

**VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA
HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 04820/INFOEM/IP/RR/2018.**

Resumen del voto: Los Sujetos Obligados en el ámbito de sus competencias, atribuciones y funciones deben permitir de manera eficiente el acceso a la información, al mismo tiempo, deben prever las situaciones en las que sea necesario realizar una clasificación de la información bajo argumentos y fundamentos válidos. En el presente asunto, este Órgano Garante no debió incorporar la probable clasificación del expediente solicitado. En razón de que el Sujeto Obligado, durante la sustanciación del procedimiento, fue omiso en señalar una probable actualización de reserva.

VOTO PARTICULAR

Índice

A.	Consideraciones Generales.....	3
B.	De los requerimientos planteados.....	4
C.	De la clasificación de la información.....	5
I.	Requisitos previos.....	9
II.	Supuestos de clasificación.....	10
III.	Excepciones a los supuestos de clasificación de la información como reservada 17	
IV.	La intervención del Comité de Transparencia.....	18
A)	Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.....	18
B)	Requisitos de fondo del acuerdo de clasificación.....	20
V.	Condiciones especiales de la clasificación de la información como reservada .	21
a.	La fundamentación específica.....	21
b.	La prueba de daño.....	22
c.	La clasificación de la información reservada debe ser de manera temporal.....	25
D.	Conclusión.....	28

VOTO PARTICULAR

A. Consideraciones Generales.

1. He concurrido con mi voto particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su Novena Sesión Ordinaria celebrada el día seis (06) de marzo de dos mil diecinueve, en el recurso de revisión promovido en contra de la respuesta del **Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México**, procedimiento al que se le asignó el número de expediente **04820/INFOEM/IP/RR/2018**.
2. La resolución puntualmente determina **MODIFICAR** la respuesta del Sujeto Obligado y **ORDENAR** entregar la siguiente información:

“1. De la foja 1470 a la 1585 del tomo IV y el tomo V completo en todas sus actuaciones, del recurso de revisión No. 961/2010 y acumulados referido en la solicitud de información.

Para efectos de la información señalada en el punto 1 del presente Resolutivo, como sustento de la versión pública, se deberá entregar el Acuerdo del Comité de Transparencia correspondiente, en términos del artículo 49 fracción VIII y 132 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen dentro del soporte documental respectivo y se ponga a disposición del Recurrente.

De ser el caso que la información respecto de la que se ordena la entrega en el presente Resolutivo, no haya causado estado y concurra con alguna causal de reserva, se deberá valorar el daño que la entrega de la información le causaría según los artículos 129 y 140 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, solo si resulta procedente, determine la clasificación de la información como reservada debiendo emitir y entregar el acuerdo de clasificación de la información respectivo en términos del Considerando CUARTO”

3. Mi voto particular se deriva del hecho de que se haya estipulado en los puntos resolutivos que, de ser el caso de que la información no haya causado estado y concurra en una causal de reserva, se proceda a clasificar la información como reservada.
4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente voto particular.

B. De los requerimientos planteados.

5. Se solicitó al Sujeto Obligado el expediente del Recurso de Revisión número 961/2010 y acumulados, los cuales fueron llevados a cabo en la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México.

6. En respuesta se hizo de conocimiento al particular que la información se le proporcionaría en las oficinas del Sujeto Obligado, para tal efecto señaló dirección y horario de atención.
7. La parte recurrente se inconformó porque, a su dicho, acudió con anterioridad a las oficinas para solicitar la información y, ésta fue negada, bajo el argumento que se encontraba en firma.
8. Mediante el informe justificado, el Sujeto Obligado refirió que, la parte recurrente acudió a sus instalaciones a señalar los documentos que de manera específica son de su interés para que solamente esas fojas le sean proporcionadas. Dicha información fue corroborada por el recurrente en sus manifestaciones.

