

## OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 01970/INFOEM/IP/RR/2016.

### **Sentido de la opinión:**

Debería de entregarse la información requerida por Vanessa Madrigal Montes en copia certificada y sin pago previo en razón de que la respuesta del Tribunal Electoral del Estado de México violó su derecho de acceso a la información pública como consecuencia de la actuación negligente de la autoridad, por lo que es a todas luces aplicable el artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

### **Líneas argumentativas**

*De la modalidad elegida para la entrega de información pública. La modalidad elegida por los particulares para la entrega de la información a través de las solicitudes impone a la autoridad la obligación de atender la solicitud en los términos requeridos.*

*Para los casos en que los SUJETOS OBLIGADOS no proporcionen la información en la modalidad solicitada, existen consecuencias para sancionar este tipo de violaciones o afectaciones al derecho de acceso a la información pública. En la dimensión de las responsabilidades individuales de los servidores públicos, según consta en el artículo 222 fracción X de la ley de la materia que determina como causa de responsabilidad*

*administrativa de los servidores públicos de los sujetos obligados el entregar información en una modalidad de envío o de entrega diferente a la solicitada previamente por el usuario sin la debida motivación y fundamentación.*

*Para los casos en que la información se pida en alguna modalidad que genere costos al particular y los SUJETOS OBLIGADOS a través de su respuesta pretendan cambiar la modalidad y no justifiquen bajo ninguna causa razonable la negativa a proporcionar la información, el Sujeto Obligado deberá entregar la información sin costo alguno para el solicitante cuando el Instituto determine que por negligencia no se hubiere atendido alguna solicitud en los términos de la ley.*

## Índice.

I.	Consideraciones generales.....	3
II.	Los antecedentes del caso.....	4
III.	El derecho de acceso a la información pública .....	5
IV.	Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.....	6
V.	La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.....	8
VI.	Consecuencias de la violación al derecho humano.....	10
VII.	Conclusiones .....	16

## I. Consideraciones generales.

1. He concurrido con mi opinión 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 vigésima novena sesión ordinaria del diecisiete (17) de agosto del año en curso, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta del Tribunal Electoral del Estado de México, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución modificó la respuesta del Sujeto Obligado, ordenando la entrega de la información solicitada en copia certificada, previo pago de los derechos correspondientes y es precisamente sobre este último aspecto sobre el cual formulo la presente opinión.
3. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción III y 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente opinión particular.

### III. El derecho de acceso a la información pública.

6. Como establece el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestro país las personas gozan de los derechos reconocidos en dicho instrumento fundamental y en los tratados internacionales y de las garantías para su protección. Entre estos derechos se encuentra el derecho de acceso a la información pública reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1; en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo quinto de la Particular del Estado de México. Ya sea que entendamos a los derechos como realidades positivas que forman parte de *la esfera de lo indecidible que o de lo indecidible que no*<sup>1</sup> o bien como principios que constituyen *mandatos de optimización*,<sup>2</sup> lo cierto es que son piedra cardinal en el Estado Constitucional de Derecho que estamos llamados a hacer prevalecer en nuestro país.

<sup>1</sup> "Los derechos fundamentales, precisamente porque están igual garantizados para todos los sustraídos a la disponibilidad de del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible que y de lo indecidible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones." FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Séptima edición, Madrid. Editorial Trotta, 2010. Pág. 24

<sup>2</sup> "Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Madrid, Ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. Pág. 68.

#### IV. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.

7. Como lo establece la doctrina y lo señala nuestro texto fundamental, para que esos derechos no sean sólo proclamas políticas sino realmente efectivos se requiere de la existencia de garantías constitucionales que permitan su ejercicio o protección, las que pueden ser de carácter primario cuando consisten en *las obligaciones o prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones*<sup>3</sup> o bien como la suma de las garantías positivas y de las garantías negativas,<sup>4</sup> lo que en materia de acceso a la información pública se aprecia en dos obligaciones impuestas al poder público consistentes en difundir, de oficio, un conjunto de información común para todos los Sujetos Obligados y específica de acuerdo con las funciones de cada uno de ellos; en segundo término, lo que el legislador ordinario en el estado de México estableció textualmente en el artículo 150 de la reciente ley de la materia al señalar que *el procedimiento de acceso a la información pública es la garantía del derecho en cuestión*.
8. Por lo tanto, cuando [REDACTED] acudió a la solicitud de acceso a la información pública ante el Tribunal Electoral del Estado de México, acudió al ejercicio efectivo del derecho en cuestión a través de su garantía primaria depositada en el propio Sujeto Obligado quien, por mandato categórico del tercer párrafo del

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos., El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid. Ed. Trotta, 2014. Pág. 62.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Segunda edición, Madrid. Ed. Mínima Trotta. 2011. Pág. 40.

artículo primero de la Constitución Federal, se encuentra obligado, como todas las demás autoridades, en el ámbito de su competencia, a "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos", entre los cuales se encuentra el de acceso a la información.

