

Memorandum N° INFOEM/COM-JRV/07/2017

Metepec, México; 25 de agosto de 2017

M. en D. CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO DEL INFOEM
P R E S E N T E

Por instrucción de la Comisionada Josefina Román Vergara, y con fundamento en el artículo 14, fracciones X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios; le remito, para los efectos a que haya lugar, la **opinión particular concurrente** emitida por la Comisionada Josefina Román Vergara y la Comisionada Eva Abaid Yapur, en la resolución dictada en el recurso de revisión número **01363/INFOEM/IP/RR/2017 Y SU ACUMULADO**, aprobada por el Pleno de este Instituto en la Trigésima Sesión Ordinaria, de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

Sin más por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E


DIANA GRISELDA LUNA TAMARIZ.
COORDINADORA DE PROYECTOS

C.c.p. Mtra. Eva Abaid Yapur, Comisionada. Para su conocimiento.

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernández, Comisionado. Para su conocimiento y efectos conducentes.

Minutario

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

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



Metepec, México; 24 de agosto de 2017

OPINIÓN PARTICULAR CONCURRENTE QUE FORMULAN LA COMISIONADA JOSEFINA ROMÁN VERGARA Y LA COMISIONADA EVA ABAID YAPUR EN LA RESOLUCIÓN APROBADA POR UNANIMIDAD DE VOTOS 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 TRIGÉSIMA SESIÓN ORDINARIA DE FECHA VEINTITRÉS DE AGOSTO DE DOS MIL DIECISIETE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01363/INFOEM/IP/RR/2017 Y 01364/INFOEM/IP/RR/2017.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14, fracción X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, las que suscriben **Josefina Román Vergara** y **Eva Abaid Yapur** emitimos **OPINIÓN PARTICULAR CONCURRENTE**, respecto de la resolución del recurso de revisión 01363/INFOEM/IP/RR/2017 Y SU ACUMULADO, presentada al Pleno de este Instituto por el Comisionado **José Guadalupe Luna Hernández** en la Trigésima Sesión Ordinaria, de veintitrés de agosto de dos mil diecisiete. Opinión que es del tenor literal siguiente:

Las que suscribimos coincidimos con el sentido en que se resolvió el recurso de revisión en cuanto a modificar la respuesta del Poder Judicial, a efecto de proporcionar al particular la siguiente documentación:

- a) **Solicitud de empleo y en su caso Curriculum Vitae protegiendo cualquier información que conlleve a un riesgo grave;**

- b) Título profesional de Licenciado en Derecho; y
- c) Constancias, certificados, diplomas, cursos o documentos análogos.

Empero, es importante destacar la existencia del Juicio de Amparo interpuesto por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, en contra de la resolución emitida por el Pleno de este Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en el recurso de revisión 00010/INFOEM/IP/RR/2017 a través de la cual se ordenó al Poder Judicial, Sujeto Obligado, lo siguiente:

- a) *Los documentos donde consten los bonos o gratificaciones especiales entregadas en el mes de diciembre de dos mil dieciséis al Presidente del Tribunal Superior de Justicia ...*
- b) *En el supuesto de que no se hayan entregado bonos o gratificaciones especiales en el mes de diciembre de dos mil dieciséis al servidor público descrito en el inciso a), bastará que así lo manifieste el Sujeto Obligado al momento de dar cumplimiento.*
- c) *El acuerdo de clasificación emitido por el Comité de Transparencia que respalde la versión pública de la información entregada por el Sujeto Obligado en respuesta e informe justificado, así como la que en su caso se entregue en cumplimiento al presente fallo, en términos de lo señalado en el Considerando Cuarto y en los artículos 49 fracción VIII, 132 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y demás normatividad aplicable.*

Cabe señalar que el A quo resolvió otorgar el amparo para el efecto de que este Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, antes de determinar que la información solicitada deba considerarse como información pública, estaba constreñido a llamar al procedimiento de recurso de revisión al titular de la información pública, a efecto de debatir los intereses del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México.

No obstante lo anterior, este Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, considera ilegal la determinación del A quo, toda vez que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, específicamente el artículo 185, fracción II de la Ley de la materia, prevé que una vez que se haya integrado y admitido el recurso de revisión correspondiente, el o la Comisionada Ponente deberá ponerlo a disposición de las partes, a fin de que estas manifiesten lo que a su derecho convenga, en un plazo máximo de siete días hábiles.

Mientras tanto la fracción III, del citado artículo, señala que una vez recibido el informe justificado, este se pondrá a disposición del recurrente, para que en un plazo de tres días hábiles, manifieste lo que a su derecho convenga.

Sin que todo lo anterior, implique la afectación al derecho al acceso a la información del solicitante, lo que se colige la obligación de este Instituto de llamar al procedimiento al titular de la información, con independencia del sentido de la resolución que se emita, porque la determinación adoptada involucra necesariamente su intervención, en aras del respeto al derecho de audiencia protegido constitucionalmente.

Lo determinado por el A quo vulnera el contenido de los artículos 74 y 75, de la Ley de Amparo en lo que toca a los principios de congruencia y exhaustividad de las sentencias, puesto que se concedió indebidamente el amparo y protección de la Justicia de la Unión al ahí quejoso.

Se insiste, el a quo interpretó incorrectamente la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, lo que provocó que concediera ilegalmente el amparo y protección de la Justicia de la Unión, ocasionando con ello, un daño a este Organismo Garante, ya

que no se le privó al ahí quejoso de acudir a defender sus derechos dentro de la substanciación del Recurso de Revisión de cita, para poder ofrecer pruebas y alegar lo que a su interés conviniera, ya que la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 de nuestra Carta Magna fue colmada desde el momento en que el particular, solicitante de la información, tuvo la oportunidad de manifestarse respecto de lo que a su derecho conviniera.

