

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/142/2017

Metepec, Estado de México a 05 de junio 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 sesión ordinaria de este Pleno:

- 00806/INFOEM/IP/RR/2017- Municipio de Tultepec.

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 envío un cordial saludo.

ATENTAMENTE:

P.A.
[Firma]
LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ
COORDINADORA DE PROYECTOS



c.c.p. Doctora Josefina Román Vergara. Comisionada Presidenta. Para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 00806/INFOEM/IP/RR/2017.

Sentido del voto: Debería de entregarse la información requerida por [REDACTED] en copia certificada y sin pago previo de los derechos correspondientes en razón de la omisión del Ayuntamiento de Tultepec, quien violó su derecho de acceso a la información pública como consecuencia de la actuación negligente de la autoridad; por lo que es a todas luces aplicable el artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Líneas argumentativas

Las obligaciones que se derivan del tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal, aplicables en materia de acceso a la información pública.

La garantía primaria, en la que se constituye la solicitud de acceso a la información pública, impone a la autoridad la obligación de atender la solicitud en los términos requeridos.

El diseño del recurso de revisión como una garantía secundaria, desahogada en sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones es definitiva.

El régimen de responsabilidades administrativas como la consecuencia individual por el incumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

El acceso a la información sin costo como dimensión colectiva de responsabilidades y como medida de reparación.

El **Ayuntamiento de Tultepec**, tienen obligaciones reforzadas al atender las solicitudes de acceso a la información.

La aplicación del artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios es un claro incentivo con dos dimensiones para fomentar la adecuada atención de las solicitudes de acceso a la información y para promover un estándar más alto en la protección del derecho.

Índice.

<u>I.</u>	<u>Consideraciones generales.</u>	4
<u>II.</u>	<u>Los antecedentes del caso.</u>	4
<u>III.</u>	<u>El derecho de acceso a la información pública.</u>	5
<u>IV.</u>	<u>Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.</u>	6
<u>V.</u>	<u>La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.</u>	9
<u>VI.</u>	<u>Consecuencias de la violación al derecho humano.</u>	11
<u>VII.</u>	<u>Conclusiones.</u>	17

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 la vigésima sesión ordinaria del treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Tultepec, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución, ordena la entrega de la información solicitada en copia certificada, previo pago de los derechos correspondientes y es precisamente sobre este último aspecto sobre el cual formule el presente voto.
3. 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. Los antecedentes del caso.

4. El catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete, yereni beatriz mendoza contreras, requirió al Ayuntamiento de Tultepec *"acuerdo y/o sesion de cabildo en el cual se establece cancelar los folios de los formatos de traslado de dominio de la administración*

2013-2015, es decir que los formatos membretados para la administración 2013-2015 dejarían de usarse." (Sic), ante lo cual el Sujeto Obligado fue omiso en emitir una contestación, configurándose la figura de negativa ficta.

5. Inconforme con lo anterior, la recurrente acudió ante este Órgano Garante señalando que el Sujeto Obligado "...NO SE ME NOTIFICO QUE SOLICITARAN AMPLIAR EL PLAZO PARA LA RESPUESTA A LA INFORMACION REQUERIDA POR LO TANTO SE VENCIO LA FECHA PARA LA RESPUESTA QUE LO ERA EL DIA 04/04/2017" (sic)", al respecto, este Pleno resolvió a partir del proyecto de resolución presentado por la ponente y en el que se demuestra que la autoridad estuvo en condiciones de entregar la información copias certificadas sin costo y no lo hizo, ordenando en consecuencia su entrega, previo pago de los derechos correspondientes como lo establece el propio ordenamiento jurídico. Sin embargo considero que en este caso, dada la condición de la autoridad, es que debió de eximirse a [REDACTED] de dicho pago como medida de reparación al derecho afectado.

III. El derecho de acceso a la información pública.

6. Como establece el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestro país las personas gozan de los derechos reconocidos en dicho instrumento fundamental y en los tratados

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

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

7. Como lo establece la doctrina y lo señala nuestro texto fundamental, para que esos derechos no sean sólo proclamas políticas sino realmente efectivos se requiere de la existencia de garantías constitucionales que permitan su ejercicio o

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

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

protección, las que pueden ser de carácter primario cuando consisten en *las obligaciones o prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones*³ o bien como la suma de las garantías positivas y de las garantías negativas,⁴ lo que en materia de acceso a la información pública se aprecia en dos obligaciones impuestas al poder público consistentes en difundir, de oficio, un conjunto de información común para todos los Sujetos Obligados y específica de acuerdo con las funciones de cada uno de ellos; en segundo término, lo que el legislador ordinario en el estado de México estableció textualmente en el artículo 150 de la reciente ley de la materia al señalar que *el procedimiento de acceso a la información pública es la garantía del derecho en cuestión*.

