

Oficio: INFOEM/COM-JMC/064/2016

Metepec, Estado de México a 23 de mayo de 2016

M. en D. CATALINA CAMARILLO ROSAS

SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO DEL INFOEM.

PRESENTE

Por instrucción del Comisionado Javier Martínez Cruz, le remito para los efectos a que haya lugar el original del **voto disidente** emitido por el mismo, con fundamento en el artículo 20 fracción III y 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, con relación a la resolución emitida en el recurso de revisión 01182/INFOEM/IP/RR/2016 y acumulado, aprobada por el Pleno de este Instituto en la Décima Octava Sesión Ordinaria de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

Sin más por el momento, aprovecho para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE


LIC. NORMA ARANSASU VALDÉS PEDRAZA
COORDINADORA DE PROYECTOS

C.c.p. Mtra. Eva Abaid Yapur. Comisionada. Comisionado. Para su conocimiento.
Dra. Josefina Román Vergara. Comisionada Presidenta.
Mtra. Zulema Martínez Sánchez. Comisionada
Lic. José Guadalupe Hernández. Comisionado

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

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



Metepec, México, sede auxiliar del INFOEM

Mayo 20 de 2016

VOTO DISIDENTE QUE FORMULA EL COMISIONADO JAVIER MARTÍNEZ CRUZ
RELATIVO AL RECURSO DE REVISIÓN 01182/INFOEM/IP/RR/2016 Y
01183/INFOEM/IP/RR/2016.

En la sesión del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis correspondiente a la décimo octava sesión ordinaria, el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México resolvió por mayoría de votos, el recurso de revisión 01182/INFOEM/IP/RR/2016 y 01183/INFOEM/IP/RR/2016 presentado por la Comisionada Eva Abaid Yapur, a la cual, el suscrito, formula VOTO DISIDENTE.

Lo anterior con fundamento en los artículos 20 fracciones I y IV, y 30, fracción X del Reglamento del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México.

A continuación expongo las razones por las cuales me aparté del sentido de la resolución. Para una mejor comprensión de mis argumentos, desarrollaré en una primera sección mi posición con relación al núcleo central del tema que nos ocupó en la sesión en que fue votado el recurso de revisión acumulado, esto es, la solicitud de una licencia que fuera expedida, presuntamente, en el año dos mil trece por el sujeto obligado; así también respecto del visto bueno emitido en fecha treinta de mayo de dos mil trece.



Posteriormente, en una segunda sección, me pronunciaré sobre los elementos por los cuales, desde mi punto de vista, no se sostiene jurídicamente la resolución votada y que a saber son dos: a) una interpretación inexacta sobre la previsto por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios respecto a la información pública y, b) la desacertada aplicación de la normatividad empleada.

En primer lugar, se destaca que el recurso de revisión que nos atañe, deriva de la solicitud de información que fuera presentada por el recurrente ante el sujeto obligado, a través de la cual le solicitó le expidiera copias certificadas de la Licencia de Funcionamiento con número de folio 7225, que fuera emitida en fecha diez de junio de dos mil trece por el Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza, solicitud a la cual se le dio respuesta en fecha treinta de marzo de dos mil dieciséis, en la cual se manifestó, esencialmente, que la información había sido clasificada como reservada mediante acuerdo del Comité de Transparencia y Acceso a la Información, dado que lo solicitado se encuentra relacionado con un Juicio Contencioso en trámite.

Mientras que a través de diversa solicitud se requirió el visto bueno con número de folio 6728 emitido en fecha treinta de mayo de dos mil trece por el Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza, a favor de Operadora de Colegios La Salle, S.X. ; solicitud a la cual le recayó respuesta emitida el día treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis informándole al solicitante que se encontraba impedida para proporcionar la información solicitada, en virtud de que la misma se encuentra relacionada con un Juicio Contencioso que a su decir aún se encuentra pendiente de resolución.

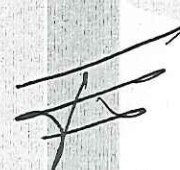


Refiriéndole además que respecto de ambas solicitudes existen elementos objetivos suficientes para acreditar la existencia de un *daño presente* porque aún no se ha emitido ninguna sentencia definitiva.

Al encontrarse, inconforme el particular respecto de las respuestas que le fueron brindadas, es que presentó recursos de revisión en los que señaló como motivos de inconformidad la falta de fundamentación y motivación, además de la transgresión de lo previsto por el artículo 6 apartado A, fracciones I, III y VIII de la Constitución Federal, afirmando que los documentos públicos que fueron solicitados tengan la calidad de información clasificada.

Ahora si bien es cierto dentro de los recursos que nos ocupan, se expusieron una serie de motivos y fundamentos para arribar a la firme convicción de que lo procedente era la confirmación de las respuestas dadas al recurrente, es que las mismas no se encuentran del todo apegadas a derecho, ya que derivan de la realización de una interpretación inexacta de las normas.