C. De la clasificación de la información.

9. El Comisionado Ponente en el análisis y estudio del asunto puntualiza que para el caso de que los expedientes contengan las diligencias no hayan quedado firmes el Comité de Transparencia deberá elaborar y poner a disposición del particular, el acuerdo de clasificación correspondiente en términos del artículo 49 fracción VIII. Situación que no comparto del todo, en razón de que prever la

supuesta clasificación es obligación de las autoridades, más no de este Órgano Garante.

10. Considero que la postura adoptada por el Comisionado Ponente va encaminada a suplir deficiencias atribuibles al Sujeto Obligado aún y cuando éste no cumplió con lo que establece la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.
11. Considero firmemente que podría realizarse una acción como la que tomó el Comisionado Ponente, siempre y cuando exista un indicio de que la información puede actualizar una causal de reserva y esto sucede cuando en respuesta o informe justificado lo manifiestan los Sujetos Obligados, sin embargo, en el presente asunto en particular, no se tiene ni un solo elemento que permite tan solo “presumir” la existencia de información que actualice una causal de reserva. Es por ello que no comparto este apartado de la resolución, y para prueba de ello es necesario resaltar lo siguiente:
12. Mi voto particular se deriva de un hecho de especial importancia: la clasificación total o parcial de la información requerida, mediante solicitud de acceso a la información pública, constituye una restricción al derecho humano de acceso a la información. Como reiteradamente han dicho, diversos órganos

jurisdiccionales, ningún derecho es absoluto¹ aunque cualquier límite o restricción, para ser legítimo, debe reunir con tres requisitos: primero, debe de estar establecida en un ordenamiento legal, antes de su aplicación; debe de corresponder a un fin legítimo y ser estrictamente proporcional con el principio o valor que se pretende preservar.² En este caso, la clasificación total o parcial de

¹ RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

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

² “67. Según se ha interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,

la información es un supuesto que tanto la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en adelante, la Ley General, como la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en adelante, la Ley Estatal, establecen, y agotar el procedimiento legalmente establecido, es precisamente lo que permite acreditar el cumplimiento de los otros dos requisitos.

13. El grave problema que enfrentamos todos los días, al resolver los recursos de revisión que se presenten consiste en que a pesar de que han pasado más de dos años, desde la entrada en vigor de la Ley General y poco más de un año de la entrada en vigor de Ley Estatal, y de que dichos ordenamientos señalan los pasos, requisitos y formalidades que deben de cumplirse, en general, los acuerdos de clasificación de la información que emiten los sujetos obligados, siguen sin observar los requisitos, tanto por la complejidad del procedimiento como por la falta de atención de los operadores jurídicos.

14. Por esa razón, es que en esta ocasión concurre con el presente voto, con la finalidad de presentar una válida clasificación de la información que debe considerar el sujeto obligado para emitir este tipo de acuerdos y que el Órgano Garante debe verificar que se cumplan.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Párr. 67.

I. Requisitos previos

15. Los artículos 122 y 100 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan que los sujetos obligados determinan que la información actualiza alguno de los supuestos de clasificación y que son los titulares de las áreas los encargados de clasificar la información. En consecuencia, son los titulares de las áreas que administran la información los que aprueban su clasificación y no el Comité de Transparencia. Al hacerlo tienen que precisar de qué información se trata (nombre, registro federal de contribuyentes, edad, fotografía, entre otros) que forme parte de algún documento o el documento que se pretende reservar (contrato, licencia, póliza, entre otros), señalando el supuesto de clasificación (confidencialidad o reserva).
16. Además, se debe señalar el procedimiento, de los tres que establecen los artículos 132 y 106 de la Ley Estatal y General, respectivamente, por el que se realiza dicha clasificación, a saber, cuando se atiende una solicitud de acceso a la información, porque lo determina una autoridad competente o porque se va a generar una versión pública para cumplir con sus obligaciones.
17. El último de estos requisitos previos consiste en que no se pueden emitir acuerdos de carácter general ni particular, según lo disponen los artículos 134 y

108 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, esto es, no se puede hacer un acuerdo para clasificar de manera general todos los documentos de un expediente o área, sin individualizar su análisis y tampoco se puede hacer un acuerdo por cada dato que se vaya a clasificar dentro de un documento con diez datos, por ejemplo, susceptibles de ser clasificados.

