

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ DEL RECURSO DE REVISIÓN 01029/INFOEM/IP/RR/2017

Líneas argumentativas:

La falta de impugnación respecto al resto de los requerimientos que no fueron manifestados en el recurso de revisión, no debe entenderse como actos consentidos.

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

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

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

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

Los órganos del Estado, tienen el deber que tienen dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales.

Índice

Contenido

I. Consideraciones Generales.....	3
II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.	4
III. Los actos consentidos no deben invocarse en el derecho fundamental de acceder a la información pública gubernamental.....	10

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 Vigésima Segunda Sesión Ordinaria de fecha catorce (14) de junio de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Coacalco de Berriozábal, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01029/INFOEM/IP/RR/2017.
2. La resolución señala que es procedente el recurso de revisión, pero infundadas las razones o motivos de inconformidad hechas valer por el particular en términos del Considerando Cuarto de la resolución, por lo que se modifica la respuesta otorgada por el **SUJETO OBLIGADO**.
3. Mi voto particular se deriva del hecho de que se haya invocado la figura de actos consentidos en el presente asunto, resultando del todo innecesario hacer referencia a dicha figura, de acuerdo a la respuesta proporcionada a la solicitud, lo cual he manifestado en diversas ocasiones, señalando que no deben invocarse en el derecho de acceso a la información pública.

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

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

5. [REDACTED] mediante su solicitud de acceso a la información 00033/COACALCO/IP/2017, requirió lo siguiente:

Solicitud 00033/COACALCO/IP/2017:

"CON FUNDAMENTO EN LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO EN LOS ARTÍCULOS 1, 4, 6, Y DEMÁS RELATIVOS DE LA LEY GENERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA; RESPETUOSAMENTE SOLICITO SE DÉ CURSO Y RESPONDA LA SIGUIENTE SOLICITUD DE INFORMACIÓN A LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN MATERIA DE MANEJO DE RECURSOS PÚBLICOS; AL TENOR DE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1. Solicito se me expida de forma digital copia de la póliza de cheque de enero del 2016 a la fecha*
- 2. Solicitud se me expida una copia del contrato y de la licitación del servicio de recolección y procesamiento de basura la cual esta concesionada a particulares y si fue licitación abierta o directa*
- 3. ¿Cuál es el costo de recolección de basura por tonelada?*
- 4. Solicito se me expida una copia de las actas de la instalación y sesiones de las comisiones edilicias municipales*
- 5. ¿Cuál es el mecanismo que se emplea para la recolección de la basura?*

6. ¿Cuál es el mecanismo que se emplea para el procesamiento de la basura que empresa lo hace y como se asignó el contrato?
 7. ¿Cuál es el costo mensual por concepto de gasolina, alimentos y hospedajes del presidente municipal? Solicito copia de las facturas.
 8. ¿Cuántos empleados tiene la oficina de la presidencia municipal?
 9. ¿Cuál es el monto por concepto de gastos personales de la oficina de la presidencia municipal?
 10. ¿Cuál es el costo mensual por concepto de gasolina, alimentos y hospedajes del secretario del H. Ayuntamiento? Solicito copia de las facturas
 11. ¿Cuál es el costo mensual por concepto de gasolina, alimentos y hospedajes del secretario particular del presidente municipal? Solicito copia de las facturas.
 12. ¿Cuál es el costo mensual por concepto de gasolina, alimentos y hospedajes del o la presidente del DIF? Solicito copia de las facturas.
 13. ¿Cuál es el estado de proveedores y acreedores del H. Ayuntamiento de enero del 2016 a la fecha?
 14. ¿Cuántos eventos públicos ha tenido cada dirección del H. Ayuntamiento especificando impresión de vinilonas, renta de audio y/o sillas etc.?
 15. ¿Cuánto se ha recaudado por concepto de agua habitacional y comercial de enero del 2016 a la fecha?
 16. ¿Cuántos litros de agua se gastan mensualmente?
 17. ¿Cuál es el monto de la deuda con la CAEM?
 18. ¿Cuál es el monto de la deuda con la con CFE del H. Ayuntamiento?
 19. ¿Cuál es el monto de la deuda con la con CFE del organismo de agua del agua?
 20. Solicitud de la copia de la factura de los gastos de la presidencia municipal
 21. ¿Qué tipo de luminarias se utilizan en el H. Ayuntamiento cuantas son y que costo tuvieron?
- ✓ Solicito saber si los miembros del H. Ayuntamiento y los directores son titulados de alguna carrera. Si es así, especificar número de cédula profesional." (Sic)

