

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 00110/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas argumentativas

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

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

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

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

El Secretaría de Movilidad del Estado de México, tienen obligaciones reforzadas al atender las solicitudes de acceso a la información.

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

VOTO PARTICULAR

Índice.

I.	CONSIDERACIONES GENERALES.....	3
II.	El derecho de acceso a la información pública.....	5
III.	Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.....	6
IV.	La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.....	9
V.	Consecuencias de la violación al derecho humano.....	11
VI.	Conclusiones.....	18

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 novena sesión ordinaria de fecha ocho (08) de marzo de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por _____, en contra de la respuesta de la Secretaría de Movilidad del Estado de México, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 00110/INFOEM/IP/RR/2017.

2. La resolución modifica la respuesta del Sujeto Obligado, ordenando la entrega de la información solicitada en copia certificada, previo pago de los derechos correspondientes y es precisamente sobre este último aspecto sobre el cual 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.

4. En el caso en estudio, desea obtener respecto de la Sociedad Mercantil Transportes México Guadalupe Victoria San Pablo y Anexas S.A. De C.V., la siguiente información en la modalidad de copias certificadas:

- a) *Total de Concesiones inscritas en el Registro Público Estatal de Transporte del Estado De México.*
- b) *Derroteros autorizados por la Secretaría de Movilidad del Estado de México y descripción de cada uno.*
- c) *¿Cómo es la participación de esta Empresa en la Sociedad Mercantil creada por la afectación del Mexibus líneas 2 y 4?*

5. Ante lo cual el Sujeto Obligado respondió en fecha veinticuatro de enero de dos mil diecisiete, presentando un archivo electrónico a través del Sistema de Acceso a la Información Mexiquense (SAIMEX), que contiene un cuadro en el que se menciona el número total de concesiones de "TRANSPORTES MEXICO GUADALUPE VICTORIA SAN PABLO Y ANEXAS SA DE CV" con información al día 16 de enero del 2017, además, refiere que la información relativa a derroteros autorizados, mediante acuerdo del Comité de Información de la Secretaría de

Movilidad del Gobierno del Estado de México número CI/SM/A/01/2016, fue clasificada como reservada, omitiendo pronunciarse respecto a la Participación de esta Empresa en la Sociedad Mercantil creada por la afectación del Mexibus líneas 2 y 4.

6. En este sentido, coincido en todas las partes en las que fue planteada y resuelta la resolución, sin embargo, en la parte del referido considerando Cuarto, en donde se determina que para estar en posibilidad de acceder a la información requerida el sujeto obligado deberá informar el procedimiento para hacer entrega de la copia certificada, en el cual se indicará, el costo, lugar, plazo, horarios y medios para realizar el pago, en atención a las siguientes consideraciones:

II. 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 indecible que o de lo indecible que no*¹ o bien como principios que constituyen *mandatos de optimización*,² lo cierto es que son piedra cardinal en el Estado Constitucional de Derecho que estamos llamados a hacer prevalecer en nuestro país.

III. 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 constituciones*³

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

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.

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

9. Por lo tanto, cuando , acudió a la solicitud de acceso a la información pública ante el **Secretaría de Movilidad del Estado de México**, 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.

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

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

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

, 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, la Secretaría de Movilidad del Estado de México cambió la modalidad de entrega de la información, al comunicar, vía SAIMEX, el total de concesiones inscritas en el Registro Público de Transporte del Estado de México, clasificó como reservada la información relativa a los derroteros autorizados y omitió pronunciarse acerca de *"Como es la Participación de esta Empresa en la Sociedad Mercantil creada por la afectación del Mexibus líneas 2 y 4"*, y si bien es cierto que dentro de los motivos o razones de inconformidad que arguye el no manifiesta dichas circunstancias, también lo es que resultan ser hechos objetivos, por lo tanto se ordena la entrega de dicha información.

11. Por lo que se considera que se habría respetado plenamente el derecho de si se le hubiera entregado la información al momento de dar contestación a la solicitud de información, situación que no ocurrió, tal como ocurre en la mayor parte de los casos. De haber sido este caso, la respuesta de la Secretaría de Movilidad del Estado de México, habría cumplido las mejores

prácticas nacionales e internacionales en el respeto al derecho de acceso a la información pública.

12. La Secretaría de Movilidad del Estado de México, también habría respetado el derecho de acceso a la información de 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 certificada como lo establece el artículo 174 fracción III de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, lo que desafortunadamente tampoco hizo.

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

13. 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.

14. 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

15. Lo que fue entendido por el legislador ordinario mexiquense quien a través del artículo 176 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios citada previamente, ha señalado que *(e)l recurso de revisión es la garantía secundaria mediante la cual se pretende reparar cualquier posible afectación al derecho de acceso a la información pública, con lo que además somos armónicos con los criterios doctrinales que ubican a la garantía secundaria como la reparación judicial (en nuestro caso, materialmente jurisdiccional) de las violaciones de*

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.

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

16. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios precisa en su artículo 179 fracción I y V de la que el propio recurso de revisión *es un medio de protección* y procede en contra de la entrega de *la negativa a la información en una modalidad*. Por lo que la respuesta del **Secretaría de Movilidad del Estado de México**, 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.

V. Consecuencias de la violación al derecho humano.

17. 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

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

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

, pretendió a acceder a cierta información en copias certificada y que la autoridad inicialmente negó, cambió de modalidad y clasificó parte de la información sin fundar y motivar su respuesta, 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.

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

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.

19. 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.

20. La primera en la dimensión de las responsabilidades individuales de los servidores públicos, según consta en el artículo 222 fracción XII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 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.

21. En este caso es evidente que el pago que se pretende aplicar para la expedición de la información requerida por 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.

22. Sin que lo anterior sea menor, sin embargo debemos de preguntarnos en qué beneficia o afecta a , 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.

23. 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.

24. Corresponde valorar si en el caso en cuestión hubo o no negligencia. Partamos de las siguientes premisas: A) requirió de manera clara, precisa y contundente que deseaba acceder a cierta información en copia certificada (con costo). B) la autoridad niega parte de la información, en otra parte hace un cambio de modalidad y en otra parte la clasifica, misma que se demostro que si la genera y la posee, C) Sin motivar ni fundar, la 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)

es consistente con su solicitud inicial y en tiempo y forma recurre la respuesta, 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 **Secretaría de Movilidad del Estado de México** 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. Por lo que la Secretaría de Movilidad del Estado de México, 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

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.

25. 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 , de manera clara, precisa, contundente e indubitable requirió información pública a la que pretende acceder en su modalidad de copia certificada y que la autoridad sin fundamentación ni motivación negó la información, es que aprecio que existe una actitud negligente¹² que provocó que la solicitud no fuera atendida en los términos de la ley, por lo que procedería el acceso a las copias certificadas sin que medie el pago de los derechos correspondientes.

26. 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 una 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

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

futuro, las solicitudes de acceso a la información sean atendidas bajo el más alto estándar que promueva la plena protección del derecho en cuestión.

27. 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.¹³

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

VI. Conclusiones.

28. Siendo el caso que la respuesta del Secretaría de Movilidad del Estado de México violó el derecho de acceso a la información pública de

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

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

ECD