

VOTO DISIDENTE

Oficio: INFOEM/COM-JMC/126/2018

Metepec, Estado de México a 08 de mayo de 2018

LICENCIADO ALEXIS TAPIA RAMÍREZ

SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO DEL INFOEM.

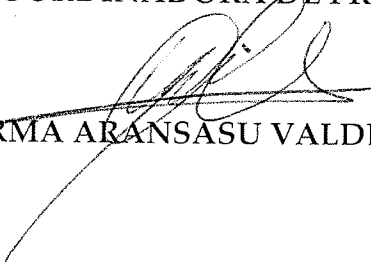
PRESENTE

Por instrucción del Comisionado Javier Martínez Cruz, le remito para los efectos a que haya lugar el original del **voto disidente** emitido por el mismo, con fundamento en el artículo 14 fracciones X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, con relación a la resolución emitida en el recurso de revisión 00638/INFOEM/AD/RR/2018 aprobada por el Pleno de este Instituto en la Décima Sexta Sesión Ordinaria de fecha tres de mayo de dos mil dieciocho.

Sin más por el momento, aprovecho para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE

COORDINADORA DE PROYECTOS



NORMA ARANSASU VALDÉS PEDRAZA

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernández. Comisionado.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Tels. (722) 2 26 19 80 * Lada sin costo: 01 800 821 0441 * www.infoem.org.mx

Calle de Pino Suárez s/n actualmente
Carretera Toluca - Ixtapán No. 111,
Col. La Michoacana, C.P. 52166
Metepec, Estado de México



VOTO DISIDENTE QUE FORMULA EL COMISIONADO JAVIER MARTÍNEZ CRUZ EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DICTADA 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 DÉCIMA SEXTA SESIÓN ORDINARIA DEL TRES DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00638/INFOEM/AD/RR/2018.

El Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, aprobó por mayoría de votos, desechar el recurso de revisión 00638/INFOEM/AD/2018, sentido que el suscrito no comparte, como sentido de la resolución, ya que considero que, en el caso concreto, lo procedente era analizar el fondo del asunto para determinar si la respuesta colma o no el derecho de acceso a datos personales del particular.

La resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de este Pleno desechó el recurso de revisión, al considerar extemporáneo el derecho procesal por el que se hace valer, ante el presupuesto de que el particular, interpuso el recurso de revisión antes de que comenzara a transcurrir el plazo que la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de México y Municipios concede para tal fin, actualizando así el presupuesto de extemporáneo, en virtud de que el mismo es entendido de esta manera, en aquellos casos en que se presenta antes

de que empiecen a computarse los plazo para hacerlo valer, como en aquellos en que se presente una vez que ha fenecido.

Sin embargo, considero que es una cuestión que la Ponencia que resuelve debió tomar en cuenta una vez que el recurso de revisión le fue turnado para estar en posibilidades de admitir o desechar de conformidad con los artículos 129 y 138 de la Ley de Protección de Datos Personales de la entidad en relación directa con el 185 fracción I de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios de aplicación supletoria de conformidad con los artículos 11 y 127 de la Ley de la Materia, y no así al momento de resolver, porque redundaría en transgresión al principio de expeditez.

Esto es así, ya que cuando se interpone un recurso de revisión por parte del recurrente, no se entiende que por ese sólo hecho ya debe considerarse *de facto* como admitido, toda vez que se pueden actualizar elementos o circunstancias que el Comisionado debe analizar *a priori*, previo a su admisión o desechamiento.

Por tal motivo, no considero que sea procedente desechar una vez que fue admitido el recurso de revisión 00638/INFOEM/AD/RR/2018, máxime que de las constancias que obran agregadas en el expediente electrónico del mismo, se aprecia que el **Sujeto Obligado** admitió “*que por un error involuntario no fue contestada oportunamente la solicitud*” lo que conlleva a decir, que la atención a los recursos de revisión y las resoluciones de este Instituto deberán realizarse bajo los principios de certeza,

eficacia, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad, objetividad, profesionalismo y transparencia.

De modo, que resulta contradictorio que por un lado se deseche el recurso de revisión ante la interposición extemporánea, que atiende al último día que el Sujeto Obligado tenía para dar respuesta, y por el otro lado, se haya puesto a disposición del particular hoy *Recurrente* el informe justificado del Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia de Chalco, en el que mismo reconoce, no haber dado la atención a la solicitud de información en el tiempo previsto para ello.