II. Supuestos de clasificación

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

19. Los artículos 140 y 113 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan los supuestos para que una información pueda considerarse como reservada, que son los siguientes:

LEY ESTATAL	LEY GENERAL
I. Comprometa la seguridad pública y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;	I. Comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional y cuente con un propósito genuino y un efecto demostrable;

<p>II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;</p>	<p>II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;</p>
<p>III. Se entregue a la Entidad expresamente con ese carácter o el de confidencialidad por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;</p>	<p>III. Se entregue al Estado mexicano expresamente con ese carácter o el de confidencial por otro u otros sujetos de derecho internacional, excepto cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad de conformidad con el derecho internacional;</p>
<p>VOTO PRA</p>	<p>IV. Pueda afectar la efectividad de las medidas adoptadas en relación con las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pueda poner en riesgo la estabilidad de las instituciones financieras susceptibles de ser consideradas de riesgo sistémico o del sistema financiero del país, pueda</p>

	<p>comprometer la seguridad en la provisión de moneda nacional al país, o pueda incrementar el costo de operaciones financieras que realicen los sujetos obligados del sector público federal;</p>
<p>IV. Ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona física;</p>	<p>V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;</p>
<p>V. Aquella cuya divulgación obstruya o pueda causar un serio perjuicio a:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o 2. La recaudación de las contribuciones. 	<p>VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;</p>

<p>VI. Pueda causar daño u obstruya la prevención o persecución de los delitos, altere el proceso de investigación de las carpetas de investigación, afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos, incluidos los de quejas, denuncias, inconformidades, responsabilidades administrativas y resarcitorias en tanto no hayan quedado firmes o afecte la administración de justicia o la seguridad de un denunciante, querellante o testigo, así como sus familias, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables;</p>	<p>VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;</p>
<p>VII. La que contengan las opiniones, recomendaciones o</p>	<p>VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o</p>

<p>puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;</p>	<p>puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada;</p>
	<p>IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;</p>
	<p>X. Afecte los derechos del debido proceso;</p>
<p>VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;</p>	<p>XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;</p>
<p>IX. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la Ley señale como</p>	<p>XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos</p>

<p>delitos y se tramiten ante el Ministerio Público;</p>	<p>y se tramiten ante el Ministerio Público, y</p>
<p>X. El daño que pueda producirse con la publicación de la información sea mayor que el interés público de conocer la información de referencia, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes;</p> <p>Cuando se trate de información sobre estudios y proyectos cuya divulgación pueda causar daños al interés del Estado o suponga un riesgo para su realización, siempre que esté directamente relacionado con procesos o procedimientos administrativos o judiciales que no hayan quedado firmes; y</p>	

XI. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.	XIII. Las que por disposición expresa de una ley tengan tal carácter, siempre que sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales.
---	---

20. Mientras que los artículos 130 y 105 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan que la aplicación de estos supuestos debe de realizarse de manera restrictiva y limitada, por lo que debe acreditarse que se cumple con esta condición y no se pueden ampliar las excepciones o supuestos de clasificación aduciendo analogía o mayoría de razón.

21. Como consecuencia de lo anterior, el sujeto obligado debe identificar claramente el tipo de información y hacer un juicio de subsunción o encaje³ para acreditar

³ "De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar de encaje, y que dan lugar a enunciados del tipo 'x es un Y'. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir caso a paso.

que el supuesto de hecho corresponde estrictamente con la hipótesis jurídica. Esto también lo debe de realizar el servidor público habilitado y el titular del área que administra la información.

22. Una vez hecho lo anterior, se remite la información al Titular de la Unidad de Transparencia, con el acuerdo de clasificación correspondiente, para que sea sometido al conocimiento del Comité de Transparencia.

