

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/481/2017

Metepec, Estado de México a veintitrés de octubre 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 trigésima octava sesión ordinaria de este Pleno:

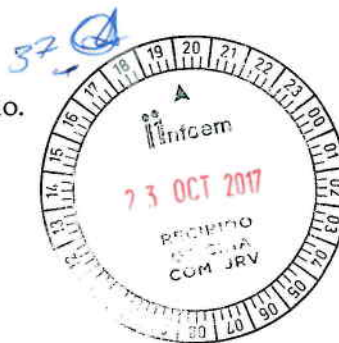
- 02076/INFOEM/IP/RR/2017 – Municipio de Texcalyacac.

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

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



C.c.p Doctora Josefina Román Vergara, comisionada, para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 02076/INFOEM/IP/RR/2017.

Resumen del voto: El presente voto particular establece la reparación a la afectación provocada al derecho de acceso a la información que debe efectuarse, cuando se presente la omisión a dar atención y seguimiento a las solicitudes de información que formulan los particulares en pleno ejercicio de su derecho, contemplando como una obligación por parte de los Sujetos Obligados, el cubrir los gastos de reproducción y envío de la información solicitada, siempre que proceda la entrega de la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 165 tercer párrafo y 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Índice.

I.	Consideraciones generales.....	2
II.	De los Requerimientos planteados en el recurso de revisión.....	3
III.	El derecho de acceso a la información pública.....	4
IV.	Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.....	5
V.	La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.....	7
VI.	Consecuencias de la violación al derecho humano.....	10
VII.	Conclusiones.....	15

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 trigésimo octava sesión ordinaria celebrada el día (18) de octubre de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por en contra de la falta de respuesta del Ayuntamiento de Texcalyacac, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.

2. La resolución puntualmente determina ORDENAR entregar en versión pública en CD ROM, los informes mensuales del ejercicio fiscal dos mil dieciséis y los correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil diecisiete, así como la cuenta pública Municipal fiscal de dos mil dieciséis; y es precisamente sobre la modalidad de entrega el aspecto sobre el cual formulo el presente voto particular.
3. Por los motivos y las razones de hecho y de derecho que se señalan a continuación 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

4. La recurrente solicitó "1.- Los Informes mensuales del ejercicio fiscal 2016, conforme a lo establecido en el artículo 2 fracción XI de la Ley de Fiscalización Superior del Estado de México. 2.- Los informes mensuales de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2017, conforme a lo establecido en el artículo 2 fracción XI de la Ley de Fiscalización Superior del Estado de México. 3.- La Cuenta Pública Municipal del ejercicio fiscal 2016, conforme a lo establecido en el artículo 2 fracción VIII de la Ley de Fiscalización Superior del Estado de México." (Sic),

5. Inconforme con la falta de respuesta por parte del Sujeto Obligado, la recurrente presentó el recurso de revisión que nos ocupa manifestando como acto impugnado "NO ME FUE PROPORCIONADA LA INFORMACIÓN" y razones o motivos de inconformidad "NO HUBO RESPUESTA POR PARTE DE LA AUTORIDAD"
6. Cabe señalar que el Sujeto Obligado fue omiso en rendir su Informe Justificado, reiterando su negativa a atender la solicitud de información que formuló el particular.

III. El derecho de acceso a la información pública.

7. Como establece el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestro país las personas gozan de los derechos reconocidos en dicho instrumento fundamental y en los tratados internacionales así como de las garantías para su protección. Entre estos derechos se encuentra el derecho de acceso a la información pública reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1; en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo quinto de la Particular del Estado de México. Ya sea que entendamos a los derechos como realidades positivas que forman parte de la

esfera de lo indecidible que o de lo indecidible que no¹ o bien como principios que constituyen mandatos de optimización,² lo cierto es que son piedra cardinal en el Estado Constitucional de Derecho que estamos llamados a hacer prevalecer en nuestro país.

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

8. 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 constituciones³ 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

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

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

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.

público consistentes en difundir, de oficio, un conjunto de información común para todos los Sujetos Obligados y específica de acuerdo con las funciones de cada uno de ellos; en segundo término, lo que el legislador ordinario en el estado de México estableció textualmente en el artículo 150 de la reciente ley de la materia al señalar que *el procedimiento de acceso a la información pública es la garantía del derecho en cuestión*.

9. Por lo tanto, cuando la particular, presentó la solicitud de acceso a la información pública ante el Sujeto Obligado, ejerció el derecho en cuestión a través de su garantía primaria depositada en la autoridad 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.

10. 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, la recurrente señaló CD-RQM (con costo) 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, y en estricto sentido, la persona que desea acceder a la información, al elegir una modalidad de entrega que genere un costo como lo es el caso, deberá cubrir el mismo, para que le sea entregada la información que requiere, sin embargo, el Sujeto Obligado, al ser omiso en responder la solicitud de información, niega el acceso a la información, por lo tanto es responsable de cubrir los costos de reproducción y envío.