9. La garantía primaria, en la que se constituye la solicitud de acceso a la información pública, impone a la autoridad la obligación de atender la solicitud en los términos requeridos, obviamente, como el resto de los derechos, ninguno es absoluto y es posible limitarlos y restringirlos, siguiendo el procedimiento que para tal efecto se encuentra establecido, sin embargo, en el caso que se resuelve, a pesar de que la señora Madrigal Montes cuenta con el derecho de señalar la modalidad de copia certificada como la forma en la que requiere acceder a la información solicitada, según lo establece el artículo 155 fracción V de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, el Tribunal Electoral del Estado de México sin justificar de ninguna manera su decisión, decidió cambiar la modalidad ya sea por su consulta en el sitio electrónico a través del cual cumple con las obligaciones de transparencia y adjuntando el documento en versión electrónica en su respuesta.

10. Dicha decisión habría sido correcta y habría respetado plenamente el derecho de [REDACTED] si esta no hubiera requerido la información en copias certificadas y simplemente, como ocurre en la mayor parte de los casos, hubiera solicitado la

información a través del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense. De haber sido este caso, la respuesta del Tribunal Electoral del Estado habría cumplido las mejores prácticas nacionales e internacionales en el respeto al derecho de acceso a la información pública ya que la orientación sobre el sitio electrónico preciso en el que se encuentra disponible la información se realizó apenas dos días después de que fue presentada la solicitud, cumpliendo así con el artículo 161 de la ley estatal ya invocada. Sin embargo, en el recurso que se resuelve, [REDACTED] en todo su derecho, requirió la información en copia certificada y el Sujeto Obligado no le proporcionó la información en dicha modalidad, lo que le provocó una molestia cuya reparación demandó ante este Órgano Garante.

11. El Tribunal Electoral del Estado de México también habría respetado el derecho de acceso a la información de [REDACTED] observando las mejores prácticas si en su respuesta hubiera puesto a disposición de la persona la información requerida previo el pago de los derechos por su reproducción en copia certificada como lo establece el artículo 174 fracción III de la Ley de Transparencia, antes citada, lo que desafortunadamente tampoco hizo.

V. *La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.*

12. Como también lo establece la doctrina y lo determina así nuestro texto fundamental, para asegurar la efectividad de los derechos no son suficientes las obligaciones y prohibiciones inmediatas a la autoridad, y ante una eventual afectación al derecho

humano, el Estado tiene la obligación de *investigar, sancionar y reparar* sus violaciones.

13. Las propias obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Mexicano determinan que nuestro país cuente con un procedimiento sencillo, rápido<sup>5</sup> y efectivo<sup>6</sup> para la protección del derecho de acceso a la información pública, que ha implicado el diseño del recurso de revisión como una garantía secundaria, desahogada en sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones es definitiva en todos aquellos casos en los que las pretensiones de la persona se colman ordenando al Sujeto Obligado la entrega de la información requerida y a través del desahogo de un procedimiento materialmente jurisdiccional.<sup>7</sup>

14. Lo que fue entendido por el legislador ordinario mexiquense quien a través del artículo 176 de la ley estatal de transparencia citada previamente, ha señalado que el (*e*)l recurso de revisión es la garantía secundaria mediante la cual se pretende reparar cualquier posible afectación al derecho de acceso a la información pública, con lo que además somos armónicos con los criterios doctrinales que ubican a la garantía

<sup>5</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico interamericano. 2<sup>a</sup>. Edición, OEA, 2012. Párr. 29.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros contra Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrfs. 116-139.

<sup>7</sup> OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01750/INFOEM/IP/RR/2015 Y 01751/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 21.

secundaria como *la reparación judicial* (en nuestro caso, materialmente jurisdiccional) de las violaciones de las garantías primarias<sup>8</sup> o como *garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos.*<sup>9</sup>

15. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma ley de transparencia ya citada precisa en su artículo 179 fracción VI que el propio recurso de revisión es un medio de protección y procede en contra de la entrega de información en una modalidad o formato distinto al solicitado. Por lo que el motivo de inconformidad de [REDACTED] consistente en que no le proporcionaron la copia certificada, es plenamente fundado, constituye una afectación indebida e injustificada a su derecho de acceso a la información pública y la respuesta del Tribunal Electoral del Estado de México constituyó una violación a su derecho de acceso a la información pública que el Estado Mexicano, a través de otra institución, en este caso, este Pleno, pretende reparar a través de la resolución que acompaña con la presente opinión, mediante la cual se ordena la entrega de la información en copia certificada por no existir razón alguna que lo impida.