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

23. En todos aquellos casos en los que se pretende adoptar una clasificación de la información como reservada, hay que considerar lo señalado por los artículos 5, 140 y 142 de la Ley Estatal y 5, 113 fracción III y 115 de la Ley General, que establecen que no puede clasificarse como información reservada la que corresponda a violaciones graves a derechos humanos, determinada por la instancia correspondiente o en proceso de investigación, los delitos de lesa

“También en el campo general de lo normativo realizamos, todo el rato, juicios de encaje, sea respecto de acciones, de estados de cosas o de sujetos. Si en el sistema normativo de referencia asumimos que el homicidio es una acción consistente en matar a otro de modo intencional o imprudente, calificaremos como homicidio la acción por la que A mató a B intencional o imprudentemente...

“En la teoría jurídica más tradicional, a esos que he llamado juicios de encaje se les llama subsunciones o juicios de subsunción. Subsunciones o juicios de encaje de ese tipo, positivos o negativos, los hacemos sin parar en todo el ámbito de lo normativo, no sólo en el del derecho” GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación” en Revista Iberoamericana de Argumentación, No. 13, 2016. Pp 1-19.

humanidad y los actos de corrupción, entendiendo en este último aspecto que el Título Sexto del Código Penal del Estado de México establece los Delitos por Hechos de Corrupción, entre los cuales se encuentran los de incumplimiento, ejercicio indebido y abandono de funciones públicas; coalición; abuso de autoridad; uso ilícito de atribuciones y facultades; concusión; intimidación; ejercicio abusivo de funciones; tráfico de influencias; cohecho; peculado; enriquecimiento ilícito; delitos cometidos por servidores públicos de la procuración y administración de justicia. De ser el caso que la información que se pretende reservar corresponde a cualquiera de estos supuestos, no es posible clasificarla como reservada.

IV. La intervención del Comité de Transparencia.

A) Formalidades para emitir el acuerdo de clasificación.

24. El Comité de Transparencia, según lo dispuesto en los artículos 128 y 103 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, y la fracción III del numeral Segundo de los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, en adelante los Lineamientos Generales, cuenta con las facultades para confirmar, modificar o revocar la clasificación de la información que ha hecho el

titular del área que administra la información. Por lo tanto, el Comité no aprueba la clasificación, sino que revisa lo que ha hecho el titular del área y confirma, modifica o revoca la decisión a través de un acuerdo.

25. Evidentemente, esta decisión implica una restricción a un derecho humano, por lo tanto, puede generar un agravio al particular y, en consecuencia, es necesario que el acto reúna con los requisitos elementales, entre ellos, que la autoridad que va a emitir el acto de autoridad sea la legalmente facultada para ello, es decir, que cumpla con el principio de reserva de ley, por lo que no está demás señalar que el artículo 45 de la Ley Estatal, claramente señala que el Comité de Transparencia, legalmente facultado para emitir el acuerdo de clasificación, se integra por el Titular de la Unidad de Transparencia, el responsable del área coordinadora de archivos y el titular del órgano interno de control, integrado siempre por un número impar y que no debe de existir dependencia jerárquica entre sus integrantes. Cualquier otra composición del Comité puede generar vicios de legalidad de origen en el acto que restringe un derecho humano.

26. La decisión de confirmar, modificar o revocar la clasificación deberá de asentarse en un documento que registre la determinación a la que se llegue después de un análisis minucioso a partir de lo aprobado por el Titular del área que administra la información, cuyo análisis debe integrarse en la agenda de los asuntos a tratar en las sesiones, se insiste, a partir de las decisiones adoptadas

previamente por los titulares de áreas y que son sujetas a control, en primera instancia, por el Comité de Transparencia.

