

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 02444/INFOEM/IP/RR/2017.

Resumen del voto: Los pronunciamientos simples que realicen los Sujetos Obligados, deben estar debidamente motivados, debiendo explicar de manera clara y precisa las causas por las que no se cuenta con la información requerida, a efecto de brindar certeza jurídica de la omisión a la entrega de la información por no poseer, generar o administrar lo solicitado.

Índice.

I. Consideraciones Generales.....	1
II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.....	2
III. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.	5
IV. Del Pronunciamiento simple.....	10
V. Conclusión.....	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 su Cuadragésima Quinta Sesión Ordinaria celebrada el día seis (06) de diciembre de la presente anualidad, en el recurso de revisión interpuesto por [REDACTED] en contra de la

respuesta del Ayuntamiento de Toluca, procedimiento que le fue asignado el número de expediente 02444/INFOEM/IP/RR/2017.

2. La resolución puntualmente determina **MODIFICAR** la información en el recurso de revisión, tomando en consideración la respuesta del Sujeto Obligado.

3. Estando de acuerdo con la resolución formulada por el comisionado ponente, mi voto particular se deriva del simple pronunciamiento que el **SUJETO OBLIGADO** realizó al momento de emitir la respuesta a la solicitud de información.

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.

En ejercicio del derecho constitucional que le asiste al particular, formuló una solicitud de información dirigida hacia el Ayuntamiento de Toluca, en dicha solicitud planteó lo siguiente:

"PUNTO 1.- Que el Ayuntamiento proporcione la relación e información de puestos fijos, semifijos y ambulantes móviles que tiene autorizados y los que están en proceso de autorización, para ocupar espacios públicos en la Subdelegación Territorial Sauces 5 Fraccionamiento Sauces Secciones I, II, III,

IV y V, así como su ubicación EXACTA con croquis y dirección de cada uno de

ellos. La relación deberá contener y anexar la siguiente información: a) Número y fecha de solicitud b) Dictamen Técnico o como se le nombre, realizado por la autoridad para determinar la ubicación de cada uno de los puestos fijos, semifijos y ambulantes móviles c) Copia de la Autorización o Convenio con los Condóminos Propietarios para ocupar los bienes y áreas de uso común copropiedad de los Condóminos d) Numero de permiso otorgado a los puestos ya autorizados y fecha de autorización e) Número de folio de pago de derechos al Ayuntamiento y fecha de pago a los ya autorizados y evidencia de su ingreso a la Tesorería Municipal f) Actividad o giro de cada uno de los puestos fijo, semifijos y ambulantes móviles g) Copia de las autorizaciones y dictamen técnico (o como se le nombre) de las Comisiones de Parques, Jardines y Panteones, de Juventud y Deporte, y de Movilidad y Transporte, por la ocupación de espacios de jardines públicos, canchas deportivas y calles y avenidas públicas utilizados para la instalación de los puestos fijos, semifijos y ambulantes móviles tanto de los puestos ya autorizados como de los que están en proceso de autorización h) Indicar la fase en que se encuentra la autorización y proporcionar el dictamen técnico o como se le nombre, de cada uno de los permisos que están en proceso de autorización y su ubicación EXACTA con croquis. Así como también la actividad o giro del puesto." (Sic)

5. Bajo esas consideraciones la Ponencia que resuelve el recurso de revisión para no realizar una afectación al derecho de acceso a la información del particular, decidió por cuenta propia entrar al estudio y análisis del asunto a efecto de verificar

si existe fuente obligacional por parte del Ayuntamiento de Toluca y así ordenar que se realice una búsqueda exhaustiva en los archivos **SUJETO OBLIGADO**.

6. Por lo que respecta al análisis que realizó el ponente para poder **ORDENAR** el presente asunto se observó que el **SUJETO OBLIGADO** no colmó la solicitud del particular y por ende hará entrega vía **SAIMEX** de:

- 1) "Las solicitudes de permiso para realizar actividades comerciales de los 48 comercios que reportó el Sujeto Obligado como autorizados en informe justificado y de los que estén por autorizarse; así como el documento del que se desprenda el número que la autoridad receptora les haya otorgado a cada solicitud.
- 2) Los documentos de los que se desprenda el número de registro de cada permiso autorizado, así como la fecha de su autorización, (para el caso de que éstos correspondan a los ya proporcionados en informe justificado bastará con que se informe dicha circunstancia).
- 3) Previa búsqueda exhaustiva, el análisis de factibilidad respecto los permisos autorizados y por autorizar.
- 4) Previa búsqueda exhaustiva, los documentos donde consten los pagos a la Tesorería Municipal, de los 31 folios informados en informe justificado.
- 5) Los documentos de los que se pueda desprender la fase en la que se ubica cada uno de los 48 trámites de solicitud de permiso reportados en informe justificado.
- 6) Los documentos que contengan la dirección exacta y los croquis de cada uno de los puestos autorizados y por autorizar.

7. Sin embargo esta ponencia observó que la resolución puntualmente indica lo siguiente respecto al punto dos:

2) Los documentos de los que se desprenda el número de registro de cada permiso autorizado, así como la fecha de su autorización, (para el caso de que éstos correspondan a los ya proporcionados en informe justificado bastará con que se informe dicha circunstancia).