8. Por lo tanto, cuando [REDACTED] acudió a la solicitud de acceso a la información pública ante el Ayuntamiento de Tultepec, acudió al ejercicio efectivo del derecho en cuestión a través de su garantía primaria depositada en el propio Sujeto Obligado quien, por mandato categórico del tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal, se encuentra obligado, como todas las demás autoridades, en el ámbito de su competencia, a **"promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos"**, entre los cuales se encuentra el de acceso a la información.

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

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Segunda edición, Madrid. Ed. Minima Trotta. 2011. Pág. 40.

9. La garantía primaria, en la que se constituye la solicitud de acceso a la información pública, impone a la autoridad la obligación de atender la solicitud en los términos requeridos, obviamente, como el resto de los derechos, ninguno es absoluto y es posible limitarlos y restringirlos, siguiendo el procedimiento que para tal efecto se encuentra establecido, sin embargo, en el caso que se resuelve, a pesar de que [REDACTED] cuenta con el derecho de señalar la modalidad de copia certificadas (con costo) como la forma en la que requiere acceder a la información solicitada, según lo establece el artículo 155 fracción V de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, el **Ayuntamiento de Tultepec**, omite pronunciarse al respecto; empero, al momento de resolver el presente recurso se determinó el pago previo de las copias certificadas sin justificar de ninguna manera la decisión.

10. Dicha decisión habría sido correcta y habría respetado plenamente el derecho de [REDACTED] si se le hubiera entregado la información al momento de dar contestación a la solicitud de información, situación que no ocurrió, sino todo lo contrario se careció de pronunciamiento alguno; por el contrario, el **Ayuntamiento de Tultepec**, también habría respetado el derecho de acceso a la información de [REDACTED] observando las mejores prácticas si en su respuesta hubiera puesto a disposición de la persona la información requerida previo el pago de los derechos por la certificación de

los documentos, cuanto proceda en copia certifica como lo establece el artículo 174 fracción III de la Ley de Transparencia, antes citada, lo que desafortunadamente tampoco hizo.

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

11. Como también lo establece la doctrina y lo determina así nuestro texto fundamental, para asegurar la efectividad de los derechos no son suficientes las obligaciones y prohibiciones inmediatas a la autoridad, y ante una eventual afectación al derecho humano, el Estado tiene la obligación de *investigar, sancionar y reparar* sus violaciones.
12. Las propias obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Mexicano determinan que nuestro país cuente con un procedimiento sencillo, rápido⁵ y efectivo⁶ para la protección del derecho de acceso a la información pública, que ha implicado el diseño del recurso de revisión como una garantía secundaria, desahogada en sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones es definitiva en todos aquellos casos en los que las pretensiones de la persona se colman ordenando al Sujeto Obligado la entrega

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

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

de la información requerida y a través del desahogo de un procedimiento materialmente jurisdiccional.⁷

13. Lo que fue entendido por el legislador ordinario mexiquense quien a través del artículo 176 de la ley estatal de transparencia citada previamente, ha señalado que *(e)l recurso de revisión es la garantía secundaria mediante la cual se pretende reparar cualquier posible afectación al derecho de acceso a la información pública, con lo que además somos armónicos con los criterios doctrinales que ubican a la garantía secundaria como la reparación judicial (en nuestro caso, materialmente jurisdiccional) de las violaciones de las garantías primarias⁸ o como garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos.*⁹

14. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma ley de transparencia ya citada precisa en su artículo 179 fracción I y V que el propio recurso de revisión *es un medio de protección* y procede en contra de la entrega de la negativa a la información en una modalidad. Por lo que la solicitud de "acuerdo y/o sesión de cabildo en el cual se establece cancelar los folios de los formatos de traslado de

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

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *La demo...cit.* Pág. 62.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Pode... cit.* Pág. 40.

dominio de la administración 2013-2015, es decir que los formatos membretados para la administración 2013-2015 dejarían de usarse", consistente en que no le proporcionaron la información, situación que recae en lo estipulado por el artículo 234, es plenamente fundado, constituye una afectación indebida e injustificada a su derecho de acceso a la información pública y la respuesta del **Ayuntamiento de Tultepec**; constituyó una violación a su derecho de acceso a la información pública que el Estado Mexicano, a través de otra institución, en este caso, este Pleno, pretende reparar a través de la resolución que acompaño con el presente voto, mediante el cual se ordena la entrega de la información en copia certificada sin costo por no existir razón alguna que lo impida.

VI. Consecuencias de la violación al derecho humano.

15. El tercer párrafo del artículo primero de nuestra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación del Estado Mexicano de *investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*. En este caso es plenamente evidente que [REDACTED] pretendió a acceder a cierta información en copias certificada y que la autoridad inicialmente negó la información sin ningún argumento o causa justificada, lo cual generó un agravio en la persona que acudió a la garantía secundaria para la *restitutio in integrum* del derecho en

cuestión. Lo que este Órgano Garante pretende hacer ordenando la entrega de la información en copia certificada.

