sin embargo, no señala los agravios en estos procesos y sujetos a los mismos, también lo es que de haberse realizado un adecuado razonamiento lógico jurídico, el **SUJETO OBLIGADO** pudo haber aportado elementos adecuados para tratar 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.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

33. Porque cómo he señalado no basta con que exista de procedimientos para clasificar la información, se requiere apreciar, si entregar la información puede afectar el proceso en su conjunto, ya sea por la fase en que se encuentran los procedimientos o por el contenido de los mismos de la información. Clasificar como información reservada, títulos de concesión o contratos, que en su momento fueron publicados incluso en la Gaceta de Gobierno del Estado, así como Primer Convenio Modificatorio, Cuarto Convenio Modificatorio, Quinto Convenio Modificatorio, de diversas anualidades que se señalan en el acuerdo de clasificación, que se establecen o que aún se encuentran disponibles en internet, en sitios electrónicos oficiales o no, no sólo es un intento infructuoso sino que a veces provoca que las decisiones gubernamentales rayen en el ridículo y se aparten incluso de la racionalidad y del sentido común. Clasificar como información reservada documentos ubicados en las primeras fases del proceso de investigación y que podrían mostrar que la investigación está siendo deficiente o incompleta, en aquellos casos en los que se reconoce la acción popular, podría contribuir a que cualquier persona a la que le genere interés el asunto y que cuente con información que pueda ser útil para la investigación, en cumplimiento de sus obligaciones cívicas, se acerque a la autoridad y le proporcione medios que, si fueron obtenidos de manera legítima, podrían fortalecer la acción investigadora de la autoridad.

34. La prueba de daño pretende ser una garantía para impedir la reserva discrecional de la información

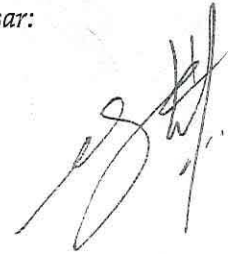
35. Pero el negarse sistemáticamente este Órgano Garante a practicar la prueba de daño como consecuencia de la interpretación mutativa de carácter restrictiva, a la que ya me referí, no sólo se debilita el sistema de rendición de cuentas sino que se afecta el modelo constitucional de probidad en el ejercicio de los recursos públicos y se vulnera el modelo constitucional de transparencia y el estándar de tutela del derecho humano de acceso a la información pública, lo que constituye una evidente afectación a derechos humanos.

36. Para precisar los efectos del probable daño presente, probable y específico es necesario señalar que los LINEAMIENTOS PARA LA RECEPCIÓN, TRÁMITE Y RESOLUCIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, ACCESO, MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN, RECTIFICACIÓN O SUPRESIÓN PARCIAL O TOTAL DE DATOS PERSONALES, ASÍ COMO DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN QUE DEBERÁN OBSERVAR LOS SUJETOS OBLIGADOS POR LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS en los numerales CUARENTA Y SEIS Y CUARENTA Y SIETE establecen lo siguiente:

CUARENTA Y SEIS.- En el supuesto de que la información estuviera clasificada, el responsable de la Unidad de Información deberá turnar la solicitud al Comité de Información para su análisis y resolución.

CUARENTA Y SIETE.- La resolución que emita el Comité de Información para la confirmación de la clasificación de la información como reservada deberá precisar:

- a) Lugar y fecha de la resolución;*
- b) El nombre del solicitante;*
- c) La información solicitada;*



III.- La existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un **daño presente, probable y específico** a los intereses jurídicos tutelados en los supuestos de excepción previstos en la Ley (*elementos de la prueba del daño*).

38. En el entendido que dichos extremos legales tienen el siguiente alcance: **Por daño presente:** se entiende que de publicarse la información, a la fecha en que se realiza el análisis correspondiente, se generará la afectación respectiva a cualquiera de los valores o bienes jurídicos tutelados en los casos de excepción previstos en los artículos 20 y 24 de la Ley; **por daño probable:** obedece que la difusión de la información contenida en la misma podría causar un perjuicio mayor al interés público de conocer la información; **por daño específico:** se refiere a que inmediatamente después de la publicación de la información es inminente la materialización o afectación a los intereses jurídicos tutelados en los supuestos de excepción.

