

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/371/2017

Metepec, Estado de México a 21 de agosto de 2017

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
PRESENTE

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

- 01571/INFOEM/IP/RR/2017 - Municipio de Toluca

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

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01571/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas argumentativas:

La figura de actos consentidos no debe ser invocada en el derecho humano fundamental de acceder a la información pública gubernamental.

El Órgano Garante del derecho de acceso a la información pública no debe imponer las cargas formales del proceso jurisdiccional a los particulares.

Lo que este Órgano Garante realice en materia de suplencia de la queja no afecta la igualdad de las partes sino procura el cumplimiento de los deberes de protección del derecho humano.

Restringir el derecho de acceso a la información pública del particular al no ordenar la información solicitada por no impugnar la falta de entrega de los documentos solicitados, debilita la efectividad de la garantía de este derecho humano al hacerla depender de un hecho desconocido.

Índice

I. Consideraciones Generales	2
II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.	4
III. Los actos consentidos no deben invocarse en el derecho fundamental de acceder a la información pública gubernamental.	7

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 Novena sesión ordinaria de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra del Ayuntamiento de Toluca, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01571/INFOEM/IP/RR/2017.

2. La resolución señala que es procedente **MODIFICAR** la respuesta del Sujeto Obligado en términos del Considerando TERCERO de la resolución y **ORDENA** respecto de la Subdelegación Sauces V de Toluca, Estado de México, de lo siguiente:

- a. *El (los) documento (s) donde conste (n) o se pueda (n) advertir la (s) actividad (es) designada (s) por el Ayuntamiento a sus representantes (Subdelegados Propietarios)*

y Subdelegados Suplentes); información, que deberá comprender el periodo del veintinueve de mayo de dos mil dieciséis al veintinueve de mayo de dos mil diecisiete. Respecto a este punto, si el Ayuntamiento no designó actividad (es), bastará con que así se pronuncie al momento de dar cumplimiento a la presente resolución.

b. Si la Subdelegación genera su (s) propio (s) Programa (s) de Trabajo, deberá entregar el (los) que se hubiese (n) elaborado desde la fecha del nombramiento de sus Subdelegados al veintinueve de mayo de dos mil diecisiete. No obstante, si dicho Programa corresponde al mismo que fue remitido bajo la denominación "Plan de Trabajo", bastará con que así se pronuncie al momento de dar cumplimiento a la resolución.

c. Si la Subdelegación no genera su (s) propio (s) Programa (s) de Trabajo en lo individual, sino que sus actividades se encuentran contenidas en el Programa de Trabajo Delegacional, deberá hacer entrega de este último; mismo que deberá corresponder al presentado al Presidente Municipal dentro de los treinta días siguientes al inicio de su gestión.

d. El (los) documento (s) donde conste (n) o del (los) cual (es) se pueda (n) advertir la (s) asesoría (s) por parte del Ayuntamiento para la elaboración de dicho programa, detallando, de ser el caso, el tipo y forma de asesoría, el calendario de fechas y los lugares en los que fue (fueron) proporcionada (s). Si dicha (s) asesoría (s) no fue (fueron) proporcionada (s) por parte del Ayuntamiento, bastará con que así lo haga de conocimiento del recurrente al momento de dar cumplimiento a la presente resolución.

3. Mi voto particular concurre al haberse invocado la figura de **actos consentidos** en el presente asunto, la cual resulta del todo innecesaria, ya que el sentido de la resolución fue **MODIFICAR** la respuesta proporcionada a la solicitud, toda vez que en un primer momento se aprecia que no se atienden todos los requerimientos señalados en la solicitud y el particular no se inconforma respecto a ello, no obstante he manifestado en diversas ocasiones que no debe invocarse tal figura en el derecho de acceso a la información pública.

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo el presente voto particular.

