

OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01470/INFOEM/IP/RR/2017.

Índice

I.	Consideraciones Generales	1
II.	La falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información afecta el derecho humano, lo que debe de ser reparado.	3
III.	Sobre la respuesta que se emita a la solicitud.....	9

I. Consideraciones Generales

1. He concurrido con mi Opinión 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 octava sesión ordinaria del día nueve de agosto, en el recurso de revisión promovido por _____ en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Texcoco procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01470/INFOEM/IP/RR/2017.
2. La resolución declara fundadas las razones y motivos de inconformidad hechos valer por el particular ordenada al sujeto obligado atiende la solicitud

de información número 00127/TEXCOCO/IP/2017, y haga entrega al recurrente a través del SAIMEX, lo siguiente:

- a) *En versión pública, documento o documentos donde conste o se pueda obtener el monto de los recursos otorgados en dinero y especie al arqueólogo Víctor Manuel Arribalzaga Tobón para trabajos de restauración e investigación en el sitio arqueológico de Monte Tláloc durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016.*
- b) *En versión pública, el o los convenios suscritos entre el sujeto obligado y el arqueólogo Víctor Manuel Arribalzaga Tobón para trabajos de restauración e investigación en el sitio arqueológico de Monte Tláloc durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016.*
- c) *El acuerdo de clasificación que respalde la versión pública de la información que entregue el sujeto obligado 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.*

3. Es por ello que, mi Opinión Particular se deriva en que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano constitucionalmente reconocido y todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de respetarlo, protegerlo y garantizarlo teniendo el deber de entregar la información solicitada en los términos en los que esta fue

generada, poseída o administrada, y esto está constreñido a dar atención a las solicitudes de información que a través del SAIMEX o de vía directa le sean presentadas en ejercicio del derecho humano de acceso a la información pública, lo cual, en el caso no aconteció.

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículo 14 del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente Opinión Particular.

II. La falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información afecta el derecho humano, lo que debe de ser reparado.

5. Resulta evidente que las razones o motivos de inconformidad hechos valer en el recurso de revisión resultaron fundadas y procedentes, en virtud de que el Sujeto Obligado fue omiso en responder la solicitud de información en cuestión.

6. Dicha omisión implica un incumplimiento de las obligaciones que la norma jurídica le impone como sujeto obligado de la misma, tal y como se señala en el artículo 23 fracción IV de la Ley de Transparencia del Estado de México, que a la letra dice:

Artículo 23. Son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder:

I. ...

IV. Los ayuntamientos y las dependencias, organismos, órganos y entidades de la administración municipal;

7. De tal manera que, en su calidad de sujeto obligado de la Ley de la materia, el **SUJETO OBLIGADO** se encuentra constreñido a respetar y cumplir el derecho humano de acceso a la información pública consignado por la Carta Magna y la Constitución Política Estatal que disponen lo siguiente, respectivamente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 60...

...

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo 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 en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijan las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

*Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México
Artículo 5.- ...*

*...
El derecho a la información será garantizado por el Estado. La ley establecerá las previsiones que permitan asegurar la protección, el respeto y la difusión de este derecho.*

Para garantizar el ejercicio del derecho de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales, los poderes públicos y los organismos autónomos, transparentarán sus acciones, en

términos de las disposiciones aplicables, la información será oportuna, clara, veraz y de fácil acceso.

Este derecho se regirá por los principios y bases siguientes:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos estatales y municipales, así como del gobierno y de la administración pública municipal y sus organismos descentralizados, asimismo de cualquier persona física, jurídica colectiva o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de interés público y seguridad, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

8. En virtud de ello, en cuanto al derecho humano de acceso a la información pública la información en posesión de las autoridades municipales es pública.

Aunado a ello, los Municipios son considerados Sujetos Obligados para efectos de transparentar y permitir el acceso a la información pública que posean, y están obligados a documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones. En ese sentido, debe privilegiarse en todo momento el principio de máxima publicidad.

9. Por tanto, en cumplimiento a las obligaciones que la Carta Fundante Básica, la Constitución Estatal y la Ley de la materia le imponen, el Sujeto Obligado está constreñido a dar atención a las solicitudes de información que a través del SAIMEX o de vía directa le sean presentadas en ejercicio del derecho humano de acceso a la información pública, lo cual, en el caso no aconteció, pues tal y como se ha acreditado de la revisión del expediente electrónico formado en el SAIMEX por motivo de la solicitud que dio origen a este recurso, el Sujeto Obligado fue omiso en dar respuesta a la solicitud.

