

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/137/2018

Metepec, Estado de México a 03 de abril 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 **el voto particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la décima primera sesión ordinaria de este Pleno:

- 00322/INFOEM/IP/RR/2018 - Municipio de Ecatepec de Morelos.

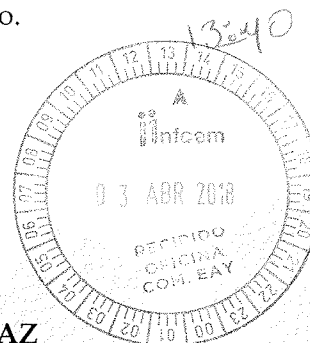
Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

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 Eva Abaid Yapur. Comisionada. Para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 00322/INFOEM/IP/RR/2018.

Resumen del voto:

El presente voto particular establece, que como una medida compensatoria a la afectación provocada al derecho de acceso a la información por la negligencia de atender las solicitudes de acceso a la información en los términos establecidos por la Ley es, que en los casos que proceda la entrega de la información y ésta genere algún costo, deberá ser cubierto por el Sujeto Obligado de conformidad con lo establecido en el artículo 234 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.

Los pronunciamientos simples que realicen los Sujetos Obligados, deben estar debidamente motivados, debiendo explicar de manera clara y precisa las causas por las que no se cuenta con la información requerida, a efecto de brindar certeza jurídica de la omisión a la entrega de la información por no poseer, generar o administrar lo solicitado.

Índice.

I.	Consideraciones generales.....	3
II.	El derecho de acceso a la información pública.	4
III.	Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.	6
IV.	La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública.....	8
V.	Consecuencias de la violación al derecho humano.....	11
VI.	Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.....	16
VI.	Del Pronunciamiento simple	21
VII.	Conclusiones.....	28

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 la Decimo Primera Sesión Ordinaria celebrada el día veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho, en el recurso de revisión promovido en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Ecatepec de Morelos, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución puntualmente determina **REVOCAR** la respuesta del Sujeto Obligado y **ORDENAR** la entrega en copias certificadas (con costo) y de ser procedente en **versión pública**, de lo siguiente:

"a) El expediente derivado del alineamiento y número oficial del Centro de Verificación señalado en el numeral 1 de la solicitud de información; y

b) Previa búsqueda exhaustiva y razonable, los documentos que conforman el expediente generado para la emisión de la licencia de funcionamiento de la unidad económica a que hace referencia el numeral 2 de la solicitud de información.

Para el caso de que no se haya solicitado la licencia de funcionamiento respecto de dicha unidad económica o se haya solicitado pero no autorizado, bastará con hacerlo del conocimiento de LA RECURRENTE.

Debiendo notificar a LA RECURRENTE el Acuerdo de clasificación de la información que emita el Comité de Transparencia con motivo de la versión pública.

*A efecto de que **EL SUJETO OBLIGADO** dé pleno cumplimiento a lo anterior, es necesario que informe a **LA RECURRENTE** el procedimiento para efectuar el pago de los derechos correspondientes por la expedición de las copias certificadas, el costo, el o lugares, días y horario en que tiene la posibilidad de efectuar el pago, así como el nombre del servidor público que lo atenderá, para que una vez realizado el pago se proceda a la certificación de los documentos, para finalmente elaborar la versión pública."*

3. En esa tesitura es precisamente sobre la modalidad de entrega y el pronunciamiento señalado en el párrafo tercero el aspecto sobre el cual formulo el presente voto particular.

4. Por los motivos y las razones de hecho y de derecho que se señalan a continuación 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. El derecho de acceso a la información pública.

5. Como establece el primer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestro país las personas gozan de los derechos reconocidos en dicho instrumento fundamental y en los tratados internacionales así como de las garantías para su protección. Entre estos derechos se encuentra el derecho de acceso a la información pública

reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1; en el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo quinto de la Constitución del Estado de México. Ya sea que entendamos a los derechos como realidades positivas que forman parte de *la esfera de lo indecible que* o de *lo indecible que no*¹ o bien como principios que constituyen *mandatos de optimización*,² lo cierto es que son piedra cardinal en el Estado Constitucional de Derecho que estamos llamados a hacer prevalecer en nuestro país.