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

5. [REDACTED] requirió mediante la solicitud de acceso a la información **00290/TOLUCA/IP/2017** respecto de la Subdelegación del Fraccionamiento Los Sauces, Delegación N° 34, San Mateo Otzacatipan, Subdelegación N° 5 Sauces, Toluca, México, lo siguiente:

a) *Cuales son las atribuciones u obligaciones específicas y las actividades designadas por el Ayuntamiento o por Ley, que realizan como autoridad auxiliar sus representantes*

(Subdelegados Propietarios y Suplentes);

b) *Su domicilio y/o lugar exacto autorizado por el Ayuntamiento;*

c) Reportes o cualquier tipo de informe recibido de la Primer y Segunda Subdelegada, por violaciones en el cumplimiento del Bando Municipal de Toluca 2016-2018, en materia de actividad comercial, industrial y de servicios por el establecimiento de puestos fijos y semifijos de vendedores ambulantes y Tianguistas en el Fraccionamiento Sauces; información que deberá comprender desde el día de sus nombramientos hasta la fecha;

d) Copia de los Informes Anuales que se hubiesen presentado por los Subdelegados, sobre del estado que guardan los asuntos a su cargo; información que deberá comprender desde el día de su nombramiento hasta la fecha; y

e) Copia de los Programas de Trabajo elaborados por los Subdelegados; detallando el tipo y forma de asesoría y el calendario de fechas y lugares en los que les proporcionó dicha asesoría por parte del Ayuntamiento para la elaboración de los programas; información que deberá comprender desde el día de su nombramiento hasta la fecha.

6. En ese sentido, [REDACTED] en sus manifestaciones, ya no señaló inconformidad de la totalidad de la información que le fue proporcionada, únicamente indicó que persistía su inconformidad respecto de las respuestas otorgadas en los puntos 1, 2, 4 y 5; ya que, de manera textual, respecto de cada punto atendido, señaló:

- Si bien es cierto que el Ayuntamiento solo hasta en la fase de Informes, Alegatos, Pruebas y Manifestaciones ha presentado sus bases de cumplimiento en Papel Oficial y con Firmas Autorizadas del Ayuntamiento de Toluca..." (Sic); y

- *“...Punto 3.- En la atención de este punto, se hace la observación de que el Servidor Público designado por el Ayuntamiento para la atención de esta solicitud interpretó de forma errónea o no entendió la petición de información, toda vez que la misma es en el sentido de que si las (los) integrantes de la Subdelegación habían reportado al Ayuntamiento en tiempo y forma sobre la problemática por las violaciones al Bando Municipal por el establecimiento de puestos fijos y semifijos de vendedores ambulantes y tanguistas sin la autorización correspondiente, y no el de que ellas (ellos) hubieran violado tales preceptos. No obstante, se da por aceptada la información proporcionada...” (Stc)*

7. Derivado del análisis a la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** se advierte que envía información parcial relativa a los requerimientos señalados, y si bien es cierto el particular únicamente impugnó la documentación otorgada en respuesta a los requerimientos de la solicitud de acceso a la información primigenia específicamente en los puntos identificados bajo el inciso 3) o bien el identificado en el presente voto particular con el inciso c), también lo es que no es procedente declarar la información correspondiente a los puntos identificados con los incisos a), b), y c), como actos consentidos.

8. Lo anterior se establece así porque en el considerando TERCERO relativo al estudio y resolución del asunto se precisó medularmente que “si bien al momento de presentar sus razones o motivos de inconformidad se había inconformado de la totalidad de la información proporcionada en respuesta, tal como lo señaló en su escrito que acompaña a la interposición del presente medio de defensa; también lo es, que en un momento posterior,

esto es, sus manifestaciones, ya no subsistió inconformidad de la totalidad de la información que le fue proporcionada”, argumentando la ponencia que “cuando el recurrente impugna la respuesta del Sujeto Obligado, y éste no expresa razón o motivo de inconformidad en contra de todos los rubros que fueron atendidos, éstos deben declararse firmes, pues se entiende que el recurrente está conforme con la información entregada al no contravenirla”

9. Consecuentemente, considero que los actos consentidos en la resolución en comento resulta a todas luces innecesario y además no ha lugar a invocarlos en el derecho humano fundamental de acceder a la información pública gubernamental. Por lo que la mayoría consideró que la respuesta quedó firme ante la falta de impugnación respecto al resto de los requerimientos que no fueron manifestados en el recurso de revisión. En el presente asunto que nos ocupa, es de señalar que del análisis hecho a la resolución en comento, el **SUJETO OBLIGADO** atiende de forma parcial a la solicitud de información que en lo particular nos ocupa, no obstante, en el derecho de acceso a la información, considero, es innecesario señalar la figura de actos consentidos.

III. Los actos consentidos no deben invocarse en el derecho fundamental de acceder a la información pública gubernamental.

10. Al respecto estoy convencido de que la garantía constitucional que se desahoga ante esta autoridad corresponde a un procedimiento cuasi jurisdiccional que si bien reúne las formalidades básicas, que no todas, del primero, también

resulta evidentemente más flexible, más laxo y pretende ser de mayor protección al derecho humano, por eso es que contamos con un sistema electrónico que asiste a la persona que realiza una solicitud o presenta un recurso de revisión, de tal forma que se pretende que ejerza sus derechos sin verse en la necesidad de acudir a un **profesionista del derecho** para que le asista en la elaboración de su promoción; contrario a ello, nuestro sistema pretende asistirle y facilitarle el procedimiento, esa flexibilidad se vería seriamente comprometida si este órgano garante decide imponer las cargas formales del proceso jurisdiccional y, al mismo tiempo no asegura otros derechos, el de la defensa adecuada, por ejemplo, incumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 181 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y del 146 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que contemplan la figura de la suplencia de la queja.

11. La figura de la suplencia de la queja, para Héctor Fix Zamudio "...puede caracterizarse como el conjunto de atribuciones que se confieren al juez de amparo para corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes que, por su debilidad económica y cultural, carecen de un debido asesoramiento, y que puede expendirse, como ocurre en el proceso social agrario, a los diversos actos procesales de la parte débil incluyendo el ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba".¹

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Coed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001. Pág. 3593.

Según este mismo autor, "...es siempre obligatoria... respecto de los errores o defectos de los conceptos de violación expresados en la demanda, así como los de los agravios formulados en los recursos que el mismo ordenamiento establece".²

12. Además es necesario precisar que el presente es un procedimiento cuasi jurisdiccional porque no hay partes en conflicto, por lo tanto lo que este Órgano Garante realice en materia de suplencia de la queja no afecta la igualdad de las partes sino procura el cumplimiento de los deberes de protección del derecho humano a partir del criterio que más le favorezca.

13. No satisfecho con lo anterior, es necesario señalar que en materia del derecho de acceso a la información pública, tiene una justificación clara y precisa que se deriva de un aspecto de singular importancia, ya que lo que tratamos y pretendemos resolver consiste en el ejercicio de un derecho humano constitucional y convencionalmente reconocido. Por tanto, al tratar directamente con un derecho humano, todas las autoridades nos vemos impuestas del supremo mandato constitucional consistente en la promoción, respeto, protección y **garantía de los derechos humanos**, de tal forma que cualquier esfuerzo que se haga en el sentido de cumplir con dicho mandato no resulta ocioso ni sobra sino demuestra el grado de compromiso de la autoridad con este aspecto toral de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

² *Ibíd.* Pág. 3594.

14. En este sentido el Dr. Miguel Carbonell ha señalado: “Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso **considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos**. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de **tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho**”.³

15. Por lo que restringir el derecho de acceso a la información pública del particular suponiendo en el peor de los casos, que en efecto, no se hubiera ordenado la información solicitada por no impugnar la falta de entrega de los documentos solicitados, debilita la efectividad de esta garantía al hacerla depender de un hecho desconocido y, por lo tanto de dudosa acreditación, además que se insiste fue en todo momento innecesario señalar el argumento de actos consentidos.

16. Enfrentar este silencio u omisión de los particulares a inconformarse por algún punto o requerimiento de origen solicitado, cuando es evidente que no le fue entregada la información o satisfecho el derecho de acceso a la información pública con las formalidades del proceso jurisdiccional nos ubicaría en sentido contrario a la

³ CARBONELL, MIGUEL. “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º. de la Constitución mexicana” en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, coords. La reforma constitucional de derechos humanos. 2ª. Edición, México. Coed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012. Pág. 68.

evolución experimentada por el Estado Mexicano con la trascendental reforma a la Constitución Federal del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, ya que con ella estamos dejando atrás al Estado de la Ley, en el que la regla se impone sobre el derecho y que coloca a conceptos como la seguridad jurídica en la base legitimadora de todo el sistema ya que como bien señala el Dr. Rodolfo Luis Vigo “La seguridad jurídica entendida como previsibilidad jurídica fundada en las normas generales reproducidas estrictamente por los jueces, o como el orden pacífico surgido del libre goce y disponibilidad de los derechos individuales, monopolizará el horizonte axiológico de los juristas decimonónicos”.

