

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/270/2017

Metepec, Estado de México a 10 de julio de 2017

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
PRESENTE

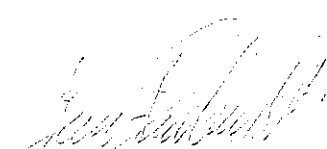
De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el voto particular del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández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

- 01317/INFOEM/IP/RR/2017- Fiscalía General de Justicia 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.

ATENTAMENTE


LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ

COORDINADORA DE PROYECTOS

✓ c.c.p. Maestra Eva Abaid Yapur, Comisionada, para su conocimiento.



VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ DEL RECURSO DE REVISIÓN 01317/INFOEM/IP/RR/2017.

Resumen del voto. Se requieren de elementos suficientes para poder restringir el derecho de acceso de la información de los particulares, debido a una clasificación de la información como reservada, a efecto de que exista certeza de que se está actuando conforme a derecho para tal acto.

Índice

I.	Consideraciones Generales.....	2
II.	De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.	3
	CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN COMO RESERVADA	8
I.	Efectos de la clasificación de información y la importancia de emitir acuerdos, para tales efectos, apegados a derecho.....	8
II.	Requisitos previos.....	10
III.	Supuestos de clasificación.....	11
IV.	Excepciones a los supuestos de clasificación de la información como reservada. 17	
V.	La intervención del Comité de Transparencia.....	18
A.	Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.	18
B.	Requisitos de fondo del acuerdo de clasificación	20
C.	Condiciones especiales de la clasificación de la información como reservada.....	24
a.	La fundamentación específica.....	24

b. La prueba de daño.....	25
D. La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.	28
VI. Conclusión	30

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 Vigésimo Quinta Sesión Ordinaria de fecha cinco (05) de julio de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01317/INFOEM/IP/RR/2017.
2. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 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.
3. Mi voto particular se deriva del acto llevado a cabo por de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, relativo al acuerdo clasificación de la información como reservada, si bien es cierto, los expedientes judiciales según la ley en

materia son catalogados como reservados por diversas razones, sin embargo es labor de los **SUJETOS OBLIGADOS** fundar y motivar adecuadamente tal restricción al derecho de acceso a la información, de modo que al particular no le quede duda de que existe un derecho mayor para proteger la información que el Derecho de acceder a ella.

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

4. [REDACTED], mediante las solicitud de acceso a la información 00183/FGJ/IP/2017, requirió lo siguiente:

"Solicito toda la información pública sobre la denuncia presentada por la UAEM en contra de [REDACTED] por daños a la institución. Sirve de apoyo a lo anterior, la lectura y consulta pública del siguiente enlace de la web:

[REDACTED]

5. En ese sentido, [REDACTED], manifestó en su recurso de revisión como razones o motivos de inconformidad lo siguiente:

"NO HAY DICTAMEN DE RESERVA Y ADEMÁS HAY DOCUMENTOS NO LO ESTAN COMO LOS BOLETINES INFORMATIVOS" (Sic)

6. Sin embargo, el SUJETO OBLIGADO en su respuesta envió el archivo *Acuerdo* 06_17 [REDACTED] 2017_04_25_00_12_24_048.pdf y manifestó lo siguiente:

"Toluca de Lerdo, Estado de México; a 24 de mayo de 2017 Número de oficio: 00569/MAIP/FGJ/2017 [REDACTED] Hago referencia al contenido de su solicitud de información pública, presentada el 20 de abril del año 2017, ante el Módulo de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, misma que fue registrada en el Sistema de Acceso a la Información Mexiquense, bajo el folio 00183/FGJ/IP/2017, en la que pide lo siguiente: "Solicito toda la información pública sobre la denuncia presentada por la UAEM en contra de [REDACTED] [REDACTED] por daños a la institución. Sirve de apoyo a lo anterior, la lectura y consulta pública del siguiente enlace de la web: [REDACTED] (sic) Al respecto, esta Fiscalía General de Justicia del Estado de México, con fundamento en los artículos 1, 4 y 163 de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, hace de su conocimiento que de acuerdo a lo informado por el Servidor Público Habilitado de este órgano público autónomo, se localizó una Carpeta de Investigación con número TOL/TOL/TOL/107/077842/17/04, radicada en la Mesa Octava de la Fiscalía Regional de Toluca, misma que se encuentra en proceso de acreditar los elementos que conforman el cuerpo del delito y la probable participación y/o autoría del presunto responsable, ante el órgano jurisdiccional correspondiente

