

"2018. Año del Bicentenario del Natalicio de Ignacio Ramírez Calzada, El Nigromante"

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/118/2018

Metepec, Estado de México a 12 de marzo de 2018

~~LICENCIADO ALEXIS TAPIA RAMÍREZ~~  
~~SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO~~  
PRESENTE

De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar la **opinión particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la novena sesión ordinaria de este Pleno:

- 02835/INFOEM/IP/RR/2017- Municipio de Toluca.

Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

Sin otro particular me despido de usted y le envió un cordial saludo.

ATENTAMENTE

P-A.

LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ  
COORDINADORA DE PROYECTOS



c.c.p. Maestra Zulema Martínez Sánchez. Comisionada Presidenta. Para su conocimiento.

## OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 02835/INFOEM/IP/RR/2017.

### Líneas interpretativas

En aquellos casos en los que el objeto de la licencia no involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos, el nombre del titular de la misma, como dato personal, debe de ser protegido y, a través de la entrega de una versión pública que proteja dicho dato y exponga toda la información que refleje el acto de autoridad, sujeto a control democrático, lo que se constituye como una medida estrictamente proporcional que permite el ejercicio simultáneo de los derechos de acceso a la información pública y a la protección de datos personales.

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 sesión del 07 de marzo del año en curso, derivado del recurso de revisión antes señalado y promovido por \_\_\_\_\_, en contra de las respuestas del Ayuntamiento de Toluca, Méx.

2. La resolución determina modificar la respuesta y ordena al Sujeto Obligado entregar el acuerdo de clasificación de la información de acuerdo con lo señalado en el Considerando Cuarto.
3. Mi opinión particular se explica porque a través de la presente resolución, al determinarse la clasificación del nombre del titular de las licencias de construcción y uso de suelo, éste Órgano Garante está adoptando un criterio distinto al que usualmente sostenía, la entrega de dicha información, realizando, desde mi punto de vista, un ejercicio de interpretación pro persona, todo lo cual exige la adecuada justificación de la medida adoptada, razón por la cual acompaño la resolución de mis propios argumentos.
4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción III y 39 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente opinión particular.
  - I. La interpretación tradicional de los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.



5. La decisión de fondo que este Órgano Garante ha adoptado, al aprobar la presente resolución, consiste en una interpretación restrictiva del texto del artículo 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, con la finalidad de proteger un dato personal: el nombre del titular de la licencia; esto a pesar de que hasta ahora ha prevalecido una interpretación general de la disposición citada, la que además es equivalente a lo dispuesto en el artículo 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
6. Dichas disposiciones normativas señalan que constituye una obligación común de transparencia, que debe publicarse y mantener actualizada, la información correspondiente a “las concesiones, contratos, convenios, permisos, **licencias** o autorizaciones otorgados, **especificando los titulares de aquéllos, debiendo publicarse su objeto, nombre o razón social del titular**, vigencia, tipo, términos, condiciones, monto y modificaciones, así como si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos”.
7. En esa interpretación general que se ha aplicado, se han considerado sólo dos elementos de la hipótesis jurídica, el tipo de documento y la información que debe publicarse, por lo que se ha ordenado que en el caso de: a) concesiones, b) contratos, c) convenio, d) permisos, e) licencias o f) autorizaciones, se publique 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos,

6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos, lo que provoca las combinaciones que de manera gráfica pueden apreciarse en la siguiente tabla.

| Instrumento | Información que debe publicarse                                                                                                                                                                                                     |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Concesiones | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos |
| Contratos   | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos |
| Convenio    | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento                                                                         |



|                       |                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                       | involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos                                                                                                                                                             |
| <b>Permisos</b>       | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos |
| <b>Licencias</b>      | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos |
| <b>Autorizaciones</b> | 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y 9) si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos |

8. Así han sido interpretadas las disposiciones jurídicas antes citadas y, como consecuencia, en los formatos de la Plataforma Nacional de Transparencia se considera que en este apartado se deben de subir los más variados documentos que correspondan a las concesiones, los contratos, los convenios, los permisos, las licencias o autorizaciones, y, en el caso de las licencias, desde las licencias de conducir hasta las licencias para aprovechar determinados bienes públicos, entre ese espectro desde luego se incluyen las licencias de construcción, de funcionamiento, etc.