Es así, derivado de que si bien el acceso a la información pública puede verse restringido de manera excepcional, siendo clasificada como reservada o confidencial, es que dicha situación debe ser suficientemente justificada a efecto de evitar transgredir el derecho del recurrente; además de encuadrar de manera precisa en lo previsto por el precepto legal 140 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios vigente, al tratarse del dispositivo legal que prevé los supuestos normativos en que la información pública será restringida o reservada.

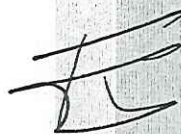


Por lo que, si bien el sujeto obligado consideró que la información solicitada por el recurrente encuadraba en el artículo 20 fracciones VI y VII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios hoy abrogada, por considerar que se puede causar un daño o alterar los procedimientos administrativos en tanto que no hayan quedado firmes, mientras que como motivos expuso el hecho de que tanto la licencia como el visto bueno, se encuentran relacionados con diverso Juicio Contencioso que aún se encuentra en trámite.

Siendo la postura anterior, la confirmada dentro del recurso de revisión y con la cual no se está de acuerdo, ya que si bien las consideraciones sostenidas por el sujeto obligado podrían tenerse como correctas y apegadas a derecho; es que a criterio del suscrito derivan de una interpretación inexacta de la propia Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios vigente, al haberse dejado de observar lo previsto por el artículo 92, fracción XXXII del referido ordenamiento, mismo que a la letra refiere lo siguiente:

"Artículo 92. Los sujetos obligados deberán poner a disposición del público de manera permanente y actualizada de forma sencilla, precisa y entendible, en los respectivos medios electrónicos, de acuerdo con sus facultades, atribuciones, funciones u objeto social, según corresponda, la información, por lo menos, de los temas, documentos y políticas que a continuación se señalan: (...)

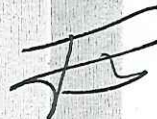
XXXII. Las concesiones, contratos, convenios, permisos, licencias o autorizaciones otorgados, especificando los titulares de aquéllos, debiendo publicarse su objeto, nombre o razón social del titular, vigencia, tipo, términos, condiciones, monto y modificaciones, así como si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos..."



De la interpretación realizada a dicho precepto se advierte que los sujetos obligados deben poner a disposición del público en los respectivos medios electrónicos diversos documentos, de entre los cuales se destacan, las licencias o autorizaciones, equiparándose éstas últimas al visto bueno, que hayan sido otorgadas; luego entonces se presume que si al sujeto obligado le está siendo requerida la expedición de copia certificada de la licencia de funcionamiento número de folio 7225, y el visto bueno con número de folio 6728, siendo evidente que si se atiende de manera puntual al precepto citado, es que dichos documentos como consecuencia de su naturaleza tienen el carácter de público, y por ende no podrían ser considerados como información reservada.

En este contexto, si bien se destacó que el sujeto obligado para catalogar que la licencia y el visto bueno que le fueron solicitados tiene la calidad de información reservada o confidencial, se amparó en el hecho de que ambos documentos están relacionados con la tramitación que se lleva de un Juicio Contencioso; sin embargo, éste pierde de vista que la licencia que se relaciona con la solicitud de información fue, de acuerdo a lo precisado por la recurrente, en el año dos mil trece. Por lo que, es notorio que la misma ya tuvo el carácter de información pública desde su expedición, es decir desde el año dos mil trece, en el entendido de que la autoridad debió publicar las mismas en los medios que para tal efecto prevé la ley de la materia.

Se afirma lo expuesto, derivado de si bien es cierto ambas solicitudes de información fueron presentadas en fecha veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, cierto es también que la obligación de la autoridad de hacer dicha información pública, ya se encontraba contemplada dentro de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos



Personales del Estado de México abrogada, ello en el diverso 12, fracción XVII; razón por la cual se estima que no es factible que emita un pronunciamiento en el que se considere que la información solicitada tiene el carácter de reservado, ya que en un primer momento se le dio la calidad de información pública, sin que dentro de los respectivos acuerdos haya aludido a los fundamentos legales que la facultan para modificar el carácter de público a reservado tratándose de información.

Es decir, que el sujeto obligado al tener el deber de dar publicidad a las licencias que otorga, así como a los vistos buenos, entendiéndose por éstos a las autorizaciones que emite, en los medios electrónicos conducentes, es que se considera que ello debe suceder al momento de la emisión de la misma, por lo que no es factible que de manera posterior, pretenda darle el carácter de información reservada o confidencial a aquello que ya se trata de una cuestión pública; por lo que no es suficiente considerar adecuado el contenido de los acuerdos emitidos por el Comité de Información correspondiente al sujeto obligado, ya que sólo refirieron que los documentos respecto de los cuales versó las solicitudes, se trata de información factible de ser considerada como información reservada o confidencial al estar relacionada con la tramitación de un procedimiento jurisdiccional.

Sin embargo, para el caso de que se pueda considerar como una situación factible dar el carácter de información reservada a lo que una vez fue público, es que en relación a dicha situación en ningún momento el Comité de Información del sujeto obligado, expresa las razones, motivos y fundamentos al amparo de los cuales determina procedente su actuación, lo que denotaría que no se trata de una consideración apegada a derecho.