6. Sin embargo, como ya fue señalado, el **SUJETO OBLIGADO** informó que la información solicitada corresponde al Organismo Público Descentralizado Para la Prestación de los Servicios de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento del

Municipio de Coacalco, tal es el caso de los numerales 15, 16, 17 y 19 de los cuales se le informa a usted lo siguiente: "15. ¿Cuánto se ha recaudado por concepto de agua habitacional y comercial de enero del 2016 a la fecha?" Se informa que el monto recaudado por concepto de agua habitacional y comercial de enero del 2016 a la fecha es de \$ 132,387,736.49. "16. ¿Cuántos litros de agua se gastan mensualmente?" Se informa que derivado de algunos mantenimientos correctivos a las instalaciones el gasto mensual de agua es de 2,423,520 metros cúbicos por tanto 2,423,520,000 litros. "17. ¿Cuál es el monto de la deuda con la CAEM?" Se informa que el monto es de \$ 51,318,684.72 "19. ¿Cuál es el monto de la deuda con la CFE del organismo del Agua?" Se informa que el monto es de \$ 197,850,893.21 Espero dar respuesta a su solicitud, quedando a su disposición para cualquier aclaración o duda; el Sujeto Obligado agregó a su respuesta los archivos que para mayor comprensión del asunto a estudio se describen de manera general a continuación: "*folio 00033.pdf*": Contiene el oficio firmado por el Director de S.A.P.A.S.A.C., por virtud del cual da contestación a los puntos enumerados como 15, 16, 17 y 19 de la solicitud; *Solicitud 30 y 33-COACALCO-IP-2017 Costo Mensual por concepto de gasolina, alimentos y hospedajes del secretario.pdf*: Consistente en el oficio SECAYTTO-1024-2017 emitido por el Secretario del Ayuntamiento, por virtud del cual da contestación al punto enumerado como 10 en la solicitud de información; *Solicitud 30 y 33-COACALCO-IP-2017 Miembros del Ayuntamiento Titulados.pdf*: Relativo al oficio SECAYTTO-1026-2017, firmado por el Secretario del Ayuntamiento, a través del cual contesta

al punto 22 de la solicitud de información. *Solicitud 30 y 33-COACALCO-IP-2017 Copia de las actas de la instalación y sesiones de las comisiones edilicias municipales.pdf*: Contiene el oficio SECAYTTO-1138-2017 emitido por el Secretario del Ayuntamiento por virtud del cual da respuesta con relación al punto 4 de la solicitud de información. *SOLICITUD DE INFORMACIÓN A LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN MATERIA DE MANEJO DE RECURSOS PÚBLICOS CONTESTADO.docx*: Consistente en el cuestionario planteado en la solicitud de información con la contestación por parte del Sujeto Obligado a cada punto de la misma; *00033COACALCOIP201707042017.pdf*: Relativo a los oficios DGA/FGC/0566/2017 y DIF/DG/0172/2017, el primero de ellos emitido por el Director General de Administración en el que contesta a los puntos 2, 3, 6, 7, 8, 11, 14, 20 y 22 de la solicitud de acceso a la información; y el segundo emitido por el Director General del Sistema Municipal DIF Coacalco por medio del cual responde a la pregunta 16 de la misma solicitud."