6. En ese sentido es necesario referir la definición del Derecho de Acceso a la Información, siendo que es la *igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir 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*⁴ que

¹ “Los derechos fundamentales, precisamente porque están igual garantizados para todos los sustraídos a la disponibilidad de del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.” FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley del más débil. Séptima edición, Madrid. Editorial Trotta, 2010. Pág. 24

² “Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Segunda edición, Madrid, Ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. Pág. 68.

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 13.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo sexto, sección A, Fracción I.

se constituye como una herramienta fundamental para *ejercer 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,⁵ fomentando la transparencia de las actividades estatales y promoviendo la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública⁶ que permite saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada.⁷ ”.*

III. Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública.

7. Como lo establece la doctrina y lo señala nuestro texto fundamental, para que esos derechos no sean solo proclamas políticas sino realmente efectivos se requiere de la existencia de garantías constitucionales que permitan su ejercicio o protección, las que pueden ser de carácter primario cuando consisten en *las obligaciones o prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones⁸ o bien como la suma de las garantías positivas y de las garantías negativas,⁹ lo que en materia de acceso a la*

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151. Párr. 86.

⁶ Ibídem. Párr. 87.

⁷ Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión (2004), disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos., El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid. Ed. Trotta, 2014. Pág. 62.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Segunda edición, Madrid. Ed. Mínima Trotta. 2011. Pág. 40.

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

8. Por lo tanto, cuando **la particular**, presentó la solicitud de acceso a la información pública ante el Sujeto Obligado, ejerció el derecho en cuestión a través de su garantía primaria depositada en la autoridad quien, por mandato categórico del tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal, se encuentra obligado, como todas las demás autoridades, en el ámbito de su competencia, a **“promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”**, entre los cuales se encuentra el de acceso a la información.
9. La garantía primaria, en la que se constituye la solicitud de acceso a la información pública, impone a la autoridad la obligación de atender la solicitud en los términos requeridos, obviamente, como el resto de los derechos, ninguno es absoluto y es posible limitarlos y restringirlos, siguiendo el procedimiento que para tal efecto se encuentra establecido, sin embargo, en el caso que se resuelve, **la recurrente** señaló Copias Certificadas

(con costo) la forma en la que requiere acceder a la información solicitada, según lo establece el artículo 155 fracción V de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, y en estricto sentido, la persona que desea acceder a la información, al elegir una modalidad de entrega que genere un costo como lo es el caso, deberá cubrir el mismo, para que le sea entregada la información que requiere; sin embargo, el **Sujeto Obligado**, al no entregar la información solicitada en los términos y la modalidad señalada por la particular provoca una afectación a este derecho, por lo tanto es responsable de cubrir los costos de reproducción y envío.

10. Dicho costo, debe ser cubierto por todas las personas que soliciten la información en modalidades que generen un costo, siempre y cuando el Sujeto Obligado en cumplimiento de sus obligaciones respete, promueva y garantice el derecho de acceso a la información, lo que desafortunadamente en el presente caso no sucedió.

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

11. Como también lo establece la doctrina y lo determina así nuestro texto fundamental, para asegurar la efectividad de los derechos no son suficientes las obligaciones y prohibiciones inmediatas a la autoridad, y ante una

eventual afectación al derecho humano, el Estado tiene la obligación de *investigar, sancionar y reparar* sus violaciones.

12. Las propias obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Mexicano determinan que nuestro país cuente con un procedimiento sencillo, rápido¹⁰ y efectivo¹¹ para la protección del derecho de acceso a la información pública, que ha implicado el diseño del recurso de revisión como una garantía secundaria, desahogada en sede de un órgano constitucionalmente autónomo, cuya fuerza en sus resoluciones es definitiva en todos aquellos casos en los que las pretensiones de la persona se colman ordenando al Sujeto Obligado la entrega de la información requerida y a través del desahogo de un procedimiento materialmente jurisdiccional.¹²

13. Lo que fue entendido por el legislador ordinario mexiquense quien a través del artículo 176 de la ley estatal de transparencia citada previamente, ha señalado que *(e)l recurso de revisión es la garantía secundaria mediante la cual se pretende reparar cualquier posible afectación al derecho de acceso a la información pública*, con lo que además somos armónicos con los criterios doctrinales que

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información pública en el marco jurídico interamericano. 2ª. Edición, OEA, 2012. Párr. 29.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros contra Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrfs. 116-139.