En ese sentido, el A quo pasa desapercibido que nos encontramos frente a un acto de molestia concerniente al acceso de datos personales de contenido patrimonial que al pertenecer a un servidor público constituye información pública, razón por la cual, lo correcto era que el A quo aplicará la figura del control de constitucionalidad del acto reclamado en favor del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, teniendo como parámetro de regularidad constitucional lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Federal, relativo a los actos de molestia y no así lo previsto en el diverso artículo 14, que refiere a los actos privativos.

En efecto, es importante destacar que nos encontramos frente a un acto de información y no de un acto privativo, es decir, el acto reclamado no se rige en relación con el derecho de audiencia previa que se refiere el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que atiende las formalidades que deben observarse para los actos de molestia a que alude el artículo 16 Constitucional, esto es, a que se emita por escrito, por autoridad competente y con la debida fundamentación y motivación, sin que resulte necesario que, previo a su emisión, se de intervención al interesado.

Lo que se debe al hecho de que la facultad de la persona titular de información confidencial para intervenir en la delimitación de la información que puede ser del

conocimiento de otra persona, aún antes de que se ordene la elaboración de la versión pública correspondiente, está referida al derecho de oposición previsto en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, y no así en el artículo 14 constitucional.

Por ello, no es aplicable en materia de derecho de acceso a la información, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, dado que el procedimiento de acceso a la información pública es un acto de molestia que se rige especialmente por lo dispuesto en los artículos 6° y 16 de nuestra Carta Magna, conforme a los cuales, toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, el acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como manifestar su oposición, por lo que al no constituir un acto privativo no se requiere se otorgue al titular de los mismos el derecho de audiencia previa.

Aunado a lo anterior, es de precisarse que no se vulnera el derecho de oposición cuando no sea necesario el consentimiento del titular de la información, porque la información solicitada se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público cuando por Ley tenga el carácter de pública; cuando exista una orden judicial; cuando por razones de seguridad pública, o para proteger los derechos de terceros se requiera su publicación; o bien, cuando se transmita entre Sujetos Obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, tal y como lo establece el artículo 148 de la Ley Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios.

Así tenemos que, el artículo 148 antes citado, señala como excepciones a la previa obtención del consentimiento del particular titular de la información confidencial (datos personales) para poder permitir su acceso a terceros, por parte de los sujetos obligados, lo siguiente:

"Artículo 148. No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:

- 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.*

Para efectos de la fracción I del presente artículo, deberá sujetarse a lo previsto en las disposiciones jurídicas aplicables.

Para efectos de la fracción IV del presente artículo, el Instituto deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información."

De ahí que la sentencia de amparo sea ilegal pues en la misma se determinó conceder el amparo para el efecto de que se deje insubsistente el procedimiento del recurso de revisión resuelto por el Pleno de éste Instituto y se emplace al quejoso (titular de la información) a dicho procedimiento para que pueda dar razones del porque considera que la información solicitada no es pública, y por ende que tiene derecho a salvaguardar su divulgación para que no se le prive de la oportunidad de acudir a defender sus derechos, o ofrecer pruebas y alegar lo que a su interés convenga.

Así, dado que la información solicitada no comprende datos personales sino tan sólo información que tiene el carácter de pública por disposición expresa de la Ley, no admite prueba en contrario, constituyendo una presunción absoluta o iuris et de iure, el hecho de que debe ser del conocimiento público dicha información.

Por tanto válidamente se concluye, que el derecho de audiencia no es un derecho absoluto y la protección de la información que se refiere a la vida privada y a los datos personales serán en los términos y con la excepciones que al respecto fijen las leyes, lo que resulta conforme a lo previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 1° de la Carta Magna, al disponer que cuando, en la Constitución, haya una

restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Por lo que, en estos casos no se hace nugatorio el derecho de audiencia previa (artículo 16 Constitucional), ya que constituiría un obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso a la información pública si fuere necesario llamar a todas las personas titulares de la información solicitada cuando la información no sea confidencial al tener el carácter de pública por disposición expresa de la Ley Local de Transparencia.

Máxime, que no se requiere que se llame al procedimiento de recuso de revisión al titular de información confidencial cuando la ley Local de Transparencia previene que existe información respecto de la cual no se requiere el consentimiento para que los sujetos obligados puedan permitir su acceso a terceros, lo que acontece cuando los datos personales tienen el carácter de información pública, pues ello constituye una excepción al derecho a la protección de la información, que se refiere a la vida privada y datos personales, de conformidad con lo establecido en la fracción II del apartado A del artículo 6° de la Constitución Federal.

Es decir, el carácter de información pública no lo determina la audiencia de las partes en términos del artículo 14 Constitucional, sino que, se debe atender a las disposiciones legales en materia de acceso a la información y protección de datos personales.

Por ello, la calidad de la información pública no se determina con las manifestaciones de las partes, sino que deriva de los supuestos normativos previstos en la Ley de Transparencia Local.

En mérito de lo expuesto, las que suscriben emitimos opinión particular concurrente, pues se advierte la existencia del criterio equívoco que ha tomado en consideración un Juez de Distrito respecto de las resoluciones emitidas por el Pleno de este Organismo Garante en los recursos de revisión interpuestos por el Poder Judicial; de ahí la emisión de la presente opinión a efecto de evidenciar las razones que sustentan todo lo anterior.

Josefina Román Vergara
Comisionada
(Rúbrica)

Eva Abaid Yapur
Comisionada
(Rúbrica)

Esta hoja corresponde a la opinión particular concurrente emitida en la resolución del recurso de revisión 01363/INFOEM/IP/RR/2017 Y SU ACUMULADO aprobado en la Trigésima Sesión Ordinaria del veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

DGLT/YSM