8. Por esa razón, el ponente se manifestó al respecto enfatizando que en el caso de que el **SUJETO OBLIGADO** no cuente con la información, bastará con que se pronuncie al respecto y lo haga del conocimiento del particular.

9. Por tal motivo el **SUJETO OBLIGADO** en cuestión debe de demostrar que no genera, posee o administre la información que requiere el particular, debiendo motivar su respuesta en función de las causas que hayan generado tales circunstancias.

III. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.

10. Resulta necesario establecer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido a todas las personas en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 párrafos 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, 11, 12, 13 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 5 de la Constitución Política del Estado Libre y

Soberano de México; y, razón por la cual todos los órganos del Estado están obligados no sólo a reconocerlo sino aún más, a salvaguardarlo y en caso de contravención, a este Instituto le corresponde restituirlo.

11. En efecto, el derecho fundamental de acceso a la información pública se desarrolla en varias vertientes:

- Impone al Estado la obligación de protegerlo. Esto es, es suficiente con que una persona realice una solicitud de información para que la autoridad la atienda y entregue lo solicitado, salvo excepciones limitadas.
- Impone la obligación a todos los organismos de transparentar sus acciones como una forma cotidiana de actuar; de garantizar el acceso a la información pública a través de tener disponible en cualquier momento la información sin necesidad de que medie una solicitud del particular.
- Otorga a todos los documentos en posesión de las autoridades la calidad de públicos y únicamente pueden ser reservados temporalmente por razones de interés público y en los términos expresamente señalados en la ley.
- Este derecho se rige por el principio de máxima publicidad, es decir, la información que generan, administren o posean los organismos públicos son documentos de acceso a cualquier persona y para su restricción debe existir un bien jurídico mayor que proteger.

- Impone al Legislativo la obligación de crear una ley que establezca los procedimientos para su protección, respeto y difusión.
- Impone el derecho de una persona de buscar, recibir y difundir información en poder del gobierno u administraciones públicas.

12. Por tanto, para que los **SUJETOS OBLIGADOS** hagan efectivo el derecho de las personas de **buscar, recibir y difundir información pública**, información que los **SUJETOS OBLIGADOS** generen, administren o posean, y que deben poner a disposición de los particulares los documentos en los que conste el ejercicio de sus atribuciones legales o que por cualquier circunstancia obre en sus archivos.
13. Es necesario precisar que la transparencia es un principio jurídico que se concreta especialmente en el derecho fundamental de acceder a la información pública y que la aplicación del principio de transparencia y el respeto y garantía del derecho de acceder a la información pública, son elementos indispensables para afirmar que existe un verdadero estado social y democrático de derecho, en el cual todas las personas pueden participar activamente en los asuntos que las afecten y una Administración Pública comprometida con el bienestar general.
14. Por otra parte, tenemos la rendición de cuenta pública; que supone la capacidad de las instituciones para hacer responsables a los gobernantes de sus actos y decisiones en los distintos niveles de poder, eso permite evitar, prevenir y en su caso, castigar el abuso de poder.

15. Por lo tanto, el principio de la rendición de cuentas y la transparencia encuentran un objetivo en común, buscar conciliar el interés colectivo con el interés particular de los gobernantes, si los gobernantes, funcionarios, representantes y líderes políticos, es decir, todos los que dispongan de algún poder político, saben que puedan ser llamados a cuentas, que su acción política, su desempeño gubernamental y sus decisiones podrán generar efectos positivos o negativos a su interés personal, tendrán mayor diligencia en el momento de ejercer el poder y atenderán, tanto el interés colectivo como la relación de medios y fines en el quehacer gubernamental, precisamente para que el resultado de sus resoluciones no afecte o perjudique el interés general o el particular de sus gobernados y representados.

16. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adopta la *ratio decidendi* en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que en principio es posible acceder a toda información pública, salvo que la ley de manera justificada, proporcionada y razonable establezca alguna restricción a dicho acceso, de modo que las restricciones están limitadas en el tiempo, pues el principio acogido es el de la máxima publicidad. Obviamente, este acceso se garantiza sin menoscabo de la intimidad de la vida privada y de los datos personales.

17. Por estas razones las leyes de transparencia y acceso a la información en México, tienen como objetivo primordial el garantizar que los ciudadanos puedan solicitar documentos que poseen las instituciones gubernamentales.

18. En efecto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, su propósito es transparentar el ejercicio de la función pública, tutelar y garantizar a toda persona, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a sus datos personales, así como a la corrección y supresión de éstos y proteger los datos personales que se encuentren en posesión de los sujetos obligados.

19. Derivado de dicha obligación se impone también la obligación de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información que posean generen o administren de forma completa y actualizada.