17. Frente a esa realidad pasada, la reforma citada nos ubica completamente en nuevas condiciones bajo los criterios del Estado Constitucional de Derecho que nos debe conducir a valorar, junto con Sergio Cotta que “la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente el fundamento de aquella”,⁴ y no puede existir validez en la aplicación de un criterio que propicia una riesgosa afectación al derecho de acceso a la información.

18. Mucho menos si consideramos el siguiente criterio: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución

⁴ COTTA, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid. Ed. Ceura, 1987. Pág. 10.

Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: I) Respetar; II) Proteger; III) Garantizar; y, IV) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como **el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales**, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, **debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho**, de forma que se **impida la consumación de la violación**. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a **resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado** como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen. [TA] Tesis: XXVII.3o.3 CS (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito.

Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Página: 2840.

19. Para el caso que nos ocupa y en general es innecesario incorporar en las resoluciones de un Órgano Garante como lo es el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios a los actos consentidos toda vez que los particulares al no impugnar alguno de los requerimientos solicitados, y de la respuesta ofrecida por parte de los **SUJETOS OBLIGADOS** sea evidente la falta de alguno de ellos, en ese tenor los particulares se ven impedidos, en los hechos, a acceder a una información que fue solicitada. Ante tales casos, considero, este Órgano Garante debe cumplir con las obligaciones señaladas en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Federal, lo que es posible a través de la suplencia de la queja, instrumento adecuado para prevenir una posible vulneración al derecho de acceso a la información y que además se encuentra disponible para ser operado por esta autoridad.

20. Pero además, la figura de la suplencia de la queja es central para apreciar la verdadera fuerza de los derechos humanos, entre ellos el de acceso a la información, que demandan una actuación clara, contundente y eficaz por parte de todas las autoridades, en el que ya no resultan admisibles las excusas de procedencia, ya que en todo momento nos encontramos ante un derecho más alto que, puede considerarse en los siguientes términos:

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo”.⁵

21. Por lo tanto, frente a ese derecho más alto, los argumentos formales deben ser derrotados por la obligación que el legislador ordinario nos ha impuesto para asegurar la efectiva protección del derecho en cuestión a través del ejercicio de la figura de la suplencia de la queja, con lo que se pretende asegurar una efectiva protección. Declinar esa obligación por la experiencia pasada nos aleja del mandato constitucional y pretende otorgar plena certeza a la presunción de que la solicitud ha sido atendida, lo que de no ser así, afecta el derecho humano.

22. Considero que no se justifica el argumento que se ha señalado en múltiples ocasiones y que comparte la mayoría en relación a “si no ésta expresa razón o motivo de inconformidad en contra de todos los rubros solicitados, dichos rubros deben declararse atendidos, pues se infiere que el recurrente ésta conforme con la información entregada al no contravenir la misma”. Este Órgano Garante debe revisar en forma minuciosa en todos los casos, si se le entregó a los petitionarios todos y cada uno de los puntos que fueron solicitados, de esta forma se podrá verificar si el particular no se inconforma porque en efecto le han sido colmadas sus

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón, 10^a. Edición, Madrid, Ed. Trotta, 2011. Pág. 40.

peticiones y por ello se tiene por satisfecho el Derecho de Acceder a la Información Pública, o bien, no le han sido colmados todos sus requerimientos y omite manifestarse al respecto, por diversos factores que a su alrededor ocurran y le puedan afectar. Además de ser un Órgano Garante, somos un Órgano Revisor y en ese sentido no podemos pasar inadvertido el hecho de no analizar la totalidad de requerimientos solicitados cuando no se pronuncien al respecto, cuando sea evidente que no han sido colmados, en ese sentido no estaríamos garantizando el derecho fundamental.

23. Adoptar la posición que propongo pretende ordenar un acto de plena certeza, el que siempre puede ser matizado por un "en su caso" que restringe la medida ordenada a que ésta no se haya realizado ya, lo que puede constituir un exceso, cierto, pero a todas luces admisible en materia de protección del derecho humano lo que, considero, fortalece al Estado Constitucional de Derecho, en lugar de vulnerarlo.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
COMISIONADO
RÚBRICA

JGLH/ECD