## II. La interpretación que propone este órgano garante

9. Este Órgano Garante, responsable de garantizar los derechos de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, después de largas semanas de reflexionar el tema y de considerar distintas alternativas, ha decidido adoptar una interpretación mutativa de carácter reductora<sup>1</sup> al establecer excepciones a la aplicación que ha prevalecido de todos los supuestos, para ello, es necesario identificar tres factores en la hipótesis jurídica: el tipo de documento, la información que debe publicarse y si el beneficio de dicho procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos, dándole más peso al tercer factor para determinar qué información

<sup>1</sup> DÍAZ REVORIO, F. Javier. *La sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. México. Coed. Porrúa y el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011. Pág. 132.



debe publicarse o no, por lo que consideramos que en el caso de: a) concesiones, b) contratos, c) convenio, d) permisos, e) licencias o f) autorizaciones, se debe determinar si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos I. Sí, o II., no, para entonces determinar qué elementos deben publicarse de un universo de información que comprende: 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto, 8) modificaciones y, lo que provoca las combinaciones que de manera gráfica pueden apreciarse en la siguiente tabla.

| Instrumento | aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos | Información que debe publicarse dependiendo de si se aprovechan o no los bienes, servicios y/o recursos públicos                                                                                  |
|-------------|------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Concesiones | Sí o no                                                    | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |



|           |         |                                                                                                                                                                                                   |
|-----------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Contratos | Sí o no | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |
| Convenio  | Sí o no | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |
| Permisos  | Sí o no | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |

|                       |         |                                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Licencias</b>      | Sí o no | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |
| <b>Autorizaciones</b> | Sí o no | Dependiendo de la respuesta anterior podría publicarse hasta 1) su objeto, 2) nombre o razón social del titular, 3) vigencia, 4) tipo, 5) términos, 6) condiciones, 7) monto y 8) modificaciones. |

10. Esta necesidad de interpretar la norma es resultado de la obligación que nos impone tanto el artículo sexto de la Constitución, que reconoce el derecho de acceso a la información pública bajo el principio de “máxima publicidad” como el artículo 16 que reconoce el derecho a la protección de datos personales, en el que ha prevalecido el principio de “máxima protección”, ante la concurrencia, en una misma situación, de ambos derechos, soy de la opinión de que el



operador jurídico debe entender que el principio de seguridad jurídica, incluso desde la visión más ortodoxamente positivista,<sup>2</sup> no es absoluto y se encuentra supeditado a la necesidad de interpretar los distintos derechos y reglas para encontrar los límites correctos de los derechos en cuestión.

**III. La constitucionalidad de la interpretación tradicional de los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.**

11. En este caso en particular, en primera instancia parecería que la situación se encuentra perfectamente resuelta a favor del acceso a la información ya que: 1. El artículo sexto constitucional reconoce el derecho de cualquier persona a “buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”, 2. Evidentemente, la información en posesión de los sujetos obligados puede y con mucha frecuencia contiene datos personales, por eso, el artículo 16 de la propia Constitución señala que “(t)oda persona tiene

<sup>2</sup> “Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que sólo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política”. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. 2ª. edición, Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., México, 2012. Pág. 171.

derecho a la protección de sus datos personales, y en el mismo artículo sexto constitucional se señala que "(l)a información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes".

12. De esta manera tenemos que todas las personas tienen derecho tanto a buscar, recibir y difundir información, como a la protección de sus datos personales, y cuando es en la información pública a la que se pretende acceder dónde se contienen dichos datos personales, cuando esta se refiera a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con excepciones que fijen las leyes.
13. Corresponde ahora analizar las excepciones que fijan las leyes. Para ello debemos de hacer una interpretación sistemática de los artículos 147 y 148 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, y los artículos 119 y 120 fracción II de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que nos permite considerar lo siguiente: los sujetos obligados pueden permitir el acceso a información confidencial si cuentan con el consentimiento del titular de dichos datos, o bien, pueden permitir el acceso sin requerir el consentimiento cuando la información, por ley, tenga el carácter de pública.



14. En este caso, como ya se ha señalado, los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establecen que deben publicarse de manera proactiva las concesiones, contratos, convenios, permisos, licencias o autorizaciones, incluyendo, entre otros elementos, el nombre del titular de la licencia.
15. A la luz de estas disposiciones, el caso parecería estar resuelto y la solución no sería sino la exposición del dato personal, pero como bien ha señalado la relatoría interamericana de libertad de expresión, el estándar interamericano determina para que una restricción al derecho sea legítima se necesita que se cumplan tres condiciones: 1.- Que la restricción previamente se haya establecido de manera precisa y clara en una norma jurídica, lo que en este caso ocurre; 2.- que la limitación debe de estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, en este caso, para favorecer el ejercicio de otro derecho reconocido en la misma Convención, el de acceso a la información, con lo que parecería que este aspecto también se cumple y 3.- que la limitación debe de 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,<sup>3</sup> y es este aspecto, la estricta proporcionalidad, la que nos obliga a analizar la constitucionalidad y convencionalidad de la restricción establecida en la norma en cuestión que comienza a parecer una cláusula sospechosa.

