

2017. Año del Centenario de las Constituciones Mexicana y Mexiquense de 1917"

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/379/2017

Metepec, Estado de México a veintiocho de agosto de 2017.

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
PRESENTE

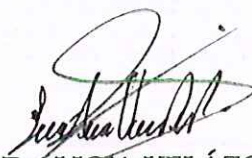
De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el **voto particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la trigésima sesión ordinaria de este Pleno:

- 1369/INFOEM/IP/RR/2017- Comisión del Agua del Estado de México.

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 envió 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. Maestro Javier Martínez Cruz, Comisionado, para su conocimiento.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Teléfono: (722) 2 26 19 80 * Centro de atención telefónica: 01 800 821 04 41

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

www.infoem.org.mx



VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01369/INFOEM/IP/RR/2017.

Resumen del voto: Este Órgano Garante es el encargado de privilegiar el derecho de acceso a la información de los particulares, adoptando todas las medidas necesarias a efecto de que los Sujetos Obligados entreguen la información requerida, y para el caso de ser en versión pública, serán ellos quienes determinen la clasificación de acuerdo a las excepciones que la ley en materia establece.

Índice

I.	<u>Consideraciones Generales.....</u>	2
II.	<u>De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.....</u>	3
III.	<u>De la Reserva.....</u>	7
A.	<u>Requisitos previos.....</u>	7
B.	<u>Supuestos de clasificación.....</u>	9
C.	<u>La intervención del Comité de Transparencia.....</u>	16
i.	<u>Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.....</u>	16
ii.	<u>Requisitos de fondo del acuerdo de clasificación.....</u>	17
iii.	<u>Condiciones especiales de la clasificación de la información como reservada.....</u>	21
a)	<u>La fundamentación específica.....</u>	21
b)	<u>La prueba de daño.....</u>	22
c)	<u>La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.....</u>	25

IV. Conclusión 27

I. Consideraciones Generales

1. He concurrido con mi voto particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su Trigésima Sesión Ordinaria celebrada el día veintitrés (23) de agosto de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión interpuesto por [REDACTED] en contra de la respuesta del Comisión del Agua del Estado de México, procedimiento que le fue asignado el número de expediente 01369/INFOEM/IP/RR/2017.
2. La resolución puntualmente determina MODIFICAR la respuesta del Sujeto Obligado y ordenar haga entrega al recurrente el acuerdo de clasificación mediante el cual el Comité de Transparencia determine la reserva de la información consistente en los expedientes únicos completos de los contratos CAEM-DGIG-PROSAN-052-16-CP, CAEM-DGIG-PROTAR-114-15-CP y CAEM-DGIG-PROTAR-003-15-CP solicitados por el Recurrente que deberá ser emitido en términos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que funde y motive las causales de reserva que estimó que se actualizan.

3. Estando de acuerdo con la resolución formulada por el comisionado ponente, mi voto particular se deriva del hecho de que solo se haya limitado en ordenar la entrega del acuerdo del Comité de Transparencia del **SUJETO OBLIGADO** en el que se determine que la información sea clasificada como reservada.
4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo el presente voto particular.

II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.

5. En ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido que le asiste al particular formuló una solicitud de acceso a información dirigida a la Comisión del Agua del Estado de México, en dicha solicitud planteó lo siguiente "Solicito los expedientes únicos completos de los contratos: 1.- CAEM-DGIG-PROSAN-052-16-CP, CONSTRUCCIÓN DE PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y EMISORES DE LA LOCALIDAD DE SAN MATEO HUITZILZINGO, MUNICIPIO DE CHALCO, (PRIMERA ETAPA DE DOS); 2.- CAEM-DGIG-PROTAR-003-15-CP, CONSTRUCCIÓN DE PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES Y EMISORES EN SAN JUAN TEZOMPA Y SANTA CATARINA AYOTZINGO, MUNICIPIO DE CHALCO; 3.- CAEM-DGIG-PROTAR-114-15-CP, CONSTRUCCIÓN DE PLANTA DE TRATAMIENTO Y EMISORES DE AGUAS RESIDUALES DE SAN PABLO ATLAZALPAN, MUNICIPIO DE CHALCO, y 4.- CAEM-DGIG-PROTAR-116-

15-CP, CONSTRUCCIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES PARA LA CABECERA MUNICIPAL DE TEMAMATLA. Se adjunta la descripción de los expedientes únicos de acuerdo a la publicación del Periódico Oficial." (sic).

