

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/170/2017

Meteppec, Estado de México a 19 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 segunda sesión ordinaria de este Pleno:

- 00809/INFOEM/IP/RR/2017 y acumulado - 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 envió un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E

LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ

COORDINADORA DE PROYECTOS

✓ c.c.p. Maestro Javier Martínez Cruz. Comisionado. Para su conocimiento.

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

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

www.infoem.org.mx



VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA
HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN
00809/INFOEM/IP/RR/2017 Y 00810/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 que la respuesta 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 165 y 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. Párr. 8.

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. Párr. 9.

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. Párr. 13.

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. Párr. 18.

El acceso a la información sin costo como dimensión colectiva de responsabilidades y como medida de reparación. Párr. 21.

El **Ayuntamiento de Tultepec**, tienen obligaciones reforzadas al atender las solicitudes de acceso a la información. Párr. 22.

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. Párr. 24.

Índice.

I. Consideraciones generales.....	3
II. Los antecedentes del caso.....	4
III. El derecho de acceso a la información pública.....	5
IV. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.....	6
V. La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.....	8
VI. Consecuencias de la violación al derecho humano.....	10
XII. Conclusión de versión pública.....	38
VIII. Efectos de la clasificación de información y la importancia de emitir el Acuerdo de Clasificación, apegado a derecho.....	Error! Marcador no definido.

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 Segunda Sesión Ordinaria del catorce (14) de junio de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la falta de respuesta del Ayuntamiento de Tultepec, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.

2. La resolución ordena al Sujeto Obligado, hacer entrega de la información solicitada en copia certificada, previo pago de los derechos correspondientes y es precisamente sobre este último aspecto sobre el cual formulo 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 la presente voto particular.

II. Los antecedentes del caso.

4. El catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis, [REDACTED] requirió al Ayuntamiento de Tultepec, *"copia certificada de folios expedidos en los recibos de pago en el mes de enero del año dos mil diecisiete y los recibos de pago con folio MB003431 y MB003438, en favor de quien fueron expedidos, que tipo de tramite fue cubierto al momento de expedir dicho recibo de pago y en qué fecha fueron expedidos"*, ante lo cual el Sujeto Obligado no respondió la solicita de información que fue presentada por [REDACTED]
5. Inconforme con lo anterior, la recurrente acudió ante este Órgano Garante señalando del Sujeto Obligado *"LA FALTA DE RESPUESTA A LOS FOLIOS 00016/TULTEPEC/IP/2017 y 00015/TULTEPEC/IP/2017, PUES NO SE ME NOTIFICO QUE SOLICITARAN AMPLIAR EL PLAZO PARA LA RESPUESTA A LA INFORMACIÓN REQUERIDA POR LO TANTO SE VENCIO LA FECHA PARA LA*

RESPUESTA QUE LO ERA EL DÍA 05/04/2017" consistiendo precisamente en ello la Litis que este Pleno resolvió a partir del proyecto de resolución presentado por el ponente y en el que se demuestra que la autoridad estuvo en condiciones de entregar la información en la modalidad requerida 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 indecible que o de lo indecible que no*¹ o bien

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 indecible que y de lo indecible 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

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 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

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.

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. Mínima Trotta. 2011. Pág. 40.

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.

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 la entrega de la información solicitada, al momento de resolver el presente recurso se determinó el pago previo de la 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 negó y se declara la incompetencia, tal como ocurre en la mayor parte de los casos. De haber sido este caso, la respuesta del **Ayuntamiento de Tultepec**, habría cumplido las mejores prácticas nacionales e internacionales en el respeto al derecho de acceso a la información pública.

11. 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.**

12. 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.

13. 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 de la información requerida y a través del desahogo de un procedimiento materialmente jurisdiccional.⁷
14. 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) el 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*

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.

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.

derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos.⁹

15. 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 el motivo de inconformidad de la "LA FALTA DE RESPUESTA AL FOLIO 00015/TULTEPEC/IP/2017 y 00016/TULTEPEC/IP/2017", PUES NO SE ME NOTIFICO QUE SOLICITARAN AMPLIAR EL PLAZO PARA LA RESPUESTA A LA INFORMACIÓN REQUERIDA POR LO TANTO SE VENCÍÓ LA FECHA PARA LA RESPUESTA QUE LO ERA EL DÍA 05/04/2017.", consistente en que no le proporcionaron la información, situación que recae en lo estipulado por los artículos 165 último párrafo y 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.

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

16. 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.

17. 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

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.

procedimiento determinado que permita sancionar esta afectación particular al derecho de acceso a la información pública.

18. Estoy convencido de que el legislador ordinario federal y estatal, previó esta circunstancia y por esa razón estableció dos consecuencias precisas para 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.**
19. 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, por lo tanto, procede que se de vista a la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia para que determine el grado de responsabilidad correspondiente en caso de realizar dicho pago, según lo determinado por el artículo 223 de la ley en cuestión.
20. Sin que lo anterior sea menor, sin embargo debemos de preguntarnos en qué beneficia o afecta a [REDACTED] el que se inicie un largo y desactualizado procedimiento si finalmente la respuesta inicial retraso su acceso a la información requerida, tuvo que tomarse el tiempo y

dedicación para formular su recurso de revisión ante este Órgano Garante y aún en este momento, no ha podido acceder a la información que pretendía.

21. 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.

22. Corresponde valorar si en el caso en cuestión hubo o no negligencia.

Partamos de las siguientes premisas: A) [REDACTED]

[REDACTED] requirió de manera clara, precisa y contundente que deseaba acceder a cierta información en copia certificada (con costo). B) la autoridad niega la información, misma que se demostró que si la genera y la posee, C) Sin motivar ni fundar, el ponente decide ordenar el cobro de las copias certificadas de reproducción de la información y en lugar de atender los términos de la solicitud la entrega sin previo pago. D) [REDACTED]

[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 6o. 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

23. 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

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 GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01750/INFOEM/IP/RR/2015 Y 01751/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 7.

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.

24. 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, existe un claro y efectivo incentivo para que la autoridad de control interno agote el procedimiento administrativo e individualice las responsabilidades tanto para imponer las multas que establece la ley de transparencia como también para requerir el resarcimiento al patrimonio afectado de la institución como consecuencia de las conductas individuales de los servidores públicos. 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.

25. 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

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 *negligĕre* '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>

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 de 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. Conclusión del cobro de copias.

26. 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 165 último párrafo y 234 de

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

la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

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

27. Por otro lado, de ser procedente la entrega en versión pública de la información, el Sujeto Obligado deberá emitir el Acuerdo del Comité de Transparencia, que considero es de especial importancia: la clasificación total o parcial de la información requerida, toda vez que constituye una restricción al derecho humano de acceso a la información.

28. 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 absoluto¹⁴ aunque

¹⁴ **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

cualquier límite o 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.¹⁵ 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.

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 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.

¹⁵ "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.

29. 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 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.

30. 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.

IX. Requisitos previos

31. 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).

32. 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.

33. 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.

X. Supuestos de clasificación

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

35. 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: 1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o 2. La recaudación de las contribuciones.	VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de 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 testigo, así como sus familias, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables;	VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;
VII. La que contengan las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;	VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;
	IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores

	Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;
	X. Afecte los derechos del debido proceso;
VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;	XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;
IX. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la Ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público;	XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos y se tramiten ante el Ministerio Público, y
X. El daño que pueda producirse con la publicación de la información sea mayor que el interés público de conocer la información de referencia, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes; Cuando se trate de información sobre estudios y proyectos cuya divulgación pueda causar daños al interés del Estado o suponga un riesgo para su realización, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes; y	
XI. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; 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.

36. Mientras que los artículos 143 y 116 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan los supuestos para que la información pueda ser clasificada como confidencial:

- I. Se refiera a la información privada y los datos personales concernientes a una persona física o jurídico colectiva identificada o identificable;
- II. 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; y
- III. La que presenten los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo dispuesto por las leyes o los tratados internacionales.

La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

No se considerará confidencial la información que se encuentre en los registros públicos o en fuentes de acceso público, ni tampoco la que sea considerada por la presente ley como información pública.

37. Mientras que los artículos 130 y 105 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan que la aplicación de estos supuestos debe de realizarse de manera restrictiva y limitada, por lo que debe acreditarse que

se cumple con esta condición y no se pueden ampliar las excepciones o supuestos de clasificación aduciendo analogía o mayoría de razón.

38. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje¹⁶ para acreditar que el supuesto de hecho corresponde estrictamente con la hipótesis jurídica. Esto también lo debe de realizar el servidor público habilitado y el titular del área que administra la información.

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

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

¹⁶ "De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar de encaje, y que dan lugar a enunciados del tipo 'x es un Y'. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir paso a paso.

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

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

40. 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.

XII. La intervención del Comité de Transparencia.

A. Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.

41. 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.

42. 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.

43. 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

44. 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.

45. 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.

46. 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...."¹⁷

47. Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:¹⁸

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

¹⁷ OVALLE FAVELA, José, "Garantías constitucionales del proceso", 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002, 474 pp.