## VI. Consecuencias de la violación al derecho humano.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *La demo...cit.* Pág. 62.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pode... cit.* Pág. 40.

16. El tercer párrafo del artículo primero de nuestra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación del Estado Mexicano de *investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.* En este caso es plenamente evidente que Vanessa Madrigal pretendió a acceder a cierta información en copias certificadas y que la autoridad inicialmente modificó la modalidad de acceso de la información sin ningún argumento o causa justificada, lo cual generó un agravió en la persona que acudió a la garantía secundaria para la *restitutio in integrum*, del derecho en cuestión. Lo que este Órgano Garante pretende hacer ordenando la entrega de la información en copia certificada.

17. Pero debo decir que la opinión particular que me diferencia del resto del pleno consiste en los efectos de esa violación al derecho humano. Si bien es cierto que los derechos no son efectivos sin las garantías que permitan su pleno cumplimiento, también estoy convencido de que las garantías son limitadas si las afectaciones o violaciones a los derechos humanos no se acompañan de las medidas adecuadas para asegurar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ampliamente ha establecido como doctrina consolidada en materia de no repetición de las conductas que lo violan,<sup>10</sup> o lo que Ferrajoli señala como la *sanción por los actos ilícitos* según se ha citado ya. Lo cual implica que se debe revisar si el ordenamiento jurídico

<sup>10</sup> “120. Que el Estado debe adoptar, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención, aquellas medidas de protección de los derechos humanos que aseguren el ejercicio libre y pleno de los derechos a la vida, la libertad e integridad personales y la protección y garantías judiciales, con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas). Párr. 120.

actual establece un procedimiento determinado que permita sancionar esta afectación particular al derecho de acceso a la información pública.

18. Estoy convencido de que el legislador ordinario federal y estatal, previó esta circunstancia y por esa razón estableció dos consecuencias precisas para sancionar este tipo de violaciones o afectaciones al derecho de acceso a la información pública. La primera en la dimensión de las responsabilidades individuales de los servidores públicos, según consta en el artículo 222 fracción X de la ley estatal de transparencia multicitada, que determina como causa de responsabilidad administrativa de los servidores públicos de los sujetos obligados el entregar información en una modalidad de envío o de entrega diferente a la solicitada previamente por el usuario **sin la debida motivación y fundamentación.**

19. En este caso es evidente que se cambió la modalidad requerida por [REDACTED]

[REDACTED] sin que los servidores públicos del Sujeto Obligado realizaran una mínima motivación y fundamentación de por qué lo hacían, por lo tanto, procede que se de vista a la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia para que determine el grado de responsabilidad correspondiente según lo determinado por el artículo 223 de la ley en cuestión.

20. Sin que lo anterior sea menor, sin embargo debemos de preguntarnos en que beneficia o afecta a Vanessa Madrigal el que se inicie un largo y desactualizado

procedimiento si finalmente la respuesta inicial retraso su acceso a la información requerida, tuvo que tomarse el tiempo y dedicación para formular su recurso de revisión ante este Órgano Garante y aún en este momento, no ha podido acceder a la información que pretendía.

21. Me parece que el legislador ha tenido el tino de establecer en la ley una medida de que puede contribuir a la reparación integral de la persona afectada y que se contiene en el último artículo de nuestra ley y que consiste en una dimensión colectiva de responsabilidad, complementaria de la antes descrita, y que consiste en que el Sujeto Obligado entregue la información sin costo alguno para el solicitante cuando el Instituto determine que por negligencia no se hubiere atendido alguna solicitud en los términos de la ley.
22. Corresponde valorar si en el caso en cuestión hubo o no negligencia. Partamos de las siguientes premisas: A) [REDACTED] requirió de manera clara, precisa y contundente que deseaba acceder a cierta información en copia certificada. B) la autoridad reconoce que existe la información, que la genera y la posee y que incluso se encuentra disponible en versión electrónica. C) Sin motivar ni fundar, la autoridad decide cambiar la modalidad de reproducción de la información y en lugar de atender los términos de la solicitud la entrega en otra diversa. D) [REDACTED]  
[REDACTED] es consistente con su solicitud inicial y en tiempo y forma recurre la respuesta señalando que no se le entregó la información en copia certificada, con lo