6. Por su parte, el Titular de la Unidad de Transparencia del Sujeto Obligado respondió "...le informo que su petición formulada en la Unidad de Transparencia de la Comisión del Agua del Estado de México vía electrónica se ha registrado con el número de folio 00068/CAEM/IP/2017. Asimismo, atendiendo lo indicado en los artículos 53, Fracción II, V, VI y el Art 163 de la citada Ley, hago de su conocimiento lo siguiente: El Artículo 150 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, señala que el procedimiento de acceso a la información es la garantía primaria del derecho en cuestión y se rige por los siguientes principios: • Simplicidad, • Rapidez, • Gratuidad del procedimiento; • Auxilio y orientación a los particulares. Así como atención adecuada a las personas con discapacidad y a los hablantes de lengua indígena con el objeto de otorgar la protección más amplia del derecho de las personas. Por otra parte, como Sujetos obligados, el Artículo 92 nos obliga a tener disponible para el público de manera permanente y actualizada de forma sencilla, precisa y entendible, en los respectivos medios electrónicos la información que esta Comisión del Agua del Estado de México genera en el ejercicio de sus atribuciones. Sin embargo, el Artículo 12 de la citada Ley de Transparencia indica que: (...) Los sujetos obligados sólo proporcionarán la información pública que se les requiera y que obre en sus archivos y en el estado en que ésta se encuentre. La obligación de proporcionar información no comprende el procesamiento de la misma, ni el presentarla conforme al interés del solicitante; no estarán obligados a generarla, resumirla, efectuar cálculos o practicar investigaciones. En ese entendido, le informo que los

expedientes únicos de obra: CAEM-DGIG-PROTAR-052-16-CP, CAEM-DGIG-PROTAR-031-15-CP y CAEM-DGIG-PROTAR-114-15-CP están sujetos a fiscalización a través de las auditorías MEX/PROSAN-CAEM/17, SAO-DAOPEYOA-CAEM-013-15 Y 062-0055-2016, respectivamente, por lo que se encuentran reservados y no se puede dar acceso a ellos, con base en el artículo 140, fracciones V, VI, y VII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios. Por lo que respecta a la obra del contrato CAEM-DGIG-PROTAR-116-15-CP, se hace de su conocimiento que se encuentra reprogramada para su conclusión en el mes de septiembre del presente año, por lo que no se cuenta con el expediente único de obra concluida. Sin otro particular, con el presente escrito se tiene por atendida la solicitud de información SAIMEX, con número de folio 00068/CAEM/IP/2017. Sin más por el momento, reciba un cordial saludo.” (sic)

7. Bajo esas consideraciones la Ponencia resolutora consideró que la información solicitada podría causar, afectar o vulnerar la conducción de los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos, por lo que ordenó que se emitiera el acuerdo en el que se determine la reserva de la información.
8. Sin embargo, no concuerdo del todo con la postura adoptada por parte de la Ponencia que resolvió el recurso de revisión, considerando que el sentido de la resolución determina que nosotros como Órgano Garante somos quienes estamos limitando el derecho de acceso a la información del particular con la pretendida reserva de la información; sin embargo, he manifestado en varias

ocasiones que esa es labor de los Sujetos Obligados la de expresar las razones o motivos por las cuales se pretende restringir el acceso a la información.

9. Sin duda nos encontramos ante una limitación al derecho de acceso a la información del particular, en ese sentido, tanto este Órgano Garante y el Sujeto Obligado tienen la obligación de prever todo lo necesario a efecto de otorgar certeza jurídica al recurrente de aquellos actos de autoridad que realizan, no obstante, considero que la información vertida por el Sujeto Obligado en respuesta no fue la más adecuada por varias razones, la primera de ellas consistente en el señalamiento de los artículos tales como 53, Fracción II, V, VI y el Art 163, 92 y 12 de la Ley en la materia de los cuales se hace referencia cual es la razón o el motivo por el cual fueron plasmado en la respuesta, si bien estos corresponde al tema d Transparencia y Acceso a la Información Pública, se desconoce la aplicabilidad que el Sujeto Obligado pretende darle a la respuesta de la solicitud; posteriormente se hace referencia que los expedientes únicos de obra: CAEM-DGIG-PROTAR-052-16-CP, CAEM-DGIG-PROTAR-031-15-CP y CAEM-DGIG-PROTAR-114-15-CP están sujetos a fiscalización a través de las auditorías MEX/PROSAN-CAEM/17, SAO-DAOPEYOA-CAEM-013-15 Y 062-0055-2016, por lo que se encuentran reservados y no se puede dar acceso a ellos, con base en el artículo 140, fracciones V, VI, y VII; de dicha respuesta vertida no se aprecia la certeza jurídica para poder determinar la entrega de la información