39. De acuerdo a lo anterior, no sólo se trata de invocar preceptos legales y repetir las hipótesis jurídicas, sino que se trata de desarrollar con elementos objetivos los razonamientos que permitan acreditar que en caso de publicarse la información 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, 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*).

40. Es así, y con el fin de dejar claro cómo se debe realizar la motivación y la debida fundamentación es que cabe reproducir los artículos antes referidos que a la letra ordenan:

Artículo 21.- El acuerdo que clasifique la información como reservada deberá contener los siguientes elementos:

I. Un razonamiento lógico que demuestre que la información encuadra en alguna de las hipótesis de excepción previstas en la Ley;

II. Que la liberación de la información de referencia pueda amenazar efectivamente el interés protegido por la Ley;

III. La existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados en los supuestos de excepción previstos en la Ley.

Artículo 22.- La información clasificada como reservada, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de 9 años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes del 19 cumplimiento del periodo de restricción, dejen de existir los motivos de su reserva

Artículo 30.- Los Comités de Información tendrán las siguientes funciones:

I a II. ...

III. Aprobar, modificar o revocar la clasificación de la información;

IV a VIII. ...

41. En razón de los anteriores preceptos legales resulta necesario mencionar que la naturaleza de la información reservada atiende a tres puntos importantes y se refieren

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * 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
Metepc, Estado de México

-el primero de ellos- a que exista un razonamiento lógico jurídico que demuestre que aplica uno de los supuestos jurídicos contemplados en el artículo 20, -el segundo- atiende a que la publicidad de la información amenace el interés protegido por la Ley, y -tercero- la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que se causara un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos protegidos por la Ley. En el caso que se resuelve, la reserva que, bajo algún criterio extremo pudiera ser correcta, termina siendo inválida por no observarse las formalidades que se han señalado y que son indispensables e insustituibles para acreditar fehacientemente las condiciones de excepcionalidad que caracterizan al procedimiento de clasificación de la información como reservada como una garantía que corre en proporción directa con la debida consolidación de la cultura de la transparencia y la aplicación del principio constitucional de máxima publicidad.

42. En el caso en cuestión se debe señalar que el señor [REDACTED] solicitó:

- *Que el Gobierno del Estado de México confirme que OHL no tiene derecho incondicional alguno en contra del Gobierno del Estado, para cobrar parte o la totalidad de su capital de riesgo invertido en el Circuito Exterior Mexiquense y/o en el Viaducto Bicentenario; incluyendo la rentabilidad correspondiente, en caso de que dichos capital de riesgo y rentabilidad.*
- *El costo integral de financiamiento proyectado por Concesionaria Mexiquense, S.A. de C.V. ("OHL") en el Anexo "4" del Título de Concesión del Circuito Exterior Mexiquense para el período 2005-2014, suma \$5,582.9 millones de pesos. Sin embargo, los "gastos por intereses" reales, o por lo menos aquellos registrados en los estados financieros de OHL auditados por Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C., miembro de Deloitte Touche Tohmatsu Limited ("Deloitte") para ese mismo*

período, sumaron \$12,172.3 millones de pesos. De conformidad con lo que se establece en el Título de Concesión del Circuito Exterior Mexiquense, los financiamientos requeridos para la construcción del proyecto deben ser contratados en "condiciones de mercado", de lo que se deriva una obligación implícita a cargo del Gobierno del Estado de México consistente en asegurarse que dichos financiamientos sean efectivamente contratados en condiciones de mercado, no contemplados en dicha decisión del Comité de Acceso a la Información del SUJETO OBLIGADO y que es precisamente la información a la que se pretenden acceder.

43. Si actualmente se desarrolla una serie de procedimientos que cuestionan la legal y debida actuación de las autoridades al asignar la concesión, esto es, al determinar que el financiamiento económico de dicha concesión, es razonablemente lógico pensar que quienes tienen un interés directo en dichos financiamientos y procedimientos sean las distintas personas o empresas que participan en el proceso de licitación de la concesión.
44. Debe señalarse que la limitada información que proporciona la autoridad sobre el seguimiento de los procedimientos, no permite apreciar en qué situación se encuentran, para apreciar si la fase probatoria ha sido concluida, lo que desde luego permitiría a apreciar también el grado de posible afectación al mismo que generaría la entrega de la información requerida.
45. Y en virtud de que en este caso sólo se enuncia la información de los juicios, no se realiza el análisis respectivo, individualizado a cada uno de los temas de la solicitud de información es que debo hacer notar que este Órgano Garante procede, una vez más, en suplencia de la respuesta lo que no creo conveniente en este caso en particular

porque existe una prueba adicional que debería contrastarse con la prueba de daño: la prueba de interés público.