que reitera contundentemente que su pretensión es acceder a la información en esa modalidad específica de la información. E) La autoridad responsable de la afectación del derecho de acceso a la información pública es el Tribunal Electoral del Estado de México que, según el artículo 383 del Código Electoral del Estado de México *es el órgano público autónomo, de carácter permanente, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independiente en sus decisiones y máxima autoridad jurisdiccional en la materia, con la jurisdicción y competencia que determinen la Constitución Local y este Código. El Tribunal Electoral deberá cumplir sus funciones bajos los principios de certeza, imparcialidad, objetividad, legalidad y probidad.* Y precisamente por tratarse de una “máxima autoridad jurisdiccional”, las obligaciones de protección y respeto a los derechos humanos constituyen obligaciones agravadas, según lo he dicho en otra ocasión, tratándose del Poder Judicial del Estado.<sup>11</sup>

23. Por lo que toda vez que se trata de una “máxima autoridad jurisdiccional” de la que se espera el más alto estándar en la promoción y respeto de los derechos humanos y que Vanessa Madrigal de manera clara, precisa, contundente e indubitable requirió información pública a la que pretende acceder en su modalidad de copia certificada

<sup>11</sup> *El Poder Judicial, como autoridad jurisdiccional, tiene obligaciones reforzadas al atender las solicitudes de acceso a la información. Obligación que debe considerarse como reforzada cuando la autoridad encargada de desahogar la solicitud de acceso a la información pública no es un ayuntamiento o una dependencia administrativa, sino la autoridad jurisdiccional de nuestra entidad, la que en el desahogo de las facultades que le han sido encomendadas debe velar por la adecuada incorporación de la perspectiva de derechos humanos, con la fuerza suficiente para desahogar el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad". OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01750/INFOEM/IP/RR/2015 Y 01751/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 7.*

y que la autoridad sin fundamentación ni motivación cambió la modalidad de la información, es que aprecio que existe una actitud negligente<sup>12</sup> que provocó que la solicitud no fuera atendida en los términos de la ley, por lo que procedería el acceso a las copias certificadas sin que medie el pago de los derechos correspondientes.

24. De esta manera, al perder el Sujeto Obligado, la posibilidad de percibir los derechos por la expedición de las copias certificadas, como consecuencia de la actitud negligente de los servidores públicos correspondientes, existe una claro y efectivo incentivo para que la autoridad de control interno agote el procedimiento administrativo e individualice las responsabilidades tanto para imponer las multas que establece la ley de transparencia como también para requerir el resarcimiento al patrimonio afectado de la institución como consecuencia de las conductas individuales de los servidores públicos. En ese mismo sentido, al perder el Sujeto Obligado, la posibilidad momentánea de acceder a los derechos por la expedición de las copias certificadas, lo anterior puede ser un incentivo adicional para que, en el futuro, las solicitudes de acceso a la información sean atendidas bajo el más alto estándar que promueva la plena protección del derecho en cuestión.

25. Pero al negarse el Pleno del Instituto a aplicar en estos términos el último artículo de la ley de transparencia y confiar en que se desahogue un procedimiento individualizado

<sup>12</sup> Entiendo por negligente la más simple y llana definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española: "Negligente. Del lat. *neglīgens*, -entis, part. act. de *neglīgere* 'descuidar'. 1. adj. descuidado. U. t. c. s. 2. adj. Falto de aplicación. U. t. c. s." consultado el 22 de agosto de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=QMAWQ4m>

cuya culminación en términos temporales corre en una pista distinta y que supera con mucho los plazos para cumplir la presente resolución, perdemos la oportunidad de adoptar estas medidas de reparación del derecho a través de un beneficio directo establecido en la ley en favor de la persona; nos alejamos del criterio jurisprudencial interamericano de las medidas para asegurar la no repetición de los actos que violan los derechos y que deberían de sancionarse como actos ilícitos, según Ferrajoli; al mismo tiempo que, de manera más grave, estamos incurriendo en una desaplicación de la norma positiva que estamos obligados a cumplir plenamente, con lo que nos colocamos en un lugar inaceptable en el diseño constitucional del país como una autoridad que, para el caso concreto, es capaz de desaplicar una porción normativa precisa.

#### VII. Conclusiones.

26. Siendo el caso que la respuesta del Tribunal Electoral del Estado de México violó el derecho de acceso a la información pública de [REDACTED] al no proporcionarle las copias certificadas de la información que requería, previo el pago de los derechos correspondientes, es procedente ordenarle la entrega de la información en la modalidad inicialmente requerida pero es inaceptable que se requiera el pago de los derechos toda vez que se acredita una actuación negligente de la autoridad y es a todas luces aplicable el artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

**JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ**

**COMISIONADO**

(Rúbrica)