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

17. Estoy convencido de que el legislador ordinario federal y estatal, previó esta circunstancia y por esa razón estableció dos consecuencias precisas para

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

sancionar este tipo de violaciones o afectaciones al derecho de acceso a la información pública. La primera en la dimensión de las responsabilidades individuales de los servidores públicos, según consta en el artículo 222 fracción XII de la ley estatal de transparencia multicitada, que determina como causa de responsabilidad administrativa de los servidores públicos de los sujetos obligados el declara con dolo o negligencia la inexistencia de la información, **sin la debida motivación y fundamentación.**

18. En este caso es evidente que el pago que se pretende aplicar para la expedición de la información requerida por [REDACTED] **no resulta aplicable** toda vez que no se motiva y fundamenta de por qué se debe de realizar dicho cobro.
19. Me parece que el legislador ha tenido el tino de establecer en la ley una medida de que puede contribuir a la reparación integral de la persona afectada y que se contiene en el último artículo de nuestra ley y que consiste en una dimensión colectiva de responsabilidad, complementaria de la antes descrita, y que consiste en que el Sujeto Obligado entregue la información sin costo alguno para el solicitante cuando el Instituto determine que por negligencia no se hubiere atendido alguna solicitud en los términos de la ley.

20. Corresponde valorar si en el caso en cuestión hubo o no negligencia. Partamos de las siguientes premisas: A) [REDACTED] requirió de manera clara, precisa y contundente que deseaba acceder a cierta información en copia certificada (con costo). B) la autoridad no emite contestación, ni pronunciamiento alguno, C) Sin motivar ni fundar, la ponente decide ordenar el cobro de las copias certificadas de reproducción de la información y en lugar de ordenar la entrega sin previo pago. D) [REDACTED] es consistente con su solicitud inicial y en tiempo y forma recurre la respuesta señalando que no se le entregó la información, con lo que reitera contundentemente que su pretensión es acceder a la información. E) La autoridad responsable de la afectación del derecho de acceso a la información pública es el **Ayuntamiento de Tultepec** que, según el artículo 1 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública *La Ley es de orden público y de observancia general en toda la República, es reglamentaria del artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia y acceso a la información. Tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios. El Ayuntamiento de Tultepec, deberá cumplir sus funciones*

bajos los principios de certeza, imparcialidad, objetividad, legalidad y probidad. Y precisamente por tratarse de una "máxima autoridad", las obligaciones de protección y respeto a los derechos humanos constituyen obligaciones agravadas, según lo he dicho en otra ocasión, tratándose del Poder Judicial del Estado.¹¹

21. Por lo que toda vez que se trata de una "máxima autoridad" de la que se espera el más alto estándar en la promoción y respeto de los derechos humanos y que [REDACTED] de manera clara, precisa, contundente e indubitable requirió información pública a la que pretende acceder en su modalidad de copia certificada y que la autoridad sin fundamentación ni motivación negó la información, es que aprecio que existe una actitud negligente¹² que provocó que la solicitud no fuera atendida en los términos de la ley, por lo que procedería el acceso a las copias certificadas sin que medie el pago de los derechos correspondientes.

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

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

22. De esta manera, al perder el Sujeto Obligado la posibilidad de percibir los derechos por la expedición de las copias certificadas, como consecuencia de la actitud negligente de los servidores públicos correspondientes. En ese mismo sentido, al perder el Sujeto Obligado la posibilidad momentánea de acceder a los derechos por la expedición de las copias certificadas, lo anterior puede ser un incentivo adicional para que, en el futuro, las solicitudes de acceso a la información sean atendidas bajo el más alto estándar que promueva la plena protección del derecho en cuestión.
23. Pero al negarse el Pleno del Instituto a aplicar en estos términos el último artículo de la ley de transparencia y confiar en que se desahogue un procedimiento individualizado cuya culminación en términos temporales corre en una pista distinta y que supera con mucho los plazos para cumplir la presente resolución, perdemos la oportunidad de adoptar estas medidas de reparación del derecho a través de un beneficio directo establecido en la ley en favor de la persona; nos alejamos del criterio jurisprudencial interamericano de las medidas para asegurar la no repetición de los actos que violan los derechos y que deberían sancionarse como actos ilícitos, según Ferrajoli; al mismo tiempo que, de manera más grave, estamos incurriendo en una desaplicación de la norma positiva que estamos obligados a cumplir plenamente, con lo que nos colocamos en un lugar inaceptable en el diseño constitucional del país como una autoridad que, para el caso concreto, es capaz de desaplicar una porción

normativa precisa, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado ya en un sentido distinto.¹³

VII. Conclusiones.

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

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010.