solicitada mediante un Acuerdo del Comité de Transparencia del Sujeto Obligado en el cual se apruebe la clasificación de reserva.

10. Por tales motivos expuestos, considero que la resolución no es idónea, toda vez que previo a ordenar al Sujeto Obligado la entrega de un acuerdo de clasificación de reserva de la información, lo conducente es analizar que la información requerida mediante la solicitud de información, no se encuentre bajo los supuesto de excepción que establece la normatividad, y para el caso de que el Comité de Transparencia considere que la información requerida se actualiza en alguna de las causales de clasificación de la información establecidas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, se deberá de entregar en versión pública y acompañada del respectivo Acuerdo del Comité de Transparencia con las formalidades que a continuación se exponen.

III. De la Reserva

A. Requisitos previos

11. Los artículos 122 y 100 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan que los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los supuestos de clasificación y que son los titulares de las áreas los

encargados de clasificar la información. En consecuencia, son los titulares de las áreas que administran la información los que aprueban su clasificación y no el Comité de Transparencia. Al hacerlo tienen que precisar de qué información se trata (nombre, registro federal de contribuyentes, edad, fotografía, entre otros) que forme parte de algún documento o el documento que se pretende reservar (contrato, licencia, póliza, entre otros), señalando el supuesto de clasificación (confidencialidad o reserva).

12. Además, se debe señalar el procedimiento, de los tres que establecen los artículos 132 y 106 de la Ley Estatal y General, respectivamente, por el que se realiza dicha clasificación, a saber, cuando se atiende una solicitud de acceso a la información, porque lo determina una autoridad competente o porque se va a generar una versión pública para cumplir con sus obligaciones.

13. El último de estos requisitos previos consiste en que no se pueden emitir acuerdos de carácter general ni particular, según lo disponen los artículos 134 y 108 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, esto es, no se puede hacer un acuerdo para clasificar de manera general todos los documentos de un expediente o área, sin individualizar su análisis y tampoco se puede hacer un acuerdo por cada dato que se vaya a clasificar dentro de un documento con diez datos, por ejemplo, susceptibles de ser clasificados.

B. Supuestos de clasificación

14. Las disposiciones constitucionales y legales en la materia establecen los dos supuestos generales para clasificar la información: por reserva y por confidencialidad.

15. Los artículos 140 y 113 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan los supuestos para que una información pueda considerarse como reservada, que son los siguientes:

LEY ESTATAL	LEY GENERAL
I. Comprometa la seguridad pública y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;	I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;
II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;	II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;
III. Se entregue a la Entidad expresamente con ese carácter o el de confidencialidad por otro u	III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro

otros sujetos de derecho u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;	otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;
---	--

	IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;
--	--

IV. Ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona física;	V. Ponga en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
V. Aquella cuya divulgación obstruya o pueda causar un serio perjuicio a:	VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;
1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o	
2. La recaudación de las contribuciones.	
VI. Ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona física; o	VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;
obstruya la prevención o persecución de los delitos, altere el proceso de investigación de las carpetas de investigación, afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso	

en los procedimientos judiciales
o administrativos, incluidos los
de quejas, denuncias,
inconformidades,
responsabilidades
administrativas y resarcitorias
en tanto no hayan quedado
firmes o afecte la
administración de justicia o la
seguridad de un denunciante,
querellante o testigo, así como
sus familias, en los términos de
las disposiciones jurídicas
aplicables;

VII. La que contengan las
opiniones, recomendaciones o
puntos de vista que formen
parte del proceso deliberativo
de los servidores públicos, hasta
en tanto sea adoptada la
decisión definitiva, la cual
deberá estar documentada;