20. Bajo la tesitura de lo anteriormente expuesto se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.

21. Por lo que si en los puntos resolutivos se está ordenando al **SUJETO OBLIGADO** realizar una búsqueda de la información solicitada en términos del

Considerando CUARTO, y entregarla al particular ya no cabe la manifestación simple y llana, sino que se deben observar dos puntos importantes:

- Si la posesión de la información es de carácter inexcusable, es decir si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar, poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de Transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia.
- O bien pudiera suscitarse el supuesto aplicable al presente asunto, que la facultad sea de carácter potestativo o que su realización dependa de un carácter externo, en ese caso debe señalarse se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia, en el que detalle las razones del por qué no obra en sus archivos.

22. En razón a las consideraciones antes señaladas es que no puedo compartir el sentido de la resolución adoptada, y me permito manifestar lo siguiente en el presente voto particular:

IV. Del Pronunciamiento simple

23. En numerosas ocasiones he mencionado que la fundamentación y motivación es una obligación inherente y fundamental de todas las autoridades independientemente del grado jerárquico con el que cuenten, y en el presente recurso de revisión que hoy nos ocupa no será la excepción en la que señale este

aspecto, para lo cual es importante hacer mención lo que el intérprete judicial del país ha establecido en 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.

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.

24. 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.

25. Lo anterior a razón de que el Sujeto Obligado se limitó simplemente a manifestar *"que no cuenta con la información"* tal respuesta es considerada como un

pronunciamiento simple; sin embargo, carece de fundamentación y motivación, toda vez que no explica de manera clara y precisa las razones por las que la información no es generada, poseída o administrada y por tanto no obra en los archivos del Sujeto Obligado, lo que en consecuencia contradice en primer lugar el principio de certeza, en razón de que el acto de autoridad que realizó el Secretaría de Finanzas del Estado de México en respuesta a la solicitud carece de fundamentación y motivación, lo que en consecuencia no brinda seguridad y certidumbre jurídica al particular, imposibilitando conocer si la postura adoptada por el Sujeto Obligado es apegada a derecho; y en segundo lugar el artículo 19 segundo párrafo que señala *"En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia."*

26. Por lo que si el Sujeto Obligado no genera, administra o posee la información que solicitó el particular, el mismo deberá fundar y motivar debidamente las razones o circunstancias por las que no genera, posee o administra la información precisando de manera clara, las razones que expliquen las causas por las que no se cuenta con la información requerida en el presente asunto.

27. Para precisar los alcances de la fundamentación y motivación a que están sujetos todos los actos de autoridad, es oportuno remitirnos al artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se

impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar todo acto que implique una molestia en la esfera de derecho de las personas:

"Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

28. De este precepto se deduce que en el régimen jurídico mexicano, la fundamentación y motivación de los actos o resoluciones no es exclusiva de los órganos judiciales o jurisdiccionales, sino que se extiende a todas las autoridades.

29. En este contexto, en 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.

30. Entonces, la fundamentación y motivación consiste en la obligación que tiene todo ente público de expresar los preceptos jurídicos aplicables al asunto motivo del acto y las razones o argumentos de su actuar.

31. 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....”

32. Así, en un acto de autoridad se surte 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.

33. 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.

34. Es de mencionar que en caso de que el **SUJETO OBLIGADO**, no contara con la información solicitada por no encontrarse dentro de sus facultades, competencias

o funciones, deberá demostrarlo de manera fundada y motivada, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de la materia, el cual establece que:

Artículo 20. Ante la negativa del acceso a la información o su inexistencia, el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley o, en su caso, demostrar que la información no se refiere a alguna de sus facultades, competencias o funciones.

35. Sirve de sustento el siguiente criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa. Esto es, que cuando el precepto en comento previene que nadie puede ser molestado en su persona, propiedades o derechos sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa

legal del procedimiento, está exigiendo a todas las autoridades que apeguen sus actos a la ley, expresando de que ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo. En materia administrativa, específicamente, para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: a).- Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y b).- Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.

36. Por lo anteriormente expuesto, se concluye que para los casos en que la información que el particular solicitó sea inexistente de acuerdo con el artículo 20 de la Ley, la autoridad debe informar al particular especificando los elementos que le permitan tener la seguridad de que los criterios de búsqueda fueron exhaustivos, así como señalar detalladamente las circunstancias que generaron la inexistencia de la información, de manera que la autoridad no puede únicamente informar al solicitante sobre la inexistencia de determinada información, sino que debe hacerse todo lo necesario para satisfacer el derecho reclamado por el particular.

37. Tal circunstancia no puede tener como resultado el simple pronunciamiento de la inexistencia de la información solicitada, sino por el contrario, en estos casos las autoridades deberán fundar y motivar las razones por las que no cuentan con la

información ya sea porque no realizaron dichos actos o porque no se encuentran en el ámbito de sus atribuciones.

V. Conclusión.

38. Por lo mencionado anteriormente, considero que es de suma importancia que en los casos que el Sujeto Obligado emita un pronunciamiento simple este debe estar debidamente fundado y motivado demostrando las razones o motivos por las que no genera, posee o administra lo solicitado, de tal manera que el particular tenga certeza jurídica de que en todo momento se está actuando con estricto apego a derecho, de lo contrario este instituto como Órgano Garante contribuiría a la afectación al derecho de acceso a la información de los particulares al consentir tales deficiencias por parte de los Sujetos Obligados.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(RÚBRICA)

JGLH/JTC

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