Por lo tanto, la resolución no atiende los principios eficacia y objetividad, el primero como principio que supone que la organización y función administrativa deben estar concebida para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas asignados por el propio ordenamiento jurídico, mientras que el segundo, como el deber que tiene el Instituto en el ejercicio de función de determinar procedimientos sencillos y expeditos para el acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos personales, conforme al artículo 6 apartado A fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde mi perspectiva, lo resuelto vulnera el principio de objetividad que rige a este Instituto en la sustanciación de los recursos de revisión, toda vez que si bien, es un supuesto para desechar por improcedente el recurso de revisión, cuando se interponga extemporáneo por haber excedido de quince días contados a partir del

siguiente a la fecha de la notificación de la respuesta o cuando transcurrido el plazo previsto para dar respuesta a una solicitud sin que se haya emitido, no quiere decir, que en la especie no se haya vulnerado el derecho de acceso a datos personales del particular, toda vez que si bien es cierto el particular interpuso el recurso de revisión el veintisiete de febrero del año curso, fecha en que fenecía el plazo para que diera respuesta el Sujeto Obligado, no hay constancia de que el Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia de Chalco haya intentado satisfacer la solicitud en el tiempo establecido para ello, y por el contrario manifestó que por un error involuntario no fue contestada oportunamente la solicitud.

En consecuencia, la resolución emitida por la mayoría de los integrantes del Pleno de este Instituto atenta contra el principio *pro persona*, que es un criterio hermenéutico que rige al derecho en materia de derechos humanos, que consiste en preferir la norma o el **criterio más amplio** en la protección de derechos humanos y la norma o criterio que meno restrinja el goce de los mismos, por tanto, debió atenderse una interpretación extensiva de la norma, al tratarse de un derecho que debe interpretarse de conformidad con nuestra Carta Magna, con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, y con las leyes adjetivas.

Es así, que el artículo 29 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorpora el principio conocido como *pro homine*, en los siguientes términos “*Norma de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o*

libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte de uno de dichos Estados”.

Lo anterior toma trascendencia, porque el derecho de acceso a datos personales es un derecho humano protegido por disposiciones y cláusulas que contienen el principio *pro persona o pro homine* que conduce a acudir a la norma más amplia o protectora y menos restrictiva en su ejercicio.

En este contexto, se puede identificar falta del principio *in dubio pro libertatis* que obliga a interpretar a todo el ordenamiento jurídico a la luz de los derechos fundamentales, que en el caso, es el acceso a datos personales protegido en los ordenamientos constitucionales, el cual se encuentra reconocido en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales del 16 de mayo de 1989.

Los principios *pro persona* e *in dubio pro libertatis* incorporan criterios de interpretación de las disposiciones jurídicas que remiten a la norma más protectora en favor de los gobernados cuando se trata de reconocer derechos fundamentales de las personas, por tanto, el que se haya considerado el desechamiento del recurso de revisión por una supuesta interposición extemporánea, restringe el derecho fundamental de acceso a datos personales, ante la evidente limitación de derechos al existir un *res dubia*, y que conforme al principio *pro persona* se debió aplicar aquella norma o criterio

que favoreciera al gobernado, en observancia al principio del expediteiz en la administración de justicia consagrado en el artículo 17 Constitucional¹, pues no tiene ningún sentido admitir el recurso para después desecharlo ante una evidente causal de improcedencia, como lo es, la interposición del recurso de revisión extemporáneo, y no que porque se haya interpuesto en fecha posterior a los quince días que marca la ley, sino por interponerse unas cuantas horas antes de que empezara a transcurrir el plazo para interponerse el recurso ante la falta de respuesta del sujeto obligado.

En consecuencia, la resolución del recurso de revisión que nos ocupa, en la que se desecha el recurso de revisión por considerar que se actualiza una causa manifiesta e indudable de improcedencia, no debe constituir un acto de esta autoridad, toda vez que el desachamiento no sustituye y aún menos restituye el acto reclamado, que es el que propicia una violación evidente a la Ley, dejando así, en estado de indefensión al *Recurrente*; además de provocar que su derecho de acceso a datos personales se convierta en un trámite engorroso y tardío, ante el tiempo que transcurrido a partir de la interposición del recurso y la fecha en la que se resuelve.