46. Pero la ausencia de la prueba de daño presente, probable y específico si bien limita su adecuado contraste con la prueba de interés público, también corre en sentido contrario a la pretensión del **SUJETO OBLIGADO**, como se apreciará en la siguiente sección.

VII. La falta de prueba de interés público.

47. La información solicitada por el señor [REDACTED] corresponde a la documentación de decisiones adoptadas en los financiamientos obtenidos por OHL en relación con el Circuito Exterior Mexiquense. Como se ha señalado, todos y cada uno de los documentos en lo que consta la información requerida. Por lo tanto, de la misma solicitud de acceso a la información se desprende que el señor [REDACTED] que pretende acceder precisamente a esa información.

48. Si es parte en los procedimientos de juicios de amparo y si se han agotado las fases para que cualquier persona acuda como tercero interesado, considerando que los procedimientos iniciaron en 2014, resulta evidente que la información requerida no sería útil para actuar en dichos procedimientos.

49. Cuando una persona acude al procedimiento de solicitud de acceso a la información público, es evidente que no lo hace sino porque se ve en la necesidad de conocer la actuación de los agentes gubernamentales, ya sea porque le genera duda, inconformidad o molestia la forma como han actuado las instituciones. Con raras

excepciones puede considerarse que se pretende acceder a la información por la identidad de la persona con la decisión gubernamental. Así, el derecho de acceso a la información es, como todo derecho humano, parte de la esfera de lo indecible, como aquello que no sólo legitima, sino que incluso deslegitima las decisiones y las no decisiones, por lo que pretende ser un límite a la actuación gubernamental.⁴ Por lo tanto, no sería ilógico que lo que pretenda el señor [REDACTED] sea conocer lo que ha ocurrido en esta materia, formarse una opinión informada y ejercer cualquier otro derecho, ya sea el de libertad de expresión o los derechos políticos que le reconocen acción popular para presentar denuncias en contra de cualquier funcionario público que, desde su punto de vista, haya cometido alguna infracción.

50. Por eso es que en estos recursos de revisión y para analizar la pretendida reserva de la información que, como ya se ha señalado, incumple con las formalidades que se exigen para que sea considerada válida, resulta indispensable practicar la prueba de interés público que señala el artículo 146 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que además encuentra sustento jurisdiccional en la tesis de jurisprudencia que precisa:

INFORMACIÓN RESERVADA. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE SU DIVULGACIÓN. En términos de las fracciones IV y VI del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, tanto los expedientes judiciales que no hayan causado estado, como las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, mientras no sea adoptada la decisión definitiva, constituyen información reservada. No obstante la

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Pról. Perfecto Andrés Ibáñez. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 7ª edición, Madrid. Ed. Trotta, 2010. Pág. 24.

imposibilidad de acceder a dicha información no puede considerarse como una regla absoluta, porque en aquellos supuestos en los cuales su difusión producirá mayores beneficios para la sociedad que los daños que pudieran provocarse con su divulgación, debe hacerse una excepción a la regla general, privilegiando la transparencia y difusión de la información respectiva. [J] Pleno de la SCJN, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Diciembre de 2007. P./J. 45/2007. Página: 991

51. Para valorar si en los procedimientos que se resuelven mediante esta resolución existe un interés público mayor por privilegiar la transparencia y difundir la información solicitada que derrote la clasificación de la información como reservada es necesario considerar los siguientes aspectos:
52. Que el Gobierno del Estado de México confirme que OHL no tiene derecho incondicional alguno en contra del Gobierno del Estado, para cobrar parte o la totalidad de su capital de riesgo invertido en el Circuito Exterior Mexiquense y/o en el Viaducto Bicentenario, incluyendo la rentabilidad correspondiente, en caso de que dicho capital de riesgo y rentabilidad exista.
53. Que el costo integral de financiamiento proyectado por Concesionaria Mexiquense, S.A. de C.V. ("OHL") en el Anexo "4" del Título de Concesión del Circuito Exterior Mexiquense para el período 2005-2014, suma \$5,582.9 millones de pesos. Sin embargo, los "gastos por intereses" reales, o por lo menos aquellos registrados en los estados financieros de OHL auditados por Galaz, Yamazaki, Ruiz Urquiza, S.C., miembro de Deloitte Touche Tohmatsu Limited ("Deloitte") para ese mismo período, sumaron \$12,172.3 millones de pesos. De conformidad con lo que se establece en el Título de