Ya que si bien refirió que la publicación de lo solicitado puede causar daño o alterar los procesos judiciales y administrativos en que el asunto esté involucrado, ya que a la fecha no han causado estado los procesos legales involucrados, y produciría consecuentemente un daño mayor que el interés público de conocer la información de referencia, afirmando la existencia de elementos suficientes para determinar con claridad que la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados. Considerando que se trata de un daño presente porque aún no se ha emitido sentencia definitiva y que de acuerdo a la ley se deben agotar una a una todas las fases del procedimiento administrativo que sigue, mientras que habría un daño probable porque los terceros podrían emitir algún tipo de presión para orientar el fallo contraviniendo los principios del derecho, y habría un daño específico porque podría cambiar el sentido de la sentencia.

Dichos motivos no pueden considerarse como suficientes para que a la información que fuera solicitada por el recurrente se le dé el carácter confidencial o reservada, ya que las cuestiones que asentó se tratan de apreciaciones subjetivas, basándose en apreciaciones personales y la posible comisión de hechos futuros; máxime que los 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 el artículo 140 de la Ley de Transparencia del Estado de México y Municipios vigente; 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; y 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.

Sin embargo, es indispensable que se acredite por los sujetos obligados que de publicarse la información en efecto se causaría un daño a los interés jurídicos protegidos por los ordenamientos jurídicos, mismo que no puede basarse en hechos probables sino por el contrario su sustento deben ser cuestiones objetivas y específico, por lo que debió expresarse por el sujeto obligado cuál sería el daño que se generaría y a quien se perjudicaría, además de puntualizar el período de tiempo por el cual la información tendría la calidad de reservada.

Siendo que para tal efecto, debió de haber aplicado la denominada *prueba de daño*, que de acuerdo a la fracción XXXIII del artículo 3 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del estado de México y Municipios, se trata de la *responsabilidad de los sujetos obligados de demostrar de manera fundada y motivada que la divulgación de información lesiona el interés jurídicamente protegido por la Ley, y que el menoscabo o daño que puede producirse con la publicidad de la información es mayor que el interés de conocerla y por consiguiente debe clasificarse como reservada*; cuestiones que en los recursos que nos ocupan no se actualizaron.

Además de que tanto en el artículo 104 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en el diverso 129 de la Ley de Transparencia vigente en el Estado de México, se contiene lo referente a la aplicación de la prueba de daño, siendo el último de los referidos del tenor siguiente:



Artículo 129. En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, justificando que:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;*
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y*
- III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.*

Ahora, de acuerdo al contenido del precepto citado se desprende la forma en que los sujetos obligados han de llevar a cabo la prueba de daño, a efecto de fundar y motivar de manera suficiente y adecuada el acuerdo mediante el cual determinen que la información que les es solicitada tiene el carácter de reservada o confidencial por poder deparar un daño a terceros.

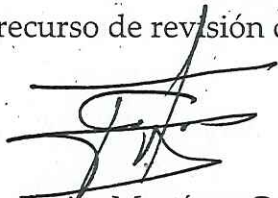
Siendo dichos aspectos, cuestiones que no fueron observadas por el sujeto obligado al momento de llevar a cabo la clasificación de la información que se le solicitó, ya que como se precisó con antelación, se basó en cuestiones subjetivas y en hechos futuros e inciertos, para considerar que posiblemente se generaría un daño a terceros en caso de que se proporcionara al recurrente la información que solicitó; ya que el sujeto obligado debió fundar y motivar los acuerdos de clasificación de la información como reservada, según del caso particular de que se trate, es



decir, debe emitir su acuerdo de clasificación de la información señalando con claridad el daño presente probable y específico que al poner a la vista de la ciudadanía la información solicitada, causaría, lo cual no aconteció en los recursos que nos ocupan.

Luego entonces, se advierte que el procedimiento llevado a cabo por el sujeto obligado es claramente inadecuado ya que le resta total efectividad al procedimiento de la prueba de daño que pretende ser una garantía reforzada para impedir la reserva discrecional de la información que afecta el derecho humano de acceso a la misma y al vaciarlo de efectividad y provocar que el mismo termine siendo inútil, lo cual se trata de una acción que se aparta de las obligaciones convencionales que nuestro país ha convenido y que nos resultan plenamente vinculantes a nosotros, ya que como bien ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que los derechos se respeten no basta con que exista un recurso jurídico cualquiera, en este caso la prueba de daño

De lo expuesto, se desprende que no comparto las razones de fondo, argumentativas y de fundamentación presentadas en la resolución por todo lo que he expuesto y que me motivan a suscribir el presente voto que tiene como intención final mostrar mi posición en el tema de la reserva de información clasificándola como confidencial y en forma muy particular la forma en cómo se presentó jurídicamente el recurso de revisión que me ha ocupado en estas líneas.



Javier Martínez Cruz
Comisionado