VIII. La que contenga las
opiniones, recomendaciones o
puntos de vista que formen parte del
proceso deliberativo de los
servidores públicos, hasta en tanto
no sea adoptada la decisión
definitiva, la cual deberá estar
documentada;

	IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;
	X. Afecte los derechos del debido proceso;
VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;	XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;
IX. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la Ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público;	XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y
X. El daño que pueda producirse con la publicación de la información sea mayor que el interés público de conocer la	

información de referencia,
siempre que esté directamente
relacionado con procesos o
procedimientos administrativos
o judiciales que no hayan
quedado firmes;

Cuando se trate de información
sobre estudios y proyectos cuya
divulgación pueda causar daños
al interés del Estado o suponga
un riesgo para su realización,
siempre que esté directamente
relacionado con procesos o
procedimientos administrativos
o judiciales que no hayan
quedado firmes; y

XI. Las que por disposición
expresa de una ley tengan tal
carácter, siempre que sean
acordes con las bases, principios
y disposiciones establecidos en
esta Ley y no la contravengan;

XIII. Las que por disposición
expresa de una ley tengan tal
carácter, siempre que sean acordes
con las bases, principios y
disposiciones establecidos en esta
Ley y no la contravengan; así como

así como las previstas en las previstas en tratados
tratados internacionales. internacionales.

16. Mientras que los artículos 130 y 105 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan que la aplicación de estos supuestos debe de realizarse de manera restrictiva y limitada, por lo que debe acreditarse que se cumple con esta condición y no se pueden ampliar las excepciones o supuestos de clasificación aduciendo analogía o mayoría de razón.

17. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje¹ para acreditar que el supuesto de hecho corresponde estrictamente con la hipótesis jurídica.

¹ "De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar de encaje, y que dan lugar a enunciados del tipo 'x es un Y'. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir paso a paso.

"También en el campo general de lo normativo realizamos, todo el rato, juicios de encaje, sea respecto de acciones, de estados de cosas o de sujetos. Si en el sistema normativo de referencia asumimos que el homicidio es una acción consistente en matar a otro de modo intencional o imprudente, calificaremos como homicidio la acción por la que A mató a B intencional o imprudentemente...

"En la teoría jurídica más tradicional, a esos que he llamado juicios de encaje se les llama subsunciones o juicios de subsunción. Subsunciones o juicios de encaje de ese tipo, positivos o negativos, los hacemos sin parar en todo el ámbito de lo normativo, no sólo en el del derecho" GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación" en Revista Iberoamericana de Argumentación, No. 13, 2016. Pp 1-19.

Esto también lo debe de realizar el servidor público habilitado y el titular del área que administra la información.

18. Una vez hecho lo anterior, se remite la información al Titular de la Unidad de Transparencia, con el acuerdo de clasificación correspondiente, para que sea sometido al conocimiento del Comité de Transparencia.

C. La intervención del Comité de Transparencia.

i. Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.

19. El Comité de Transparencia, según lo dispuesto en los artículos 128 y 103 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, y la fracción III del numeral Segundo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, en adelante los Lineamientos Generales, cuenta con las facultades para confirmar, modificar o revocar la clasificación de la información que ha hecho el titular del área que administra la información. Por lo tanto, el Comité no aprueba la clasificación, sino que revisa lo que ha hecho el titular del área y confirma, modifica o revoca la decisión a través de un acuerdo.

20. Evidentemente, esta decisión implica una restricción a un derecho humano, por lo tanto, puede generar un agravio al particular y, en consecuencia, es necesario que el acto reúna con los requisitos elementales, entre ellos, que la autoridad que

va a emitir el acto de autoridad sea la legalmente facultada para ello, es decir, que cumpla con el principio de reserva de ley, por lo que no está demás señalar que el artículo 45 de la Ley Estatal, claramente señala que el Comité de Transparencia, legalmente facultado para emitir el acuerdo de clasificación, se integra por el Titular de la Unidad de Transparencia, el responsable del área coordinadora de archivos y el titular del órgano interno de control, integrado siempre por un número impar y que no debe de existir dependencia jerárquica entre sus integrantes. Cualquier otra composición del Comité puede generar vicios de legalidad de origen en el acto que restringe un derecho humano.