7. Si bien es de destacar, pese al impedimento de poder proporcionar la información solicitada y en lo particular en el estudio y desarrollo de dicha resolución fueron invocados los llamados actos consentidos, tal y como se observa en las siguientes líneas de la resolución en comento:

"... el recurrente al momento de expresar sus motivos de inconformidad en su recurso de revisión, se queja únicamente de la respuesta a cuatro de los puntos

materia de su solicitud (números 1, 4, 5 y 18); en ese sentido debe señalarse que el análisis del presente recurso versará únicamente sobre el estudio de la respuesta a los puntos de la solicitud controvertidos, no así por los restantes, respecto de los cuales no se expresó agravio alguno; lo anterior es así, debido a que cuando la parte recurrente impugna la respuesta del Sujeto Obligado y no expresa razón o motivo de inconformidad en contra de todos los rubros de la respuesta que pudieran ser un agravio a su derecho, los mismos deben estimarse atendidos. Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, la Tesis Jurisprudencial Número 3ª./J.7/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el número de registro 174,177, que establece lo siguiente:

"REVISIÓN EN AMPARO. LAS CONSIDERACIONES NO IMPUGNADAS DE LA SENTENCIA DEBEN DECLARARSE FIRMES. Cuando la sentencia recurrida se apoya en dos o más consideraciones desvinculadas entre sí y cada una de ellas sustenta la declaratoria de inconstitucionalidad de distintos preceptos o actos, no deben estimarse inoperantes los agravios expresados por la parte recurrente que controvierten sólo una de esas consideraciones, pues al tratarse de razonamientos que revisten autonomía, el recurrente se encuentra en posibilidad legal de combatir únicamente la parte de la sentencia que estime contraria a sus intereses. En ese orden de ideas, cuando alguna consideración de la sentencia impugnada afecte a la recurrente y ésta no expresa agravio en su contra, tal consideración debe declararse firme."

(Énfasis añadido)

Así, la parte de la solicitud sobre la que no se expresó inconformidad, debe declararse consentida por el recurrente, ya que no pueden producirse efectos jurídicos tendentes a revocar, confirmar o modificar la parte de la respuesta con relación a la parte de la solicitud que no fue motivo de disenso ya que se infiere un consentimiento del recurrente ante la falta de impugnación eficaz. Sirve de sustento a lo anterior, por analogía, la tesis jurisprudencial número VI.3o.C. J/60, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el número de registro 176,608 que a la letra dice:

"ACTOS CONSENTIDOS. SON LOS QUE NO SE IMPUGNAN MEDIANTE EL RECURSO IDÓNEO. Debe reputarse como consentido el acto que no se impugnó por el medio establecido por la ley, ya que si se hizo uso de otro no previsto por ella o si se hace una simple manifestación de inconformidad, tales actuaciones no producen efectos jurídicos tendientes a revocar, confirmar o modificar el acto reclamado en amparo, lo que significa consentimiento del mismo por falta de impugnación eficaz."

8. Derivado de lo transcrito con anterioridad, considero que la incorporación de dicho concepto en la resolución en comento resulta a todas luces innecesario y además no ha lugar a invocarlos en el derecho humano fundamental de acceder a la información pública gubernamental. Por lo que la mayoría consideró que la respuesta quedó firme ante la falta de impugnación respecto al resto de los requerimientos que no fueron manifestados en el recurso de revisión. En el presente asunto que nos ocupa, es de señalar que del análisis hecho a la resolución en comento, no se discute que el **SUJETO OBLIGADO** ha dado

respuesta a la solicitud de información que en lo particular nos ocupan; sin embargo, en el derecho de acceso a la información, considero, es innecesario señalar la figura de actos consentidos.