Concesión del Circuito Exterior Mexiquense, los financiamientos requeridos para la construcción del proyecto deben ser contratados en "condiciones de mercado", de lo que se deriva una obligación implícita a cargo del Gobierno del Estado de México consistente en asegurarse que dichos financiamientos sean efectivamente contratados en condiciones de mercado, no contemplados en dicha decisión del Comité de Acceso a la Información del SUJETO OBLIGADO y que es precisamente la información a la que se pretenden acceder.

54. De la información que hasta aquí se ha señalado, puede apreciarse que la información requerida por el señor [REDACTED] no consiste en una pavimentación de una calle cualquiera del territorio estatal, sino de una obra de infraestructura que involucra cuantiosos recursos económicos, los costos y financiamientos total de la obra, según la información requerida.
55. En razón de lo anterior es dable valorar entonces si puede existir un interés público para que las personas accedan a la información y que este interés público sea suficiente para restringir la necesidad de clasificar la información como reservada.
56. Según lo que dispone la fracción XII del artículo tercero de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, por **información de interés público debemos entender aquella "información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados"**.

57. Frente a esa definición el Órgano Garante debió de reflexionar si el que el señor [REDACTED] debe acceder a la información requerida tenía un mero interés individual o dada la atención que ha generado estos acontecimientos, es posible que el que ellos accedan a la información resulte beneficioso para la sociedad. Desde mi punto de vista esto es así porque permitir el acceso a la información solicitada es la medida idónea, necesaria y proporcional propiciando un beneficio mayor al aplicar el principio de máxima publicidad sobre la condición excepcional de la reserva de la información.
58. De igual forma, este Órgano Garante debió de considerar lo dispuesto por el artículo 101 fracción III de la citada Ley General que señala que "los documentos clasificados como reservados serán públicos cuando... (e)xista resolución de una autoridad competente que determine que existe una causa de interés público que prevalece sobre la reserva de la información," y si en el caso en cuestión si bien los documentos no han sido clasificados como reservados, toda vez que no se emitió el acuerdo respectivo y, en consecuencia, sólo se ha impedido el acceso a los mismos, es dable que mediante la presente resolución, el Órgano Garante determinara que existía una clara "causa de interés público" en este caso, y que no es otra distinta a que la sociedad conozca los términos del proceso para la licitación de la concesión y, con ello, se genere una opinión informada que le permita manifestarse en ejercicio de su derecho de libertad de expresión o bien, que de los propios documentos a los que acceda y si cuenta con información adicional, se aporte a la autoridad encargada de realizar la investigación para asegurar un mejor ejercicio del procedimiento respectivo. Por lo que lejos de impedir el acceso a la información, debería reconocerse la prudencia del señor [REDACTED] que proceden pretendiendo allegarse de la información necesaria antes de participar en la arena pública.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

59. Si consideramos que con frecuencia la doctrina y las propias disposiciones legales pretenden establecer el derecho a la protección de datos personales, como un límite al derecho de acceso a la información, es necesario advertir que aun este derecho humano no siempre puede considerarse como un límite absoluto, así, por ejemplo, al resolverse el AMPARO EN REVISIÓN 699/2011 se señaló que *“la protección a los datos personales de los contribuyentes que otorga el artículo 69 del Código Fiscal, una vez interpretado conforme a la Constitución, no es una protección absoluta. Cuando este derecho entra en conflicto con el derecho de acceso a la información debe realizarse en cada caso concreto lo que en el derecho comparado se denomina un “test de interés público” (public interest test) que no es otra cosa que un ejercicio de ponderación o balancing entre los distintos intereses en juego. Lo que hay que poner en la balanza es el interés público que se promovería con la divulgación de los datos personales y el interés público en mantener la privacidad de esa información. Debe considerarse que se promueve el interés público cuando la apertura de la información contribuye al escrutinio de la actuación de las autoridades con la finalidad de favorecer la transparencia, la rendición de cuentas y la buena administración de los recursos públicos. Por el contrario, no deben considerarse de interés público los casos en los que la información no tenga relevancia para evaluar la actuación del gobierno en algún tema o únicamente tienda a satisfacer la curiosidad de las personas sobre aquellos afectados con la divulgación de los datos”*⁵