21. La decisión de confirmar, modificar o revocar la clasificación deberá de asentarse en un documento que registre la determinación a la que se llegue después de un análisis minucioso a partir de lo aprobado por el Titular del área que administra la información, cuyo análisis debe integrarse en la agenda de los asuntos a tratar en las sesiones, se insiste, a partir de las decisiones adoptadas previamente por los titulares de áreas y que son sujetas a control, en primera instancia, por el Comité de Transparencia.

ii. Requisitos de fondo del acuerdo de clasificación

22. Como se ha señalado antes, al hacer el juicio de subsunción o encaje entre el supuesto de hecho y la hipótesis jurídica, se debe acreditar la estricta correspondencia entre un elemento y otro. Ahora, en esta parte del

procedimiento, que se desahoga en sede del Comité de Transparencia, la ley nos aporta mayores luces para cumplir con dicha acreditación. En los artículos 131 y 105 segundo párrafo de la Ley Estatal y de la Ley General respectivamente, y el lineamiento sexagésimo segundo de los Lineamientos Generales, al señalar que la carga de la prueba, para justificar las restricciones, corresponde a los sujetos obligados, por lo que deberán fundar y motivar debidamente la clasificación.

23. De lo anterior, se desprende que para una correcta clasificación total o parcial, esto es determinar los datos que se suprimen en las versiones públicas, es necesario fundar y motivar, de manera correcta, la clasificación; considerando que todo acto que la autoridad pronuncie en el ejercicio de sus atribuciones, debe expresar los fundamentos legales que le dieron origen y las razones por las que se deben aplicar al caso concreto.

24. Han sido vastos los estudios doctrinarios relativos a estos derechos fundamentales y al principio de legalidad en ellos contenidos; como ejemplo, el procesalista José Ovalle Fabela, en su obra "Garantías Constitucionales del Proceso", refiere que "...la garantía de fundamentación impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate y que sustenten su competencia, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una argumentación o juicio de derecho. Pero de igual manera, la

garantía de motivación exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que esos hechos son ciertos, normalmente a partir del análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una argumentación o juicio de hecho....”²

25. Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V.

28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo

Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

² Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Epoca. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, marzo de 1996. Pág 769. Consultado en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/203/203143.pdf> el viernes 16 de junio de 2017.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

26. Así, en un acto de autoridad se cumple con la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto y la debida motivación cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

27. En consecuencia, la fundamentación y motivación implica que, en el acto de autoridad, además de contenerse los supuestos jurídicos aplicables se expliquen claramente por qué a través de la utilización de la norma se emitió el acto. De

este modo, la persona que se sienta afectada pueda impugnar la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

28. En ese mismo sentido, el lineamiento trigésimo tercero fracción V de los Lineamientos Generales, precisa que para motivar la clasificación se deben acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

iii. Condiciones especiales de la clasificación de la información como reservada

a) La fundamentación específica

29. Más aún, los artículos 128 segundo párrafo y 103 segundo párrafo de las leyes estatal y general, respectivamente, señalan que, en el caso de la información reservada, se debe de señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevan al sujeto obligado a concluir que el caso fáctico se corresponde con la norma. Por esta razón, la motivación del acto, el juicio de subsunción, para acreditar la estricta correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, deberá señalar las razones, motivos o circunstancias que lo justifiquen, lo que no es lo mismo que repetir el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, sino que se debe generar un juicio demostrativo, no uno

autorreferencial en el que primero se dice algo, después se dice lo mismo y al final exactamente lo mismo, cambiando sólo el orden de las palabras.

b) La prueba de daño

30. Las mismas disposiciones referidas en el párrafo anterior precisan que, además de señalar las razones, motivos o circunstancias, se deberá aplicar la prueba de daño. Adicionalmente los artículos 129 y 134 último párrafo de la Ley Estatal y 104 y 108 último párrafo de la Ley General, respectivamente, determinan que se debe realizar un análisis caso por caso, aplicando la prueba de daño. Esto implica que la motivación, que acredite la correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa señalando las razones, motivos o circunstancias es una parte del acuerdo y otra parte, distinta, es la que corresponde a la prueba de daño, la que debe aplicarse caso por caso, esto es, no se puede hacer una prueba de daño de un expediente completo, sino de cada uno de los documentos que lo integran.