10. De tal manera que la omisión del Titular de la Unidad de Transparencia, como primer responsable de ello de acuerdo de lo dispuesto por el artículo 53 fracción II de la Ley de la materia, a atender la solicitud de información, se traduce en una conducta que ha vulnerado el derecho de acceso a la información.

11. Es de señalar que, al actuar de esta forma, el Sujeto Obligado incumple con el primer mandato contenido en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece el deber de todas las autoridades, *en el ámbito de sus atribuciones, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos*. En este mismo sentido, debe considerarse que según lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, *el procedimiento de acceso a la información es la garantía primaria del derecho en cuestión*. Por lo tanto, la falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información constituye un incumplimiento del Sujeto Obligado a su deber de garantizar el derecho, lo que constituye una vulneración al mismo y resulta, totalmente aplicable, el último mandato del mismo párrafo del artículo constitucional antes citado que establece la obligación del Estado Mexicano, *de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos*.
12. El Órgano Garante de este Instituto de Transparencia, como institución pública que forma parte del Estado Mexicano y en cuya representación actúa al substanciar el recurso de revisión, como garantía secundaria, es decir, como remedio materialmente jurisdiccional ante las posibles afectaciones al derecho de acceso a la información, según el artículo 176 de la norma estatal antes citada, para reparar la violación al derecho humano de acceso a la información que se deriva del incumplimiento del Sujeto Obligado de

garantizarlo a través de las respuestas que debe entregar a las solicitudes de acceso a la información, cumple con su alto deber de repararlo ordenando, en consecuencia, que el Sujeto Obligado responda a la solicitud de acceso a la información pública.

III. Sobre la respuesta que se emita a la solicitud

13. En cumplimiento de la resolución, lo correcto debe ser que el Sujeto Obligado de atención a la solicitud de información, sin que sea materia de este recurso analizar o prejuzgar si la información que le fue solicitada se encuentra en sus archivos o le corresponde generarla, puesto que el silencio administrativo que hizo patente al omitir dar respuesta, trae como consecuencia que se le ordene dar atención a la solicitud, lo cual deberá llevar a cabo en ejercicio de sus atribuciones y con arreglo a lo dispuesto por la ley de la materia.

14. En este caso, el Sujeto Obligado deberá de sustanciar todo el procedimiento de acceso a la información pública verificando si la información que le ha sido requerida corresponde al ejercicio de sus facultades, competencias o funciones.

15. Si dentro de las facultades, atribuciones y competencias no se encuentra la de poseer la información requerida, deberá hacerlo del conocimiento del particular y en su caso orientar al solicitante sobre el o los Sujetos Obligados competentes, sin pasar desapercibido que tal orientación debió realizarse dentro de los tres días hábiles posteriores a la recepción de la solicitud, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.
16. No está por demás señalar que la obligación constitucional de documentar todo acto que derive del ejercicio de las facultades, competencias o funciones de los Sujetos Obligados, encuentra expresión legal en los artículos 19 de la Ley General de Transparencia y de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México. Disposiciones que en su primer párrafo establecen que se presume la existencia de la información cuando ésta se encuentre relacionada con las facultades, competencias o funciones señaladas en la ley. Esta presunción puede ser explícita, cuando las disposiciones jurídicas expresamente señalan el tipo concreto de información, por ejemplo, cuando se establece la facultad de un sujeto obligado de aprobar un presupuesto de egresos; o implícita, cuando se infiere directa o indirectamente del propio texto normativo la existencia de la información, aun cuando ésta no se enuncie de manera precisa en la norma, por ejemplo, un decreto que sin crear a un sujeto obligado, le cambia el nombre, que de

manera expresa no se encuentra enlistado en la primera fracción de los artículos que establecen las obligaciones de transparencia comunes pero que si forma parte del marco normativo aplicable.

17. En consecuencia, para responder a la solicitud de acceso a la información en cuestión el Sujeto Obligado deberá de verificar si esta corresponde a una facultad, competencia o función explícita o implícita. Si no estuviera comprendida en éstas, bastará con que su respuesta señale lo anterior. Pero si la información corresponde al ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, deberá de proceder, según lo establecido en el artículo 162 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, turnando la solicitud a todas las área competentes que cuenten o deban tener la información con objeto de que realicen una búsqueda exhaustiva y razonable de la información solicitada.