5

<http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=132394&SeguimientoID=472>

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

60. En este caso resulta claro el interés público para que las acciones gubernamentales sean sujetas a un escrutinio público, favoreciendo la transparencia y la debida rendición de cuentas, mucho más cuando sobre dichos actos pesan indicios graves de corrupción que deben de ser investigados, pero que esa investigación sea pronta, expedita y, lo más importante, sujeta a control popular, como un mecanismo esencial para no permitir que prevalezcan la discrecionalidad y la secrecía que caracterizó a las fases iniciales del proceso y que provocaron los presumibles actos de corrupción que hoy se investigan. Por ello, estoy convencido de que bajo el supuesto antes señalado de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y los criterios jurisdiccionales citados en la presente sección resultaba más que razonable ordenar la entrega de la información requerida.

61. De lo contrario, el procedimiento de investigación, lejos de contribuir a la cultura de la transparencia, se constituye como un nuevo obstáculo, el cual puede ser administrado y manipulado, en su propia duración, por la autoridad a la que se le pretende exigir cuentas, de tal forma que sus resultados y efectos se diluyan por el paso del tiempo u ocurran en un momento en el que la afectación que los actos repudiados significan, sea irreversible para la sociedad. Con eso sólo pierde el Estado de Derecho, el Estado Constitucional de Derechos y la sociedad democrática.

VIII. Conclusión.

62. Es en razón de todo lo antes señalado que fundo el presente voto disidente que se aparta de las consideraciones, determinaciones y efectos de la presente resolución porque aprecio un abuso de las posibilidades del informe de justificación a través de la

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios

Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

generación de un nuevo acto de autoridad, que sin embargo corre en el mismo sentido y provoca los mismos efectos del acto inicial; el que se mantiene ajeno del conocimiento del señor [REDACTED] [REDACTED] quien nada pueden argumentar al respecto, provocándose una falta de equidad en el procedimiento que puede ser causa de la afectación de otros derechos humanos; persona que incluso es afectada en sus derechos, al respeto, a la honra y a la dignidad personal por el propio SUJETO OBLIGADO que imputa como una "evidente... mala fe" y un "actuar doloso" porque no hicieron referencia al juicio administrativo que sólo fue señalado por el SUJETO OBLIGADO en el informe justificado, generando un nuevo acto de autoridad que, como se ha señalado antes, permanece ajeno al conocimiento del [REDACTED] porque el nuevo acto de autoridad es además inválido por razones del incumplimiento de las formalidades requeridas para su emisión; porque la interpretación mutativa de carácter restrictivo que se realiza al artículo 20 fracción VI de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios es contraria a los bienes constitucionales y a los derechos humanos; porque en la respuesta e informe justificado del SUJETO OBLIGADO, y en esta misma resolución, no se realiza la prueba de daño o la afectación que la entrega de la información pudiera provocar al juicio administrativo en proceso y, contrario a ello, es evidente que no generaría dicha afectación; así como, porque no se realizó la prueba de interés público que, de realizarse, habría justificado una resolución en el sentido distinto al aprobado y que es la que yo sostengo: que se revocara la respuesta del SUJETO OBLIGADO y se le ordenara la entrega de la información solicitada por el señor [REDACTED] [REDACTED]

63. Debo agregar finalmente, que la existencia de información reservada y confidencial dentro de los sujetos obligados, no debe utilizarse para vulnerar el estado de derecho, para negar el acceso a la información a las personas, ni mucho menos que dichos argumentos se utilicen para encubrir actos indebidos de la administración pública, porque estaríamos en una franca contraposición del sentido de la LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO DE MÉXICO Y MUNICIPIOS, que es el de la transparencia de la información pública y su acceso a las personas que lo soliciten, como bien tutelado de esta honorable institución. Por lo que debemos estar vigilantes en estos precedentes donde la petición de información es negada.

JOSE GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO