

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVISIÓN 00869/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 esta 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.

Índice.

| | | |
|------|---|----|
| I. | Consideraciones generales..... | 2 |
| II. | El derecho de acceso a la información pública. | 3 |
| III. | Las garantías primarias del derecho de acceso a la información pública..... | 5 |
| IV. | La garantía secundaria del derecho de acceso a la información pública..... | 7 |
| V. | Consecuencias de la violación al derecho humano..... | 9 |
| VI. | Conclusiones. | 14 |

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 Vigésima Sesión Ordinaria celebrada el día treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho, en el recurso de revisión promovido en contra de la respuesta del Sistema de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Ecatepec de Morelos, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución puntualmente determina **MODIFICAR** la respuesta del Sujeto Obligado y **ORDENAR** la entrega en copias certificadas con costo, y en versión pública de ser procedente, de lo siguiente:
 - a) Documento que contenga los motivos por los cuales no se le ha pagado a la empresa [REDACTED] la factura 35982460-d717-43f4-b842-bea7f39b932a, No. de Serie del Certificado del CSD: 00001000000201083655, con fecha de Emisión: 01/04/2015, por el importe faltante o adeudado, estipulado en el contrato *DFA/CJ/DA/036/2015*.
 - b) Documento que contenga la fecha de pago programado del resto o adeudo al proveedor [REDACTED] de la factura 35982460-

d717-43f4- b842-bea7f39b932a, No. de Serie del Certificado del CSD:
00001000000201083655, con fecha de Emisión: 01/04/2015, estipulado en
el contrato número *DFA/CJ/DA/036/2015*.

3. Por consiguiente, es precisamente sobre la modalidad de entrega el aspecto sobre el cual formuló 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*³ 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 municipal⁴ que 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

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 j).

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.

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 sólo 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 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

⁶ *Ibíd.* 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.

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 **el 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, **el recurrente** señaló Copias Certificadas (con costo) la forma en la que requiere acceder a la información solicitada¹⁰, 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

¹⁰ Es importante mencionar, que si bien es cierto, el recurrente eligió la modalidad del SAIMEX para ser entregada la información; la realidad es que de acuerdo a su archivo anexo de peticiones solicitó la entrega de la información a través de **COPIAS CERTIFICADAS CON COSTO**.

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 el 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, rápido¹¹ y efectivo¹² 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.¹³

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 *el 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 ubican a la garantía secundaria como la reparación judicial (en nuestro caso, materialmente jurisdiccional) de las violaciones de las garantías primarias¹⁴ o como garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de*

¹¹ 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.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros contra Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrfs. 116-139.

¹³ 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.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *La demo...cit.* Pág. 62.

*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.*¹⁵

14. En el caso que se resuelve debo destacar que la misma ley de transparencia ya citada precisa en su artículo 179 fracción I que el propio recurso de revisión es un medio de protección y procede en contra de la negativa a la información solicitada. Por lo que el motivo de inconformidad consiste en la falta de trámite a su solicitud, mostrando así una negligencia por parte de la autoridad, situación que recae en los 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 Certificadas con el previo pago de los derechos, por no existir razón alguna que lo impida.

Consecuencias de la violación al derecho humano.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Pode... cit.* Pág. 40.

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 a 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,¹⁶ o lo que Ferrajoli señala como la *sanción por los actos ilícitos* según se ha citado ya. Lo cual implica que se debe

¹⁶ "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.

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 el 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.¹⁷

VI. Conclusión.

23. La falta de trámite de una solicitud provocó 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.

VOTO
JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/MAG

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010.