B) Requisitos de fondo del acuerdo de clasificación

27. Como se ha señalado antes, al hacer el juicio de subsunción o encaje entre el supuesto de hecho y la hipótesis jurídica, se debe acreditar la estricta correspondencia entre un elemento y otro. Ahora, en esta parte del procedimiento, que se desahoga en sede del Comité de Transparencia, la ley nos aporta mayores luces para cumplir con dicha acreditación. En los artículos 131 y 105 segundo párrafo de la Ley Estatal y de la Ley General respectivamente, y el lineamiento sexagésimo segundo de los Lineamientos Generales, al señalar que la carga de la prueba, para justificar las restricciones, corresponde a los sujetos obligados, por lo que deberán fundar y motivar debidamente la clasificación.
28. De lo anterior, se desprende que para una correcta clasificación total o parcial, esto es determinar los datos que se suprimen en las versiones públicas, es necesario fundar y motivar, de manera correcta, la clasificación; considerando

que todo acto que la autoridad pronuncie en el ejercicio de sus atribuciones, debe expresar los fundamentos legales que le dieron origen y las razones por las que se deben aplicar al caso concreto.

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

a. La fundamentación específica

29. Más aún, los artículos 128 segundo párrafo y 103 segundo párrafo de las leyes estatal y general, respectivamente, señalan que, en el caso de la información reservada, se debe de señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevan al sujeto obligado a concluir que el caso fáctico se corresponde con la norma. Por esta razón, la motivación del acto, el juicio de subsunción, para acreditar la estricta correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, deberá señalar las razones, motivos o circunstancias que lo justifiquen, lo que no es lo mismo que repetir el supuesto de hecho y la hipótesis normativa, sino que se debe generar un juicio demostrativo, no uno autorreferencial en el que primero se dice algo, después se dice lo mismo y al final exactamente lo mismo, cambiando sólo el orden de las palabras.

b. La prueba de daño

30. Las mismas disposiciones referidas en el párrafo anterior precisan que, además de señalar las razones, motivos o circunstancias, se deberá aplicar la prueba de daño. Adicionalmente los artículos 129 y 134 último párrafo de la Ley Estatal y 104 y 108 último párrafo de la Ley General, respectivamente, determinan que se debe realizar un análisis caso por caso, aplicando la prueba de daño. Esto implica que la motivación, que acredite la correspondencia entre el supuesto de hecho y la hipótesis normativa señalando las razones, motivos o circunstancias es una parte del acuerdo y otra parte, distinta, es la que corresponde a la prueba de daño, la que debe aplicarse caso por caso, esto es, no se puede hacer una prueba de daño de un expediente completo, sino de cada uno de los documentos que lo integran.

31. Para aplicar la prueba de daño, se deberán de precisar la razones objetivas por las que la apertura genera una afectación, acreditando que:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y

III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

32. Sobre el primer supuesto consideremos que según el diccionario del español jurídico, por riesgo podemos entender “la contingencia o proximidad de un daño”,⁴ mientras que el daño es considerado como un “perjuicio o lesión”⁵, mientras que según el Diccionario de la Lengua Española, lo real es lo “(q)ue tiene existencia objetiva”,⁶ mientras que lo demostrable es, según la misma fuente, aquello que se puede demostrar,⁷ es decir, “(m)anifestar, declarar. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración, enseñar mostrar o exponer algo”.⁸ Mientras que lo identificable es lo que puede ser identificado,⁹ esto es, “(d)ar los datos necesarios para ser reconocido”.¹⁰

33. Por lo que entonces, el primer supuesto de la prueba de daño consiste en acreditar que la entrega de la información provoca tres aspectos concurrentes: 1) la contingencia o proximidad de un daño, un perjuicio o lesión que tiene existencia objetiva, que se puede manifestar, declarar o probar mediante

⁴ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E216930>

⁵ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E87450>

⁶ <http://dle.rae.es/?id=VGqyuLj|VGtxgAo|VGuc9Wg>

⁷ <http://dle.rae.es/?id=CAjNzMR>

⁸ <http://dle.rae.es/?id=CAqWkEB>

⁹ <http://dle.rae.es/?id=KtnHLLd>

¹⁰ <http://dle.rae.es/?id=KtpfgjV>

cualquier género de demostración a partir de proporcionar datos necesarios para reconocer el daño, perjuicio o lesión que provocaría a un interés público o a la seguridad pública.

