

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/143/2018

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 la **opinión particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la décima primera sesión ordinaria de este Pleno:

- 00241/INFOEM/IP/RR/2018 - Municipio de Ozumba.

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

LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ

COORDINADORA DE PROYECTOS

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

OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00241/INFOEM/IP/RR/2018.

Resumen de la opinión. Ante el desconocimiento del contenido de las documentales que ordena hacer entrega este Órgano Garante, maximizando la protección de los datos personales, es dable hacer del conocimiento al Sujeto Obligado que debe revisar detenidamente la información que debe poner a disposición de los particulares, y de ser el caso de detectar información que actualice alguno de los supuestos de clasificación establecidos en la normatividad aplicable, se elabore una versión pública con su debido acuerdo de clasificación emitido por el Comité de Transparencia que legitime la restricción al derecho de acceso a dicha información, esto con el único fin de garantizar el efectivo acceso a la información y la correcta protección de datos personales, previniendo además, que los sujetos obligados entreguen documentales dejando a la vista información que deba ser clasificada.

Índice

I.	Consideraciones Generales	2
II.	Efectos de la elaboración de versiones públicas.....	3
I.	Supuestos de clasificación y el acuerdo de comité de transparencia.....	7
III.	Conclusión	18

I. Consideraciones Generales

1. He concurrido con mi opinión particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su Décimo Primera Sesión Ordinaria celebrada en fecha veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho promovido por _____ en contra de la falta de respuesta del **Ayuntamiento de Ozumba** procedimiento al que se le asignó el número de expediente **00241/INFOEM/IP/RR/2018**.
2. La resolución puntualmente determina **ORDENAR** la entrega de la información.
 - a) *Todos y cada uno de los oficios que el Síndico Municipal del H. Ayuntamiento de Ozumba haya remitido al Órgano Superior de Fiscalización del Estado de México, por el periodo comprendido del 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2017, en el formato que los genere.*

3. Sin embargo, en la resolución no menciona que de ser el caso que las documentales contengan datos personales susceptibles de ser clasificados, el Sujeto Obligado deberá elaborar una versión pública testando o eliminando dichos datos personales dejando visible la información que de cabal cumplimiento a lo requerido, asimismo debe emitir el acuerdo del comité de transparencia que en su caso apruebe la versión pública.
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 opinión particular.

II. Efectos de la elaboración de versiones públicas.

5. Mi opinión 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

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

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 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

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

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.

6. 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.
7. Por esa razón, es que en esta ocasión concuro con la presente opinión, con la finalidad de presentar un apretado resumen de las formalidades, elementos y procedimientos que debe considerar el sujeto obligado para emitir este tipo de acuerdos y que el Órgano Garante debe verificar que se cumplan.
8. En el presente asunto en particular, la ponencia encargada de desarrollar el proyecto de resolución consideró que no es necesaria la incorporación de ser el caso de una versión pública, puesto que consideran que la información que se ha ordenado hacer entrega no contiene datos personales susceptibles de ser

clasificados parcial o totalmente. De ese punto en particular es de donde me aparto del resto de mis compañeros integrantes del pleno pues considero que en aras de garantizar un correcto cumplimiento al derecho de acceso a la información y al mismo tiempo garantizar la protección de datos personales de personas que no intervienen en este procedimiento, debió incorporarse que de ser el caso que se contengan datos personales susceptibles de ser clasificados se elabore una versión pública, que teste o elimine dichos datos y a la vez deje visible la información que requiere el particular, concluyendo así con una armonía entre ambos derechos que el Estado nos ha conferido tutelar.

9. Lo anterior en razón de que este instituto desconoce la cantidad de oficios que ha enviado el servidor público señalado en la solicitud y también se desconoce el tema de los oficios, y el contenido de los mismos por los que fueron enviados al OSFEM del periodo comprendido del 01 de enero de dos mil dieciséis al 31 de diciembre de dos mil diecisiete, entonces, este Órgano Garante se encuentra imposibilitado a saber o predecir el contenido de las documentales que ha ordenado hacer entrega.
10. Cabe señalar, que comparto cada punto abordado en el proyecto de la resolución, sin embargo, considero firmemente que para una correcta tutela de ambos derechos y ante el desconocimiento del contenido de las documentales materia del recurso de revisión que hoy nos ocupa, debió ser necesaria la incorporación que de ser el caso que el Sujeto Obligado detecte que la información que debe

entregar contenga datos personales elabore una versión pública con su debido acuerdo de clasificación emitido por el Comité de Transparencia³. Para tal efecto es necesario observar lo siguiente:

I. Supuestos de clasificación y el acuerdo de comité de transparencia

11. Las disposiciones constitucionales y legales en la materia establecen los dos supuestos generales para clasificar la información: por reserva y por confidencialidad.
12. 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;

³ Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios. Artículo 149. El acuerdo que clasifique la información como confidencial deberá contener un razonamiento lógico en el que se demuestre que la información se encuentra en alguna de las hipótesis previstas en la presente Ley.

II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;	II. Pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;
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;	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;
	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

	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;
IV. Ponga en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una persona física;	V. Pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física;
V. Aquella cuya divulgación obstruya o pueda causar un serio perjuicio a:	VI. Obstruya las actividades de verificación, inspección y auditoría relativas al cumplimiento de las leyes o afecte la recaudación de contribuciones;
1. Las actividades de fiscalización, verificación, inspección, comprobación y auditoría sobre el cumplimiento de las Leyes; o	
2. La recaudación de las contribuciones.	

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;	VII. Obstruya la prevención o persecución de los delitos;
VII. La que contengan las opiniones, recomendaciones o	VIII. La que contenga las opiniones, recomendaciones o

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;	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;
	IX. Obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa;
	X. Afecte los derechos del debido proceso;
VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;	XI. Vulnere la conducción de los Expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado;
IX. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la Ley señale como	XII. Se encuentre contenida dentro de las investigaciones de hechos que la ley señale como delitos

delitos y se tramiten ante el Ministerio Público;	y se tramiten ante el Ministerio Público, y
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; 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	

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.

12. Mientras que los artículos 143 y 116 de la Ley Estatal y de la Ley General, respectivamente, señalan los supuestos para que la información pueda ser clasificada como confidencial:

I. Se refiera a la información privada y los datos personales concernientes a una persona física o jurídico colectiva identificada o identificable;

II. Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos; y

III. La que presenten los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo dispuesto por las leyes o los tratados internacionales.

La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

No se considerará confidencial la información que se encuentre en los registros públicos o en fuentes de acceso público, ni tampoco la que sea considerada por la presente ley como información pública.

13. Entonces al apreciar que en los documentos que solicito el particular se encuentran inmersos datos personales susceptibles de clasificarse, se debe elaborar una versión pública y se deberá poner a disposición del particular el acuerdo que emita el comité de transparencia, el cual deberá contener 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.

14. 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.

15. 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...."⁴

⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Epoca. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, marzo de 1996. Pág 769. Consultado en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/203/203143.pdf> el viernes 16 de junio de 2017.

16. Por su parte, el intérprete judicial del país ha establecido 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.

17. 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.

18. Además, sostengo que en las resoluciones debe precisarse claramente la información que se ordena hacer entrega, y en los casos en que se tenga completa certeza de que la información no contiene ningún dato personal susceptible de clasificarse se omite señalar la probable versión pública, sin embargo, en el presente asunto no comparto dicha postura puesto que como he mencionado anteriormente, se desconoce la cantidad de oficios emitidos por el servidor público señalado en la solicitud de acceso a la información y el contenido de cada uno de ellos, por lo tanto, resulta de suma importancia la incorporación del apartado de versión pública para evitar que se vulnere el derecho de protección de datos personales por algún documento que contenga información susceptible de clasificarse, puesto que es necesario mencionar que los Sujetos Obligados rigen su actuar para dar cumplimiento a las resoluciones partiendo de lo que se establece en la misma.

19. Entonces, ante la falta de un elemento que obligue a los Sujetos Obligados a que de ser el caso que los documentos que deben entregar contengan datos personales susceptibles de clasificarse elaboren una versión pública con su debido acuerdo del comité, da pauta a que no verifiquen el contenido de la información y la entreguen tal cual obra en sus archivos, caso contrario, al establecer en el estudio y resolución del asunto, que en caso de contener datos personales susceptibles de clasificarse se elabore una versión pública, lo que implica que se proteja cualquier posible dato personal contenido, al mismo tiempo que se privilegia el derecho del particular a acceder a la información. Así, este Instituto registrará su actuar con estricto apego a los principios de certeza, eficacia y legalidad⁵

III. Conclusión

20. Al ordenar que se haga entrega de la información en versión pública, lo que se pretende no es sino, promover una armonía entre los derechos que el Estado nos ha conferido tutelar, encontrando un equilibrio entre el acceso a la información

⁵ Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de México y Municipios. Artículo 9. El Instituto deberá regir su funcionamiento de acuerdo a los siguientes principios:

- I. **Certeza:** Principio que otorga seguridad jurídica a los particulares, en virtud de que permite conocer si las acciones del Instituto son apegadas a derecho y garantiza que los procedimientos sean completamente verificables, fidedignos y confiables;
- II. **Eficacia:** Obligación del Instituto para tutelar, de manera efectiva, el derecho de acceso a la información; y
- VI. **Legalidad:** Obligación del Instituto de ajustar su actuación, que funde y motive sus resoluciones y actos en las normas aplicables

y la protección de datos personales, ajustando el actuar de los Sujetos Obligados para que conforme al principio de máxima publicidad permitan el acceso a la información en su posesión pero protegiendo datos personales susceptibles de ser clasificando, además, fundando y motivando su actuar en un acuerdo emitido por el Comité de Transparencia, que brinde certeza al particular de que la restricción a cierta información es conforme a derecho.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNANDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/ADM.