18. Una vez que se la información sea localizada, los servidores públicos habilitados deberán de valorar si se entrega en su totalidad, en versión pública o si es susceptible de clasificarse.

19. No obstante, también debe considerarse que aun cuando la información requerida corresponda a alguna función, facultad o competencia del Sujeto Obligado, es posible que esta información no se localice, bien porque no se

haya generado o porque no se encuentre disponible, en el momento de su búsqueda.

20. A diferencia de la Ley General, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México establece, en su artículo 19, dos supuestos generales para proceder en el caso de información inexistente pero cuya existencia se presume por relacionarse con las facultades, competencias y funciones legales de los sujetos obligados. El primer supuesto, que corresponde a lo señalado en su segundo párrafo, alude a actos no realizados y contemplados en alguna hipótesis jurídica pero:

- a) cuya realización dependa de que un tercero demande la emisión de un acto de autoridad, la expedición de una licencia, por ejemplo;
- b) de un acontecimiento de realización probable, la Cuenta Pública correspondiente a un ejercicio fiscal en curso, por ejemplo; o
- c) una facultad potestativa, la firma de convenio de colaboración, por ejemplo.

21. En estos casos, el Sujeto Obligado, al emitir su respuesta o cumplir con una resolución emitida por éste órgano garante, deberá manifestar, de manera precisa y clara, las razones que expliquen las causas por las que no se ha

realizado el acto de autoridad y, en consecuencia, no se ha documentado decisión alguna.

22. El segundo supuesto, que corresponde a lo señalado en su último párrafo del artículo antes referido, alude a:

1.- Actos realizados sobre los cuales

a) no se generó, poseyó o administró el documento que registre la información solicitada;

b) habiendo sido generada, poseída o administrada, no se cuenta con la información solicitada; o bien,

2.- El sujeto obligado fue omiso en el ejercicio de una facultad, competencia o atribución inexcusable.

23. En estos casos, será necesario acreditar que se cumplieron los supuestos del artículo 169 del citado ordenamiento y emitir la resolución que confirme la inexistencia cumpliendo con las formalidades señaladas en el artículo 170 de la misma norma.

24. En cualquiera de los casos, imperativamente, el sujeto obligado debe de responder a la solicitud de acceso a la información pública, ya sea señalando que no cuenta con la información porque esta no corresponde al ejercicio de

sus facultades, competencias o funciones, o bien, si la información sí corresponde a cualquiera de éstas, buscando, localizando y entregando la información de manera íntegra, parcial o clasificándola en su totalidad por los supuestos que se señalan en la sección siguiente o, en su defecto, de no localizar la información que debía tener, procediendo según lo refieren los párrafos segundo o tercero del artículo 19 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, pero emitiendo una respuesta.

IV. Cumplimiento a la resolución es susceptible de ser impugnado

25. Por otra parte, es de destacar que atento a lo dispuesto por el párrafo final del artículo 179 de la Ley de la materia, se encuentra previsto que en casos como el que acontece, es decir, cuando los sujetos obligados emiten respuesta derivada de una resolución a un recurso de revisión que proceda por la causal prevista en la fracción VII de la Ley en cita, dicha respuesta es susceptible de ser impugnada de nueva cuenta, mediante recurso de revisión ante el Instituto. Esto es, que el acto que genere el Sujeto Obligado en cumplimiento a la resolución, dicho en otras palabras, la respuesta que genere al dar atención a la solicitud de información con arreglo a los principios establecidos por la Ley de la materia en los términos planteados en la resolución, no es definitivo puesto que en caso de que la información que entregue no sea satisfactoria del derecho de acceso a la información pública, queda al alcance

de la persona la interposición de un nuevo recurso de revisión que independiente del que se resuelve en este instrumento, versará sobre la revisión de la respuesta que le sea entregada. Lo cual proporciona al particular una herramienta para defender su derecho de acceso a la información ante un posible cumplimiento defectuoso de la presente.

26. Es en atención a las consideraciones antes señaladas el Sujeto Obligado deberá de dar atención a la solicitud de información que a través del SAIMEX le fue presentada en ejercicio del derecho humano de acceso a la información pública. Para que pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública sin la violación de ningún derecho en su solicitud con arreglo al procedimiento establecido en la ley.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/JPR