34. Identificado ese riesgo, se debe demostrar que el mismo supera el interés público general porque se difunda dicha información.
35. Y, por último, que la limitación es acorde con el principio de proporcionalidad, para ello, se sugiere emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana¹¹, siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán,¹² el juicio de idoneidad, que la medida

¹¹ "En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013." Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Párr. 256.

¹² Tribunal Constitucional Alemán. Resolución sobre los soldados son asesinos, de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266). En ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo. Las decisiones básicas del

adoptada sea la idónea para el ejercicio del derecho; de necesidad, que sea necesaria para que el derecho que prevalece se ejerza y el de estricta proporcionalidad esto es, que el derecho que prevalezca sea en la dimensión estrictamente proporcional al derecho que retrocede.

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

36. La información que ha sido clasificada como reservada, tiene la cualidad de que esta debe ser de carácter temporal, es decir, no debe perpetuarse o petrificarse su clasificación y que esto traiga como consecuencia el no acceso a la misma y por tanto pierda en definitiva su calidad de pública.
37. La temporalidad de la clasificación de la información se encuentra señalada en el artículo 125 de la Ley Estatal y en el 101 de la Ley General, artículos que contemplan que dicha información podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción, dejaran de existir los motivos de su reserva.
38. Ahora bien, los titulares de las áreas tienen la alta responsabilidad de determinar que el plazo de reserva sea el estrictamente necesario para proteger la

Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y boletín oficial del Estado, Madrid, 2008. Pp. 1045-1096.

información mientras subsistan las causas que dieron origen a la clasificación, salvaguardando el interés público protegido y tomarán en cuenta las razones que justifican el periodo de reserva establecido.

39. De manera excepcional los sujetos obligados con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales y por una sola vez, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.
40. Cuando expiren los plazos de clasificación o se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.
41. Ahora bien, al caso en particular, se debe estar atento a lo que contiene el artículo 132 y 106 de la Ley Estatal y Ley General respectivamente los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 132. La clasificación de la información se llevará a cabo en el momento en que:

- I. Se reciba una solicitud de acceso a la información;*
- II. Se determine mediante resolución de autoridad competente; o*
- III. Se generen versiones públicas para dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia previstas en esta Ley.*

Tratándose de información reservada, los titulares de las áreas deberán revisar la clasificación al momento de la recepción de una solicitud, para verificar si subsisten las causas que le dieron origen.

42. En ese sentido, resulta importante señalar actuando conforme a derecho, la clasificación de la información es dable al momento de recibir una solicitud de información, o en su defecto, si ya anteriormente la información fue clasificada como reservada, las áreas deberán revisar si aún subsisten las causas que le dieron origen.
43. En otras palabras, la clasificación de la información no puede ser efectuada en el momento en que la autoridad lo desee, sino a menos que exista un elemento que active el análisis de la información y derivado a la naturaleza de la información nos conduzca a su clasificación.
44. No obstante, existen bastos supuestos en los que la clasificación de la información como reservada debe ser efectuada, sin embargo, en todos los casos

debe ser generada cuando se aprecien elementos concretos que nos ayuden a tener certeza de que se está llevando a cabo una correcta clasificación de la información conforme a lo establecido en la Ley Estatal y Ley General de Transparencia.

D. Conclusión.

45. No debió incorporarse el apartado que aborda la probable clasificación de la información como reservada, en el caso de que éste no haya causado estado, toda vez que no es obligación de este Órgano Garante prever situaciones de clasificación, sino que, corresponde al Sujeto Obligado manifestar tal situación; lo cual en el presente asunto no ocurrió. En ninguna de las actuaciones se hace alusión a una probable clasificación de la información, sino por el contrario, el Sujeto Obligado se muestra en toda la disposición de conceder el acceso a los documentos solicitados.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/ADM