¹² OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01750/INFOEM/IP/RR/2015 Y 01751/INFOEM/IP/RR/2015. Párr. 21.

ubican a la garantía secundaria como *la reparación judicial* (en nuestro caso, materialmente jurisdiccional) *de las violaciones de las garantías primarias*¹³ o como *garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos*.¹⁴

14. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma ley de transparencia ya citada precisa en su artículo 179 fracción V y VIII que el propio recurso de revisión *es un medio de protección* y procede en contra de la entrega de *la entrega de la información incompleta; y La notificación, entrega o puesta a disposición de información en una modalidad o formato distinto a lo solicitado*. Por lo que el motivo de inconformidad consiste en que la información se encuentra incompleta, mostrando así una negligencia por parte de la autoridad, situación que recae en lo estipulado por el artículo 234, es plenamente fundado, constituye una afectación indebida e injustificada a su derecho de acceso a la información pública y la respuesta del Sujeto Obligado, constituyó una violación a su derecho de acceso a la información pública que el Estado Mexicano, a través de otra institución, en este caso, este Pleno, pretende reparar a través de la resolución que acompaño con el presente voto particular, mediante la cual se ordena la entrega de la información en Copias

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *La demo...cit.* Pág. 62.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pode... cit.* Pág. 40.

Certificadas con el previo pago de los derechos, por no existir razón alguna que lo impida.

V. Consecuencias de la violación al derecho humano.

15. El tercer párrafo del artículo primero de nuestra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación del Estado Mexicano de *investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*. En este caso es plenamente evidente que **la particular** pretendió acceder a cierta información en Copias Certificadas (con costo) y que la autoridad realizó la entrega de la información incompleta y en un formato distinto al que fue solicitado y sin ningún argumento o causa justificada, lo cual generó un agravio en la persona que acudió a la garantía secundaria para la *restitutio in integrum* del derecho en cuestión.

16. Pero debo decir que el presente voto particular que me diferencia del resto del pleno consiste en los efectos de esa violación al derecho humano. Si bien es cierto que los derechos no son efectivos sin las garantías que permitan su pleno cumplimiento, también estoy convencido de que las garantías son limitadas si las afectaciones o violaciones a los derechos humanos no se acompañan de las medidas adecuadas para asegurar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ampliamente ha establecido como

doctrina consolidada en materia de no repetición de las conductas que lo violan,¹⁵ o lo que Ferrajoli señala como la *sanción por los actos ilícitos* según se ha citado ya. Lo cual implica que se debe revisar si el ordenamiento jurídico actual establece un procedimiento determinado que permita sancionar esta afectación particular al derecho de acceso a la información pública.

17. Estoy convencido de que el legislador ordinario federal y estatal, previó esta circunstancia y por esa razón estableció dos consecuencias precisas para sancionar este tipo de violaciones o afectaciones al derecho de acceso a la información pública. La primera en la dimensión de las responsabilidades individuales de los servidores públicos, según consta en el artículo 222 fracción I, de la ley estatal de transparencia multicitada, que determina como causa de responsabilidad administrativa de los servidores públicos de los sujetos obligados el declara cualquier acto u omisión que provoque la suspensión o deficiencia en la atención de las solicitudes de información.

18. En este caso es evidente que el pago que se pretende aplicar para la expedición de la información requerida en la modalidad elegida por la

¹⁵ "120. Que el Estado debe adoptar, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención, aquellas medidas de protección de los derechos humanos que aseguren el ejercicio libre y pleno de los derechos a la vida, la libertad e integridad personales y la protección y garantías judiciales, con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas). Párr. 120.

recurrente, no resulta aplicable para ello es dable señalar el contenido de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios en su artículo 234, el cual establece lo siguiente:

Artículo 234. En caso que el Instituto determine que por negligencia no se hubiere atendido alguna solicitud en los términos de esta Ley, requerirá a la Unidad de Transparencia correspondiente para que proporcione la información sin costo alguno para el solicitante, dentro del plazo de quince días hábiles a partir del requerimiento.

19. El precepto legal en comento resulta aplicable al caso que nos ocupa, toda vez que el Sujeto Obligado respondió a la solicitud de manera incompleta y en una modalidad distinta a la que elegida por la recurrente, afectando el derecho constitucional y convencionalmente reconocido, retrasando su acceso a la información requerida, aún en este momento, no ha podido acceder a la información que pretendía.