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

9. En la resolución se precisa de manera amplia y solvente, un criterio adoptado en un procedimiento jurisdiccional sobre los actos consentidos. Al respecto estoy convencido de que la garantía constitucional que se desahoga ante esta autoridad corresponde a un procedimiento cuasi jurisdiccional que si bien reúne las formalidades básicas, que no todas del primero, también resulta evidentemente más flexible, más laxo y pretende ser de mayor protección al derecho humano, por eso es que contamos con un sistema electrónico que asiste a la persona que realiza una solicitud o presenta un recurso de revisión, de tal forma que se pretende que ejerza sus derechos sin verse en la necesidad de acudir a un profesional del derecho para que le asista en la elaboración de su promoción; contrario a ello, nuestro sistema pretende asistirle y facilitarle el procedimiento, esa flexibilidad se vería seriamente comprometida si este órgano garante decide imponer las cargas formales del proceso jurisdiccional y, al mismo tiempo no asegura otros derechos, el de la defensa adecuada, por ejemplo, incumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 74 de la Ley de

Transparencia de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y del 146 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que contemplan la figura de la suplencia de la queja.

10. La figura de la suplencia de la queja, para Héctor Fix Zamudio "...puede caracterizarse como el conjunto de atribuciones que se confieren al juez de amparo para corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes que, por su debilidad económica y cultural, carecen de un debido asesoramiento, y que puede expenderse, como ocurre en el proceso social agrario, a los diversos actos procesales de la parte débil incluyendo el ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba".¹ Según este mismo autor, "...es siempre obligatoria... respecto de los errores o defectos de los conceptos de violación expresados en la demanda, así como los de los agravios formulados en los recursos que el mismo ordenamiento establece".²

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

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

² *Ibidem*. Pág. 3594.

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

13. En este sentido el Dr. Miguel Carbonell ha señalado que:

“Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la

obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho”.³

14. Por lo que restringir el derecho de acceso a la información pública del particular suponiendo en el peor de los casos, que en efecto, no se hubiera ordenado la información solicitada por no impugnar la falta de entrega de los documentos solicitados, debilita la efectividad de esta garantía al hacerla depender de un hecho desconocido y, por lo tanto de dudosa acreditación, además que se insiste fue en todo momento innecesario señalar el argumento de actos consentidos.
15. Enfrentar este silencio u omisión de los particulares a inconformarse por algún punto o requerimiento de origen solicitado, cuando es evidente que no le fue entregada la información o satisfecho el derecho de acceso a la información pública con las formalidades del proceso jurisdiccional nos ubicaría en sentido contrario a la evolución experimentada por el Estado Mexicano con la trascendental reforma a la Constitución Federal del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, ya que con ella estamos dejando atrás al Estado de la Ley, en el que la regla se impone sobre el derecho y que coloca a conceptos como la seguridad jurídica en la base legitimadora de todo el sistema ya que como bien señala el Dr. Rodolfo Luis Vigo “La seguridad jurídica entendida

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

como previsibilidad jurídica fundada en las normas generales reproducidas estrictamente por los jueces, o como el orden pacífico surgido del libre goce y disponibilidad de los derechos individuales, monopolizará el horizonte axiológico de los juristas decimonónicos”.

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

17. Mucho menos si consideramos el siguiente criterio: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

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

progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen. [TA] Tesis: XXVII.3o.3 CS (10a.) Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Página: 2840.

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

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

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

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

21. Considero que no se justifica el argumento que se ha señalado en múltiples ocasiones y que comparte la mayoría en relación a “si no ésta expresa razón o motivo de inconformidad en contra de todos los rubros solicitados, dichos rubros deben declararse atendidos, pues se infiere que el recurrente ésta conforme con la información entregada al no contravenir la misma”. Este Órgano Garante debe revisar en forma minuciosa en todos los casos, si se le

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

entregó a los peticionarios todos y cada uno de los puntos que fueron solicitados, de esta forma se podrá verificar si el particular no se inconforma porque en efecto le han sido colmadas sus peticiones y por ello se tiene por satisfecho el Derecho de Acceder a la Información Pública, o bien, no le han sido colmados todos sus requerimientos y omite manifestarse al respecto, por diversos factores que a su alrededor ocurran y le puedan afectar. Además de ser un Órgano Garante, somos un Órgano Revisor y en ese sentido no podemos pasar inadvertido el hecho de no analizar la totalidad de requerimientos solicitados cuando no se pronuncien al respecto, cuando sea evidente que no han sido colmados, en ese sentido no estaríamos garantizando el derecho fundamental.

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

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

23. 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

24. 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 absoluto⁶ aunque cualquier límite o

⁶ **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 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.

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.⁷ 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.

25. 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

1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Pág. 533.

⁷ "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.

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.

26. Por esa razón, es que en esta ocasión concuro con el presente voto, 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.

V. Requisitos previos

27. 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).

28. 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.

29. 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.

VI. Supuestos de clasificación

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

31. 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:	VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;
1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o	
2. La recaudación de las contribuciones.	
VI. Pueda causar daño u obstruya la prevención o persecución de los	VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;

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. 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.

32. 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.

33. 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.

34. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje⁸ para acreditar

⁸ "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

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.

35. 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.

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

36. 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

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 AMADO, Juan Antonio. "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación" en Revista Iberoamericana de Argumentación, No. 13, 2016. Pp 1-19.

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.

VIII. La intervención del Comité de Transparencia.

A. Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.

37. 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.

38. 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.

39. 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

40. 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.

41. 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.

42. 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...."⁹

43. 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:¹⁰

⁹ OVALLE FAVELA, José, "Garantías constitucionales del proceso", 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002, 474 pp.

¹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época. 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

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

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

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

44. 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.
45. 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.
46. 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.
47. 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 personales¹¹ 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 susceptibles de clasificarse como confidenciales mediante una versión pública que deje a la vista los datos que ofrezcan la información requerida.

48. 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.

¹¹ 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;

C. Condiciones especiales de la clasificación de la información como reservada

a) La fundamentación específica

49. 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

50. 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.

51. 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.

52. Sobre el primer supuesto consideremos que según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender "la contingencia o proximidad de un daño",¹² mientras que el daño es considerado como un "perjuicio o lesión"¹³,

¹² <http://dej.rae.es/#/entry-id/E216930>

¹³ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E87450>

mientras que según el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo "(q)ue tiene existencia objetiva",¹⁴ mientras que lo demostrables es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar,¹⁵ es decir, "(m)anifestar, declarar. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo)".¹⁶ Mientras que lo identificable es lo que puede ser identificado,¹⁷ esto es, "(d)ar los datos necesarios para ser reconocido".¹⁸

53. 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.

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

¹⁴ <http://dle.rae.es/?id=VGqyuLj|VGtxgAo|VGuc9Wwg>

¹⁵ <http://dle.rae.es/?id=CAjNzMR>

¹⁶ <http://dle.rae.es/?id=CAqWkEB>

¹⁷ <http://dle.rae.es/?id=KtnHLld>

¹⁸ <http://dle.rae.es/?id=KtpfgjV>

55. 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 Colombiana¹⁹, siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán,²⁰ 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.

¹⁹ "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 diferencial. 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.

²⁰ 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.

D. La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.

56. 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.

57. 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, dejaran de existir los motivos de su reserva.

58. 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.

59. 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.

60. 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.

61. 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.
62. 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.
63. 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.

IX. Conclusión.

64. 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 al 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	El sujeto obligado debe identificar claramente la información que se pretende clasificar y

		• 13 supuestos en la Ley General	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
			El riesgo por divulgar es mayor que el interés

Condiciones especiales de la confidencialidad		*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
	Para clasificar se debe verificar que no se encuentre en los supuestos del artículo 148 de la ley Estatal	Si se encuentra en los supuestos de dicho artículo se entrega aún 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

Página 48 de 48