y determinar conforme a derecho proceda, respetando el principio de presunción del inocente, quien reviste la calidad de imputado. En razón de lo anterior, se actualiza lo dispuesto por el artículo 218 del Código de Nacional de Procedimientos Penales, vigente en la entidad, que a la letra establece lo siguiente: "Artículo 218. Reserva de los actos de investigación Los registros de la investigación, así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, los objetos, los registros de voz e imágenes o cosas que le estén relacionado, son estrictamente reservados, por lo que únicamente las partes, podrán tener acceso a los mismos, con las limitaciones establecidas en este Código y demás disposiciones aplicables. La víctima u ofendido y su Asesor Jurídico podrán tener acceso a los registros de la investigación en cualquier momento. El imputado y su defensor podrán tener acceso a ellos cuando se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista, a partir de este momento ya no podrán mantenerse en reserva los registros para el imputado o su Defensor a fin de no afectar su derecho de defensa. Para los efectos de este párrafo, se entenderá como acto de molestia lo dispuesto en el artículo 266 de este Código. En ningún caso la reserva de los registros podrá hacerse valer en perjuicio del imputado y su Defensor, una vez dictado el auto de vinculación a proceso, salvo lo previsto en este Código o en las leyes especiales. Para efectos de acceso a la información pública gubernamental, el Ministerio Público únicamente deberá proporcionar una versión pública de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal, archivo temporal o de aplicación de un criterio de oportunidad, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de prescripción de los delitos de que se trate, de conformidad con

lo dispuesto en el Código Penal Federal o estatal correspondiente, sin que pueda ser menor de tres años, ni mayor de doce años, contado a partir de que dicha determinación haya quedado firme". (sic) Del precepto antes transcrito, se advierte que únicamente pueden tener acceso a la Carpeta de Investigación el ofendido, la víctima, el indiciado y su defensor, ante la autoridad ministerial que conozca del asunto. "Los terceros ajenos tendrán acceso a una versión pública de las determinaciones de no ejercicio de la acción penal archivo temporal o de aplicación de un criterio de oportunidad, siempre que haya transcurrido un plazo igual al de prescripción de los delitos de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el Código Penal Federal o estatal correspondiente, sin que pueda ser menor de tres años, ni mayor de doce años, contado a partir de que dicha determinación haya quedado firme:". En consecuencia, esta Fiscalía, se encuentra imposibilitada para proporcionar información o datos de la Carpeta que nos ocupa, debido a que no ha concluido ni ha causado estado, además de estar clasificada como RESERVADA, por un periodo de 5 años y como CONFIDENCIAL, por contener datos personales, lo cual se sustenta en el Acuerdo 07/2017, emitido por el Comité de Información de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México. Sin otro particular, le reitero la seguridad de mi distinguida consideración. A T E N T A M E N T E
M. EN A. JORGE MEZHER RAGE OFICIAL MAYOR Y TITULAR DE LA
UNIDAD DE TRANSPARENCIA YLG/LGCG"

7. Ahondando en el estudio del asunto, el archivo anexo a la respuesta contiene el acuerdo del comité de Transparencia mediante el cual en términos generales

hacen referencia que la información solicitada actualiza los supuestos de clasificación de la información como reservada y confidencial, toda vez que el procedimiento aún está en trámite.

8. Derivado de lo transcrito con anterioridad, considero que la incorporación de dicho acuerdo del Comité de Transparencia deja incertidumbre por algunas cuestiones que aquí se detallan. En primer término no indican la fecha en que se inició el procedimiento en contra de la persona que aduce el particular, asimismo solo hacen referencia a que el procedimiento se encuentra en etapa de investigación inicial para su integración correspondiente, no especificando o argumentando documentales que funden y motiven tal acto, esto a que se tiene conocimiento que el proceso en contra de la persona en comento en la solicitud tiene bastante tiempo que se inició, de modo que para no dar lugar a dudas y especulaciones por parte del particular es obligación del **SUJETO OBLIGADO** tener en cuenta tales aspectos a fin de colmar en su totalidad con el derecho de acceso a la información, para lo cual se insiste la fundamentación y motivación de todos los actos de autoridad es un factor de gran importancia para poder restringir debidamente el derecho de acceso a la información, de lo contrario se procedería a su desclasificación.
9. Por otro lado el documento no cuenta con las formalidades que establece la ley en materia para tomar como válido el acuerdo del comité de transparencia

respecto del caso en particular que hoy nos ocupa, para ello es pertinente considerar el siguiente aspecto.

CLASIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN COMO RESERVADA

I. Efectos de la clasificación de información y la importancia de emitir acuerdos, para tales efectos, apegados a derecho

10. Mi voto particular se deriva de un hecho de especial importancia: la clasificación total o parcial de la información requerida, mediante solicitud de acceso a la información pública, constituye una restricción al derecho humano de acceso a la información. Como reiteradamente han dicho, diversos órganos jurisdiccionales, ningún derecho es absoluto¹ aunque cualquier límite o

¹ **RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.** Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos

restricción, para ser legítimo, debe reunir con tres requisitos: primero, debe de estar establecida en un ordenamiento legal, antes de su aplicación; debe de corresponder a un fin legítimo y ser estrictamente proporcional con el principio o valor que se pretende preservar.² En este caso, la clasificación total o parcial de la información es un supuesto que tanto la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en adelante, la Ley General, como la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en adelante, la Ley Estatal, establecen, y agotar el procedimiento legalmente establecido, es precisamente lo que permite acreditar el cumplimiento de los otros dos requisitos.

11. El grave problema que enfrentamos todos los días, al resolver los recursos de revisión que se presenten consiste en que a pesar de que han pasado más de dos años, desde la entrada en vigor de la Ley General y poco más de un año de la entrada en vigor de Ley Estatal, y de que dichos ordenamientos señalan los

amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Pág. 533.

² “67. Según se ha interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Párr. 67.

pasos, requisitos y formalidades que deben de cumplirse, en general, los acuerdos de clasificación de la información que emiten los sujetos obligados, siguen sin observar los requisitos, tanto por la complejidad del procedimiento como por la falta de atención de los operadores jurídicos.

12. Por esa razón, es que en esta ocasión concurre con el presente voto particular, con la finalidad de presentar un apretado resumen de las formalidades, elementos y procedimientos que debe considerar el sujeto obligado para emitir este tipo de acuerdos y que el Órgano Garante debe verificar que se cumplan.

II. Requisitos previos

13. 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).

14. 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.

15. 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.

III. Supuestos de clasificación

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

17. 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 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;	III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro 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;
	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. Pueda poner 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. Pueda causar daño u
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

VII. Obstruya la prevención o
persecución de los delitos;

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	XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos

seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;	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; así como las previstas en tratados internacionales.	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 las previstas en tratados internacionales.

IV. Excepciones a los supuestos de clasificación de la información como reservada

18. En todos aquellos casos en los que se pretende adoptar una clasificación de la información como reservada, hay que considerar lo señalado por los artículos 5, 140 y 142 de la Ley Estatal y 5, 113 fracción III y 115 de la Ley General, que establecen que no puede clasificarse como información reservada la que corresponda a violaciones graves a derechos humanos, determinada por la

instancia correspondiente o en proceso de investigación, los delitos de lesa humanidad y los actos de corrupción, entendiendo en este último aspecto que el Título Sexto del Código Penal del Estado de México establece los Delitos por Hechos de Corrupción, entre los cuales se encuentran los de incumplimiento, ejercicio indebido y abandono de funciones públicas; coalición; abuso de autoridad; uso ilícito de atribuciones y facultades; concusión; intimidación; ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencias; cohecho; peculado; enriquecimiento ilícito; delitos cometidos por servidores públicos de la procuración y administración de justicia. De ser el caso que la información que se pretende reservar corresponde a cualquiera de estos supuestos, no es posible clasificarla como reservada.

V. La intervención del Comité de Transparencia.

A. 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.

B. 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...."

25. Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido 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.³

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.

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

³ VI.2º. J/43, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo III, marzo de 1996, pág. 769.

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.

29. Ahora bien, para cada caso además de fundar y motivar, se debe identificar con claridad que datos contenidos en las documentales que son susceptibles de suprimirse, por ejemplo, si una documental de naturaleza pública como lo es la nómina general, si bien el dato de sus remuneraciones es eminentemente público, no así todos los datos contenidos en dicho documento que son datos personales⁴ del servidor público que no tienen ninguna injerencia en el tema de la transparencia y la rendición de cuentas, por ejemplo, Clave Única de Registro

⁴ Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

(...)