20. Robustece mi postura, entendiéndose que al haber entregado la información en los términos mencionados sin causa debidamente justificada, se presume que el Sujeto Obligado concurre en una negligencia en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, por lo cual, resulta dable como medida de reparación a la afectación del derecho de la recurrente, entregar la información solicitada en la modalidad elegida por la solicitante **sin costo alguno**, por no haber promovido, respetado y garantizado el efectivo ejercicio

del derecho al acceso a la información, tal y como lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

21. De esta manera, al perder el Sujeto Obligado la posibilidad de percibir los derechos por la expedición de la información en Copias Certificadas (con costo), como consecuencia de la actitud negligente de los servidores públicos correspondientes, existe un claro y efectivo incentivo para que la autoridad de control interno agote el procedimiento administrativo e individualice las responsabilidades tanto para imponer las multas que establece la ley de transparencia como también para requerir el resarcimiento al patrimonio afectado de la institución como consecuencia de las conductas individuales de los servidores públicos. En ese mismo sentido, al perder el Sujeto Obligado la posibilidad momentánea de acceder a los derechos por la expedición de la información en la modalidad de entrega elegida por la particular puede ser un incentivo adicional para que, en el futuro, las solicitudes de acceso a la información sean atendidas bajo el más alto estándar que promueva la plena protección del derecho en cuestión.

22. Pero al negarse el Pleno del Instituto a aplicar en estos términos el último artículo de la Ley de Transparencia y confiar en que se desahogue un procedimiento individualizado cuya culminación en términos temporales corre en una pista distinta y que supera con mucho los plazos para cumplir

la presente resolución, perdemos la oportunidad de adoptar estas medidas de reparación del derecho a través de un beneficio directo establecido en la ley en favor de la persona; nos alejamos del criterio jurisprudencial interamericano de las medidas para asegurar la no repetición de los actos que violan los derechos y que deberían de sancionarse como actos ilícitos, según Ferrajoli; al mismo tiempo que, de manera más grave, estamos incurriendo en una desaplicación de la norma positiva que estamos obligados a cumplir plenamente, con lo que nos colocamos en un lugar inaceptable en el diseño constitucional del país como una autoridad que, para el caso concreto, es capaz de desaplicar una porción normativa precisa, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado ya en un sentido distinto.¹⁶

23. Por otro lado, respecto a lo señalado en la resolución:

Para el caso de que no se haya solicitado la licencia de funcionamiento respecto de dicha unidad económica o se haya solicitado pero no autorizado, bastará con hacerlo del conocimiento de LA RECURRENTE.

24. Por esa razón, el ponente se manifestó al respecto enfatizando que en el caso de que el Sujeto Obligado no cuente con la información, bastará con que se pronuncie al respecto y lo haga del conocimiento del particular.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010.

25. Por tal motivo el Sujeto Obligado en cuestión debe de demostrar que no genera, posee o administre la información que requiere el particular, debiendo motivar su respuesta en función de las causas que hayan generado tales circunstancias.

VI. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.

26. Resulta necesario establecer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido a todas las personas en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 párrafos 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, 11, 12, 13 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y 5 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México; y, razón por la cual todos los órganos del Estado están obligados no sólo a reconocerlo sino aún más, a salvaguardarlo y en caso de contravención, a este Instituto le corresponde restituirlo.

27. En efecto, el derecho fundamental de acceso a la información pública se desarrolla en varias vertientes:

- Impone al Estado la obligación de protegerlo. Esto es, es suficiente con que una persona realice una solicitud de información para que la

autoridad la atienda y entregue lo solicitado, salvo excepciones limitadas.

- Impone la obligación a todos los organismos de transparentar sus acciones como una forma cotidiana de actuar; de garantizar el acceso a la información pública a través de tener disponible en cualquier momento la información sin necesidad de que medie una solicitud del particular.
- Otorga a todos los documentos en posesión de las autoridades la calidad de públicos y únicamente pueden ser reservados temporalmente por razones de interés público y en los términos expresamente señalados en la ley.
- Este derecho se rige por el principio de máxima publicidad, es decir, la información que generan, administren o posean los organismos públicos son documentos de acceso a cualquier persona y para su restricción debe existir un bien jurídico mayor que proteger.
- Impone al Legislativo la obligación de crear una ley que establezca los procedimientos para su protección, respeto y difusión.
- Impone el derecho de una persona de buscar, recibir y difundir información en poder del gobierno u administraciones públicas.