16. Para analizar este aspecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha construido un test en cuatro fases para identificar si una cláusula sospechosa por restringir un derecho humano puede ser constitucionalmente legítima integrada por las siguientes fases: en primer lugar, que persiga una finalidad constitucionalmente válida,<sup>4</sup> como ya se ha dicho, en este caso es el permitir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública; que la medida legislativa sea idónea,<sup>5</sup> en este caso, suponiendo sin conceder, digamos

<sup>3</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco Jurídico Interamericano para la Libertad de Expresión. 2010, Párr. 67.

<sup>4</sup> PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos. 1a. CCLXV/2016 (10a.), (TA), Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Página: 902.

<sup>5</sup> SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en



que el acceso a la licencia de construcción permite garantizar el derecho humano de acceso a la información que consiste en esa información en particular; en tercer lugar, que la medida sea necesaria y que no haya medidas alternativas menos lesivas para el derecho que va a ser afectado,<sup>6</sup> y es en este aspecto en el que la medida comienza a mostrarse como una cláusula sospechosa, ya que debemos preguntarnos si habría otra medida menos lesiva al derecho a la

algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas. 1a. COLXVIII/2016 (10a.) (TA), Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Página: 911

<sup>6</sup> TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto. 1a. CCLXX/2016 (10a.) (TA), Décima Época, Primera Sala, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Página: 914

protección del nombre del titular de la licencia y que al mismo tiempo permita que otra persona ejerza su derecho de acceso a la información; y, por último, el examen de proporcionalidad en sentido estricto que es en el que enfoco mi análisis para justificar el voto que he emitido para aprobar esta resolución, para lo cual es indispensable analizar el método propuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.** *Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del*



*escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio. 1a. CCLXXII/2016 (10a.) (TA), Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Página: 894.*

17. Con el texto de los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el

legislador pretende asegurar que las personas ejerzan su derecho de acceso a la información pública accediendo a documentos íntegros en los casos de licencias, por ejemplo, a costa de la afectación del derecho humano de protección de datos personales, en el caso del nombre del titular de una licencia, de esta manera se pretende beneficiar el interés del solicitante de la información.

18. Ahora bien, en el caso que analizamos, el señor [redacted] pretende acceder "...a la licencia de uso de suelo y construcción de la escuela denominada 'Colegio Cibeles'...saber si el proyecto efectuado (aula 5 niveles) contó con licencia de construcción y de ser positivo lo anterior, informe si se respetó el proyecto autorizado".

19. Para identificar la importancia del derecho de acceso a la información, vale la pena considerar que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho permite que las personas "ejercen el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas"<sup>7</sup>

20. De esta manera, el señor [redacted] pretende acceder a la licencia de uso de suelo y de construcción para *cuestionar, indagar y considerar* si la autoridad está *dando un*

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros contra Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, fondo reparaciones y costas. Parr.86.



*adecuado cumplimiento de las funciones públicas* al permitir o autorizar la construcción de aulas en cinco niveles en el caso del “Colegio Cibeles”, frente a esta pretensión tendríamos que preguntarnos ¿de qué manera conocer el nombre del titular de la licencia influye en este ejercicio de control democrático? La respuesta es clara, en nada.

21. De ser el caso que las disposiciones en materia de desarrollo urbano permitan que en esa zona en particular se puedan establecer o no escuelas, la expedición o no de la licencia de uso de suelo y su contenido, reflejara el acto de la autoridad sujeto a control democrático; de igual forma, de esas mismas disposiciones administrativas derivará si en esa zona se tienen permitida una densidad de construcción de hasta cinco niveles, lo que se acreditará con la expedición o no de la licencia de construcción y de su contenido, lo que refleja también un acto de autoridad sujeto a control democrático. Pero en ambos casos son la expedición o no de las licencias y su contenido en el apartado en el que se contiene el acto de autoridad, los que permiten garantizar el derecho de acceso a la información del señor y no la exposición del nombre del titular de la licencia que es el dato personal expuesto y que afecta el derecho a la confidencialidad de su titular, de esta forma, proteger el derecho a la protección del nombre del titular de la licencia de construcción y de uso de suelo no genera un daño grave al ejercicio del derecho de acceso a la información, y al contrario, la simple y llana aplicación literal del texto de la ley, provoca una afectación

desproporcionada, provocada por el legislador democrático en este caso en el que el objeto de la licencia no involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos.