IX. Datos personales: La información concerniente a una persona, identificada o identificable según lo dispuesto por la Ley de Protección de Datos Personales del Estado de México;

de Población (CURP), Registro Federal de Contribuyentes (R.F.C.), clave de ISSEMYM, número de cuenta, deducciones (concepto y monto) de sindicato, mutualidad, ayuda por defunción, fondo de resistencia sindical, caja de ahorro, seguro de vida, ausentismo, Cadenas Originales del Sellos Digitales y los Códigos Bidimensionales, también denominados Códigos QR, estos son datos susceptibles de clasificarse como confidenciales mediante una versión pública que deje a la vista los datos que ofrezcan la información requerida.

30. Otro tipo de información confidencial constituyen los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos, así lo define la fracción XXI del artículo 3 de la Ley Estatal.

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

a. La fundamentación específica

31. 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

32. 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.

33. 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.

34. Sobre el primer supuesto consideremos que según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender "la contingencia o proximidad de un daño",⁵ mientras que el daño es considerado como un "perjuicio o lesión"⁶, mientras que según el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo "(q)ue tiene existencia objetiva",⁷ mientras que lo demostrables es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar,⁸ es decir, "(m)anifestar, declarar. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo)".⁹ Mientras que lo identificable es lo que puede ser identificado,¹⁰ esto es, "(d)ar los datos necesarios para ser reconocido".¹¹

⁵ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E216930>

⁶ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E87450>

⁷ <http://dle.rae.es/?id=VGqyuLjJVGtxgAoVGuc9Wg>

⁸ <http://dle.rae.es/?id=CAjNzMR>

⁹ <http://dle.rae.es/?id=CAqWkEB>

¹⁰ <http://dle.rae.es/?id=KtnHLLd>

¹¹ <http://dle.rae.es/?id=KtpfejV>

35. 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.

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

37. 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 Colombiana¹², siguiendo el principio de ponderación propuesto

¹² "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

por el Tribunal Constitucional Alemán,¹³ 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.

D. La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.

38. 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.

39. 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

un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de 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.

¹³ 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, dejen de existir los motivos de su reserva.

40. 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.

41. 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.

42. 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.

VI. Conclusión

43. Los elementos que brevemente se han señalado son todos los que deben de integrar el proceso de clasificación total o parcial de la información para, especialmente, responder a las solicitudes de acceso a la información pública. La falta de cualquiera de ellos puede provocar que el acto que limita o restringe el derecho de acceso a la información sea considerada infundado y se proceda a ordenar la desclasificación de la información por el incumplimiento de las formalidades, es decir, por vicios de legalidad o a la reposición del acto. Para tratar de ser, aún más gráficos y propiciar el mejor entendimiento de esta materia, se anexa al presente voto particular, la siguiente tabla.

I. Anexo

Requisitos previos	Los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los	• Confidencialidad • Reserva	
-----------------------	---	---	--

	supuestos de clasificación:		
	Los titulares de las áreas que administran la información son los que aprueban la clasificación		
	La clasificación de la información se realiza al momento de:	• Atender una solicitud • Por mandato de una autoridad competente • Para elaborar una versión pública y cumplir una obligación de transparencia	
	No se pueden emitir acuerdos	El sujeto obligado debe emitir un	

	de carácter general ni particular	acuerdo describiendo y analizando cada documento de un expediente y todos los datos incluidos en un documento	
Supuestos de clasificación	Para clasificar la información como reservada hay	• 11 supuestos en la Ley Estatal • 13 supuestos en la Ley General	El sujeto obligado debe identificar claramente la información que se pretende clasificar y realizar un juicio de subsunción o encaje
Excepciones a la clasificación de reserva	No puede clasificarse como información	Actos (probados o en investigación) graves de violaciones a derechos humanos	

	reservada la concerniente a:	Delitos de lesa humanidad	
		Actos de Corrupción	Los comprendidos en el Título Sexto del Código Penal del Estado
Formalidades		El Comité debe de estar debidamente integrado	
		El Comité no aprueba la clasificación, sólo: confirma, modifica o revoca la decisión de las áreas	
La carga de la prueba para justificar la restricción corresponde al sujeto obligado		Deber de fundar y motivar	

Condiciones especiales de la reserva	Motivar	Señalar las razones,	Que entregar la
	implica	motivos o	información
	Además se	circunstancias.	provoca un riesgo
	debe aplicar,	Se deben señalar las	real, demostrable e
	caso por caso,	razones objetivas y	identificable al
	una prueba de	acreditar:	interés público o a
	daño.		la seguridad
			pública
			El riesgo por
			divulgar es mayor
			que el interés
			público de que se
			difunda
			El principio de
			proporcionalidad

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/ADM.

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