28. Por tanto, para que los Sujetos Obligados hagan efectivo el derecho de las personas de **buscar, recibir y difundir información pública**, información que

los Sujetos Obligados generen, administren o posean, y que deben poner a disposición de los particulares los documentos en los que conste el ejercicio de sus atribuciones legales o que por cualquier circunstancia obre en sus archivos.

29. Es necesario precisar que la transparencia es un principio jurídico que se concreta especialmente en el derecho fundamental de acceder a la información pública y que la aplicación del principio de transparencia y el respeto y garantía del derecho de acceder a la información pública, son elementos indispensables para afirmar que existe un verdadero estado social y democrático de derecho, en el cual todas las personas pueden participar activamente en los asuntos que las afecten y una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

30. Por otra parte, tenemos la rendición de cuenta pública; que supone la capacidad de las instituciones para hacer responsables a los gobernantes de sus actos y decisiones en los distintos niveles de poder, eso permite evitar, prevenir y en su caso, castigar el abuso de poder.

31. Por lo tanto, el principio de la rendición de cuentas y la transparencia encuentran un objetivo en común, buscar conciliar el interés colectivo con el interés particular de los gobernantes, si los gobernantes, funcionarios, representantes y líderes políticos, es decir, todos los que dispongan de algún

poder político, saben que puedan ser llamados a cuentas, que su acción política, su desempeño gubernamental y sus decisiones podrán generar efectos positivos o negativos a su interés personal, tendrán mayor diligencia en el momento de ejercer el poder y atenderán, tanto el interés colectivo como la relación de medios y fines en el quehacer gubernamental, precisamente para que el resultado de sus resoluciones no afecte o perjudique el interés general o el particular de sus gobernados y representados.

32. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adopta la *ratio decidendi* en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que en principio es posible acceder a toda información pública, salvo que la ley de manera justificada, proporcionada y razonable establezca alguna restricción a dicho acceso, de modo que las restricciones están limitadas en el tiempo, pues el principio acogido es el de la máxima publicidad. Obviamente, este acceso se garantiza sin menoscabo de la intimidad de la vida privada y de los datos personales.

33. Por estas razones las leyes de transparencia y acceso a la información en México, tienen como objetivo primordial el garantizar que los ciudadanos puedan solicitar documentos que poseen las instituciones gubernamentales.

34. En efecto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, su propósito es transparentar el ejercicio de

la función pública, tutelar y garantizar a toda persona, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a sus datos personales, así como a la corrección y supresión de éstos y proteger los datos personales que se encuentren en posesión de los sujetos obligados.

35. Derivado de dicha obligación se impone también la obligación de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información que posean generen o administren de forma completa y actualizada.

36. Bajo la tesitura de lo anteriormente expuesto se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.

37. Por lo que si en los puntos resolutivos se está ordenando al Sujeto Obligado realizar una búsqueda de la información solicitada en términos del Considerando QUINTO, y entregarla al particular ya no cabe la manifestación simple y llana, sino que se deben observar dos puntos importantes:

- Si la posesión de la información es de carácter inexcusable, es decir si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar,

poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de Transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia.

- O bien pudiera suscitarse el supuesto aplicable al presente asunto, que la facultad sea de carácter potestativo o que su realización dependa de un carácter externo, en ese caso debe señalarse se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia, en el que detalle las razones del por qué no obra en sus archivos.

38. En razón a las consideraciones antes señaladas es que no puedo compartir el sentido de la resolución adoptada, y me permito manifestar lo siguiente en el presente voto particular:

VI. Del Pronunciamiento simple

39. En numerosas ocasiones he mencionado que la fundamentación y motivación es una obligación inherente y fundamental de todas las autoridades independientemente del grado jerárquico con el que cuenten, y en el presente recurso de revisión que hoy nos ocupa no será la excepción en la que señale este aspecto, para lo cual es importante hacer mención lo que el intérprete judicial del país ha establecido en una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:

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.

40. 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.