22. De esta manera, al aplicar el test de proporcionalidad estricta, el texto de los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no logra cumplir con el parámetro de regularidad constitucional que justifique la afectación del derecho a la protección de datos personales, en este caso, el nombre de los titulares de las licencias, en particular de construcción y de uso de suelo.

#### IV. Control difuso de constitucionalidad, disponible para las autoridades administrativas

23. Frente a ese hallazgo, cabe preguntarnos, ¿qué debe de hacer el Órgano Garante? ¿acatar el mandato de la ley e informarle a la Legislatura del Estado y al Congreso de la Unión para que reformen las disposiciones jurídicas en cuestión? ¿Fallar aplicando la literalidad de dichas normas, aunque se ha acreditado su inconstitucionalidad y hacerlo notar para que el particular que se vea afectado intente un juicio de amparo, aun cuando la autoridad especializada en materia de protección de datos personales es, precisamente este Órgano Garante?



24. La respuesta la encontramos en la tesis P. LXX/2011 (9ª), emitida por el más Alto Tribunal de nuestro país al establecer “que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad”

*SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado*

*en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad. P. LXX/2011 (9a.), Décima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1 Pag. 557.*

25. En mérito de lo anterior es que considero que es posible una interpretación restrictiva de la norma jurídica que evite que deje de aplicarse, y al asumir una interpretación mutativa de carácter restrictivo, hagamos uso, precisamente, de la interpretación pro persona, considerándose que no en todos los supuestos se debe de entregar toda la información señalada por la fracción en cuestión, sino que en aquellos casos en los que el objeto de la licencia no involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos, el nombre del titular de la misma, como dato personal, debe de ser protegido y, a través de la entrega de una versión pública que proteja dicho dato y exponga toda la



información que refleje el acto de autoridad, sujeto a control democrático, se adopte una medida estrictamente proporcional que permite el ejercicio simultáneo de los derechos de acceso a la información pública y a la protección de datos personales.

26. De esta forma, sigue aplicándose la norma jurídica que determina que diversos documentos, entre ellos, las licencias, deberán de publicarse y solo restringe un dato que será protegido a través de una versión pública.

#### **V. De la prueba de interés público**

27. La ponente, en su resolución, estudia el caso y justifica la medida en la que hemos coincidido de manera unánime, en términos del artículo 148 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, pero me parece que el uso de esa disposición no es la más adecuada técnicamente, ya que dicha disposición es el fundamento de la prueba de interés público, procedimiento que tiene como finalidad derrotar el derecho a la protección de datos personales, para que el dato pueda ser expuesto y entregado, que es precisamente lo contrario a lo que pretendemos llegar con la resolución de este asunto.

28. Para aplicar la prueba de interés público primero se necesita que se identifiquen las razones de seguridad pública o la defensa del derecho de un tercero, lo que justificaría aplicar los tres juicios: idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, para justificar que el derecho a la protección de datos personales ceda y prevalezca el acceso. Lo que en la resolución no se hace.
29. Tanto en la ley general como en la ley local, el legislador democrático estableció dos pruebas para derrotar los intentos de clasificación de la información, ya sea por reserva, a través de la prueba de daño; o por confidencialidad, a través de la prueba de interés público, la consecuencia de superar estas pruebas, obliga a entregar la información a quien la solicita. Y al definir los supuestos de clasificación de la información, se determinan las excepciones para limitar el derecho de acceso a la información, siendo la de datos personales, la menos desarrollada jurídicamente. Por esa razón es que el análisis de regularidad constitucional de las limitaciones al derecho a la protección de datos personales es, desde mi punto de vista, el procedimiento disponible para este Órgano Garante en el caso que se resuelve.

## VI. Conclusión

30. Considerando entonces que la interpretación tradicionalmente adoptada de los artículos 92 fracción XXXII de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información



Pública del Estado de México y Municipios y 70 fracción XXVII de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública carece de regularidad constitucional, soy de la opinión de que sin dejar de aplicar la norma, puede optarse por una interpretación mutativa de carácter restrictivo, bajo el principio pro persona, de dichas disposiciones jurídicas para que, adoptando una interpretación que restrinja la entrega de toda la información señalada en las fracciones en cuestión y, en aquellos casos en los que el objeto de la licencia no involucra el aprovechamiento de bienes, servicios y/o recursos públicos, el nombre del titular de la misma, como dato personal, deba de ser protegido y, a través de la entrega de una versión pública que proteja dicho dato y exponga toda la información que refleje el acto de autoridad, sujeto a control democrático, se adopte una medida estrictamente proporcional que permite el ejercicio simultáneo de los derechos de acceso a la información pública y a la protección de datos personales.

**JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ**

**COMISIONADO**

**(Rúbrica)**

JGLH