¹⁸ Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Epoca. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, marzo de 1996. Pág 769. Consultado en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/203/203143.pdf> el viernes 16 de junio de 2017

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.

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

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnóldo 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.

48. 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.

49. 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.
50. 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.
51. 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 personales¹⁹ 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 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

¹⁹ 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;

susceptibles de clasificarse como confidenciales mediante una versión pública que deje a la vista los datos que ofrezcan la información requerida.

52. 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

53. 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 autoreferencial 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

54. 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.

55. 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.

56. Sobre el primer supuesto consideremos que según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender "la contingencia o proximidad de un daño",²⁰ mientras que el daño es considerado como un "perjuicio o lesión"²¹, mientras que según el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo "(q)ue tiene existencia objetiva",²² mientras que lo demostrables es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar,²³ es decir, "(m)anifestar, declarar. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo)".²⁴ Mientras que lo identificable es lo que puede ser identificado,²⁵ esto es, "(d)ar los datos necesarios para ser reconocido".²⁶

57. 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.

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

²⁰ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E216930>

²¹ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E87450>

²² <http://dle.rae.es/?id=VGqyuLj|VGtxgAo|VGuc9W/g>

²³ <http://dle.rae.es/?id=CAjNzMR>

²⁴ <http://dle.rae.es/?id=CAqWkEB>

²⁵ <http://dle.rae.es/?id=KtnHLLd>

²⁶ <http://dle.rae.es/?id=KtpfgjV>

59. 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 Colombiana²⁷, siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán,²⁸ 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.

²⁷ "En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de 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.

²⁸ 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.

60. 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.
61. 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 del cumplimiento del periodo de restricción, dejen de existir los motivos de su reserva.
62. 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.
63. 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.

64. 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.

E. Condiciones especiales de la clasificación de la información como confidencial

65. Los artículos 148 y 120 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, establecen que aún tratándose de datos personales, se podrán proporcionar, incluso sin solicitar el consentimiento de su titular, cuando dichos datos correspondan a los siguientes supuestos:

I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;

II. Por Ley tenga el carácter de pública;

III. Exista una orden judicial;

IV. Por razones de seguridad pública, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación; o

V. Cuando se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos

interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos.

66. En el caso de lo señalado en la fracción IV, será el Instituto quien deba aplicar la prueba de interés público, considerando también que como recientemente ha discutido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los servidores públicos nos encontramos sujetos a un régimen menor de protección.

67. Pero si la información que se pretende clasificar como confidencial no se encuentra en los supuestos antes señalados y es posible, se deberá consultar al titular de los datos si permite o no el acceso. De no ser posible, la realización de la consulta, procede, fundando y motivando, la clasificación.

XII. Conclusión de versión pública.

68. 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 a la presente voto particular, la siguiente tabla.

I. Anexo

Requisitos previos	Los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los supuestos de clasificación:	Confidencialidad Reserva	
	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 de carácter general ni particular	El sujeto obligado debe emitir un 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
	Para clasificar la información como confidencial hay	que considerar la definición de dato personal	
	Estos supuestos se aplican de manera restrictiva y estricta, no pueden ampliarse		
Excepciones a la clasificación de reserva	No puede clasificarse como información reservada la concerniente a:	Actos (probados o en investigación) graves de violaciones a derechos humanos	
		Delitos de lesa humanidad	
		Actos de Corrupción	Los comprendidos en el Título Sexto del Código Penal del Estado

Participación del Comité de Transparencia	Formalidades	El Comité debe de estar debidamente integrado	
		El Comité no aprueba la clasificación, sólo: confirma, modifica o revoca la decisión de las áreas	
Fondo del acuerdo de clasificación	La carga de la prueba para justificar la restricción corresponde al sujeto obligado	Deber de fundar y motivar.	
Condiciones especiales de la reserva	Motivar implica Además se debe aplicar, caso por caso, una prueba de daño.	Señalar las razones, motivos o circunstancias. Se deben señalar las razones objetivas y acreditar.	Que entregar la información provoca un riesgo real, demostrable e identificable al interés público o a la seguridad pública
		*Adquiere la condición especial de ser temporal por un periodo de 5 años con la posibilidad de ampliarse por un periodo igual.	El riesgo por divulgar es mayor que el interés público de que se difunda
			El principio de proporcionalidad
Condiciones especiales de la confidencialidad	Para clasificar se debe verificar que no se	Si se encuentra en los supuestos de dicho artículo se entrega aún	

	encuentre en los supuestos del artículo 148 de la ley Estatal	sin consentimiento del titular del dato personal	
	Si es posible, se debe consultar al titular de los datos para requerir su autorización para entregarlo		

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/msa

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