31. Para aplicar la prueba de daño, se deberán de precisar la razones objetivas por las que la apertura genera una afectación, acreditando 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 para evitar el perjuicio.

32. Sobre el primer supuesto consideremos que según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender “la contingencia o proximidad de un daño”,³ mientras que el daño es considerado como un “perjuicio o lesión”,⁴ mientras que según el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo “(q)ue tiene existencia objetiva”,⁵ mientras que lo demostrable es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar,⁶ es decir, “(m)anifestar, declarar. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar, mostrar o exponer algo”.⁷ Mientras que lo identificable es lo que puede ser identificado,⁸ esto es, “(d)ar los datos necesarios para ser reconocido”.⁹

³ <http://del.rae.es/#/entr-v-id/E216930>

⁴ <http://del.rae.es/#/entr-v-id/E87450>

⁵ <http://dle.rae.es/?id=VGqyuLi1VGtxzAo1VGuc9Wg>

⁶ <http://dle.rae.es/?id=CAiNzMR>

⁷ <http://dle.rae.es/?id=CAcWkEB>

⁸ <http://dle.rae.es/?id=KtnHLLd>

⁹ <http://dle.rae.es/?id=KtpfjgIV>

33. Por lo que entonces, el primer supuesto de la prueba de daño consiste en acreditar que la entrega de la información provoca tres aspectos concurrentes: 1) la contingencia o proximidad de un daño, un perjuicio o lesión que tiene existencia objetiva, que se puede manifestar, declarar o probar mediante cualquier género de demostración a partir de proporcionar datos necesarios para reconocer el daño, perjuicio o lesión que provocaría a un interés público o a la seguridad pública.

34. Identificado ese riesgo, se debe demostrar que el mismo supera el interés público general porque se difunda dicha información.

35. Y, por último, que la limitación es acorde con el principio de proporcionalidad, para ello, se sugiere emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana¹⁰, siguiendo el principio de ponderación propuesto

¹⁰ "En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de

por el Tribunal Constitucional Alemán,¹¹ el juicio de idoneidad, que la medida adoptada sea la idónea para el ejercicio del derecho; de necesidad, que sea necesaria para que el derecho que prevalece se ejerza y el de estricta proporcionalidad esto es, que el derecho que prevalezca sea en la dimensión estrictamente proporcional al derecho que retrocede.

c) La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.

36. La información que ha sido clasificada como reservada, tiene la cualidad de que esta debe ser de carácter temporal, es decir, no debe perpetuarse o petrificarse su clasificación y que esto traiga como consecuencia el no acceso a la misma y por tanto pierda en definitiva su calidad de pública.

37. La temporalidad de la clasificación de la información se encuentra señalada en el artículo 125 de la Ley Estatal y en el 101 de la Ley General, artículos que contemplan que dicha información podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes

la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013." Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Párr. 256.

¹¹ Tribunal Constitucional Alemán. Resolución sobre los soldados son asesinos, de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266). En ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo. Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y boletín oficial del Estado, Madrid, 2008. Pp. 1045-1096.

del cumplimiento del periodo de restricción, dejaran de existir los motivos de su reserva.

38. Ahora bien, los titulares de las áreas tienen la alta responsabilidad de determinar que el plazo de reserva sea el estrictamente necesario para proteger la información mientras subsistan las causas que dieron origen a la clasificación, salvaguardando el interés público protegido y tomarán en cuenta las razones que justifican el periodo de reserva establecido.

39. De manera excepcional los sujetos obligados con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales y por una sola vez, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.

40. Cuando expiren los plazos de clasificación o se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.

IV. Conclusión

41. El Sujeto Obligado a través de las documentales ofrecidas tanto en respuesta como en informe justificado debe exponer medios de convicción necesarios y oportunos a efecto de que nosotros como Órgano Garante nos encontremos en posibilidad de solo ordenar el acuerdo de clasificación de información reservada emitido por el Comité de Transparencia, de lo contrario no resulta procedente y se estaría ordenando al Sujeto Obligado entregar la información que requiere el particular en versión pública de ser el caso, y que sea el propio Sujeto Obligado quien determine si la información solicitada es susceptible de clasificarse como reservada.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNANDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/msa.