11. Dicho costo, debe ser cubierto por todas las personas que soliciten la información en modalidades que generen un costo, siempre y cuando el Sujeto Obligado en cumplimiento de sus obligaciones respete, promueva y garantice el derecho de acceso a la información, lo que desafortunadamente en el presente caso no sucedió.

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 *(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,*

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. Párrs. 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/2013. Párr. 2º.

materialmente jurisdiccional) de las violaciones de las garantías primarias⁸ o como garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos.⁹

15. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma ley de transparencia ya citada precisa en su artículo 179 fracción VII que el propio recurso de revisión es un medio de protección y procede en contra de la entrega de la falta de respuesta a una solicitud. Por lo que el motivo de inconformidad consiste en que no hubo respuesta, situación que recae en los estipulado por el artículo 165 tercer párrafo, es plenamente fundado, constituye una afectación indebida e injustificada a su derecho de acceso a la información pública y la respuesta del Sujeto Obligado, 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 particular, mediante la cual se ordena la entrega de la información en CD-ROM con el previo pago de los derechos, por no existir razón alguna que lo impida.

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

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

VI. Consecuencias de la violación al derecho humano.

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 la particular pretendió acceder a cierta información en CD-ROM (con costo) y que la autoridad fue omisa en entregar respuesta a la solicitud 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.

17. Pero debo decir que el presente voto particular que me diferencia del resto del pleno consiste en los efectos de esa violación al derecho humano. Si bien es cierto, que los derechos no son efectivos sin las garantías que permitan su pleno cumplimiento, también estoy convencido de que las garantías son limitadas si las afectaciones o violaciones a los derechos humanos no se acompañan de las medidas adecuadas para asegurar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ampliamente ha establecido como doctrina consolidada en materia de no repetición de las conductas que lo

violan,¹⁰ o lo que Ferrajoli señala como la *sanción por los actos ilícitos* según se ha citado ya. Lo cual implica que se debe revisar si el ordenamiento jurídico actual establece un procedimiento determinado que permita sancionar esta afectación particular al derecho de acceso a la información pública.

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 I, II 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 en la modalidad elegida por la recurrente, no resulta aplicable para ello es dable señalar el contenido de la

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.

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México
y Municipios en sus artículos 165 tercer párrafo, el cual establece lo siguiente:

Artículo 165...

*Ante la falta de respuesta a una solicitud en el plazo previsto y en caso de que proceda
el acceso, los costos de reproducción y envío correrán a cargo del sujeto obligado.*

20. El precepto legal en comento resulta aplicable al caso que nos ocupa, toda vez
que el Sujeto Obligado fue omiso en atender y dar seguimiento a la solicitud
de información de la particular, afectando el derecho constitucional y
convencionalmente reconocido, retrasando su acceso a la información
requerida, aún en este momento, no ha podido acceder a la información que
pretendía.

21. Robustece mi postura, la Ley de Transparencia estatal en el Capítulo II,
artículo 234, el cual señala que "En caso que el Instituto determine que por negligencia
no se hubiere atendido alguna solicitud en los términos de esta Ley, requerirá a la Unidad de
Transparencia correspondiente para que proporcione la información sin costo alguno para el
solicitante" entendiéndose así, que al haber sido omiso en atender la solicitud de
información materia del presente recurso de revisión, sin causa debidamente
justificada, se presume que el Sujeto Obligado concurre en una negligencia en cuanto

al cumplimiento de sus obligaciones, por lo cual, resulta dable como medida de reparación a la afectación del derecho de la recurrente, entregar la información solicitada en la modalidad elegida por la solicitante sin costo alguno, por no haber promovido, promovido y garantizado el efectivo ejercicio del derecho al acceso a la información, tal y como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

22. De esta manera, al perder el Sujeto Obligado la posibilidad de percibir los derechos por la expedición de la información en CD-ROM (con costo), 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 la información en la modalidad de entrega elegida por la particular 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.

28. Pero al negarse el Pleno del Instituto a aplicar en estos términos el último artículo de la ley de transparencia y confiar en que se desahogue un procedimiento individualizado cuya culminación en términos temporales corre en una pista distinta y que supera con mucho los plazos para cumplir la presente resolución, perdemos la oportunidad de adoptar estas medidas de reparación del derecho a través de un beneficio directo establecido en la ley en favor de la persona; nos alejamos del criterio jurisprudencial interamericano de las medidas para asegurar la no repetición de los actos que violan los derechos y que deberían 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.¹¹

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010.

VII. Conclusiones.

24. La omisión en atender las solicitudes de acceso a la información provoca una afectación al derecho de los particulares, en ese sentido, el deber de reparación de los Sujetos Obligados no solo debe versar en la entrega de la información, sino también, en cubrir los gastos de reproducción y envío, tal y como lo establece la Ley en materia, esto, a razón de disminuir el alto índice de omisión por parte de las autoridades a atender solicitudes de información e incentivar a su vez, que los Sujetos Obligados cumplan con sus obligaciones que establece la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/ADM