41. Lo anterior a razón de que el Sujeto Obligado se limitó simplemente a manifestar *“que no cuenta con la información”* tal respuesta es considerada como un pronunciamiento simple; sin embargo, carece de fundamentación y motivación, toda vez que no explica de manera clara y precisa las razones por las que la información no es generada, poseída o administrada y por tanto no obra en los archivos del Sujeto Obligado, lo que en consecuencia contradice en primer lugar el principio de certeza, en razón de que el acto de autoridad que realizó el Secretaría de Finanzas del Estado de México en respuesta a la solicitud carece de fundamentación y motivación, lo que en consecuencia no brinda seguridad y certidumbre jurídica al particular, imposibilitando conocer si la postura adoptada por el Sujeto Obligado es apegada a derecho; y en segundo lugar el artículo 19 segundo párrafo que señala *“En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia.”*

42. Por lo que si el Sujeto Obligado no genera, administra o posee la información que solicitó el particular, el mismo deberá fundar y motivar debidamente las razones o circunstancias por las que no genera, posee o administra la

información precisando de manera clara, las razones que expliquen las causas por las que no se cuenta con la información requerida en el presente asunto.

43. Para precisar los alcances de la fundamentación y motivación a que están sujetos todos los actos de autoridad, es oportuno remitirnos al artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar todo acto que implique una molestia en la esfera de derecho de las personas:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

44. De este precepto se deduce que en el régimen jurídico mexicano, la fundamentación y motivación de los actos o resoluciones no es exclusiva de los órganos judiciales o jurisdiccionales, sino que se extiende a todas las autoridades.

45. En este contexto, en 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.

46. Entonces, la fundamentación y motivación consiste en la obligación que tiene todo ente público de expresar los preceptos jurídicos aplicables al asunto motivo del acto y las razones o argumentos de su actuar.

47. 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...”

48. Así, en un acto de autoridad se surte 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.

49. 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.

50. Es de mencionar que en caso de que el Sujeto Obligado no contara con la información solicitada por no encontrarse dentro de sus facultades, competencias o funciones, deberá demostrarlo de manera fundada y motivada, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de la materia, el cual establece que:

Artículo 20. Ante la negativa del acceso a la información o su inexistencia, el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley o, en su caso, demostrar que la información no se refiere a alguna de sus facultades, competencias o funciones.

51. Sirve de sustento el siguiente criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto

de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa. Esto es, que cuando el precepto en comento previene que nadie puede ser molestado en su persona, propiedades o derechos sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a todas las autoridades que apeguen sus actos a la ley, expresando de que ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo. En materia administrativa, específicamente, para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: a).- Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y b).- Los cuerpos legales, y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.

52. Por lo anteriormente expuesto, se concluye que para los casos en que la información que el particular solicitó sea inexistente de acuerdo con el artículo 20 de la Ley, la autoridad debe informar al particular especificando

los elementos que le permitan tener la seguridad de que los criterios de búsqueda fueron exhaustivos, así como señalar detalladamente las circunstancias que generaron la inexistencia de la información, de manera que la autoridad no puede únicamente informar al solicitante sobre la inexistencia de determinada información, sino que debe hacerse todo lo necesario para satisfacer el derecho reclamado por el particular.

53. Tal circunstancia no puede tener como resultado el simple pronunciamiento de la inexistencia de la información solicitada, sino por el contrario, en estos casos las autoridades deberán fundar y motivar las razones por las que no cuentan con la información ya sea porque no realizaron dichos actos o porque no se encuentran en el ámbito de sus atribuciones.

VII. Conclusiones.

54. La entrega de la información incompleta y en un formato distinto al que fue solicitada provoca una afectación al derecho de los particulares, en ese sentido, el deber de reparación de los Sujetos Obligados no solo debe versar en la entrega de la información completa, sino también, en cubrir los gastos de reproducción y envío, tal y como lo establece la Ley en materia, esto, a razón de disminuir el alto índice de negligencia por parte de las autoridades a atender solicitudes de información e incentivar a su vez, que los Sujetos Obligados cumplan con sus obligaciones que establece la Ley de

Transparencia y Acceso a la información Pública del Estado de México y Municipios.

55. Por lo mencionado anteriormente, considero que es de suma importancia que en los casos que el Sujeto Obligado emita un pronunciamiento simple este debe estar debidamente fundado y motivado demostrando las razones o motivos por las que no genera, posee o administra lo solicitado, de tal manera que el particular tenga certeza jurídica de que en todo momento se está actuando con estricto apego a derecho, de lo contrario este instituto como Órgano Garante contribuiría a la afectación al derecho de acceso a la información de los particulares al consentir tales deficiencias por parte de los Sujetos Obligados.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
COMISIONADO
(Rúbrica)

JGLH/MAG