Por lo que se debió atender, que la falta de estudio del fondo del asunto conllevara en todo caso, a que el particular inste de nueva cuenta el ejercicio y protección de su

¹ Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales...

derecho fundamental, toda vez que en la especie no podemos presuponer que se actualiza la hipótesis de cosa juzgada ante la falta de existencia de una resolución firme sobre el mismo objeto², lo que resulta también violatorio al artículo 1 Constitucional, que en su párrafo segundo dispone que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*", es así, que el texto transcrito no se refiere únicamente a los derechos sustantivos, sino además a todas las garantías para hacer efectivos los derechos humanos.

Por consiguiente, la Ponencia que resolvió debió desestimar la "causa notoria y evidente" de improcedencia ante el estado de indefensión en el que se deja al particular, toda vez que debe prevalecer la obligación que este Instituto tiene de proteger y garantizar el derecho de acceso a datos personales bajo el principio de expeditéz y objetividad al tratarse de un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados

² COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL. DIFERENCIAS Y EFECTOS. La doctrina moderna distingue dos especies de cosa juzgada, la formal y la material. La primera está encaminada a operar exclusivamente en el proceso, pues consiste en la inimpugnabilidad de la sentencia en su certeza jurídica, en virtud de que con la realización de ciertos actos o con el transcurso de los términos se extingue el derecho que pudiera haberse ejercido para realizar determinados actos procesales. En cambio, la material, además de tener como base esa inimpugnabilidad de la sentencia dentro del proceso, su firmeza o inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso, o en cualquier otro procedimiento en que se pretenda promover exactamente el mismo litigio. Esto es, los efectos de la sentencia devienen definitivos y obligatorios para el juzgador en cualquier juicio en el que se pretendiera reiterar lo sentenciado, es decir, la sentencia al ser inimpugnable alcanza autoridad o fuerza de cosa juzgada en sentido formal o externo, pero si, además, resulta jurídicamente indiscutible el pronunciamiento judicial que el fallo contenga, entonces, adquiere fuerza de cosa juzgada en sentido material o interno. Luego, la primera es el presupuesto de la segunda y el significado de ambas puede condensarse así: la cosa juzgada formal es igual a inimpugnabilidad, mientras que la cosa juzgada material es igual a indiscutibilidad. Por lo general coinciden los dos sentidos de la cosa juzgada, pero no en todos los casos, ya que en algunos sólo se produce el primero.

internacionales en los que México es parte, sobre una causal de improcedencia que afecta de manera trascendental la defensa del particular en el ejercicio de su derecho humano.

No obstante, que no pasa de la óptica del suscrito, que de los documentos enviados por el **Sujeto Obligado**, se advierte que se trata de una persona con discapacidad a la cual se le debieron aplicar los ajustes razonables previstos en la Ley de Protección de Datos Personales de la entidad, en su artículo 93 que versa de la siguiente manera:

"Artículo 93. El responsable procurará que las personas con algún tipo de discapacidad o grupos vulnerables, puedan ejercer, en igualdad de circunstancias, su derecho a la protección de datos personales. El responsable adoptará ajustes razonables en congruencia con lo establecido en la Ley de Transparencia."

Situación que no se observó ni por el Sujeto Obligado ni por la Ponencia encargada al momento de resolver, pues al analizar la información vertida por el primero, mediante la etapa correspondiente a las manifestaciones, se pudieron hacer los ajustes razonables en beneficio del particular que cuenta con una condición distinta a la general, ello sin hacer una discriminación positiva del sujeto o seguir vulnerando su derecho a la igualdad, es decir que como Órgano Garante del derecho humano a la protección de los datos personales y del ejercicio de los llamados derechos ARCO, bien se pudieron realizar las modificaciones necesarias para garantizar el acceso al ejercicio de esos derechos de una persona que tiene circunstancias especiales pero finalidades o necesidades iguales al resto de la población.

Por ello, en la defensa de la igualdad de esas personas se han generado esos denominados ajustes razonables, por medio de los cuales se introducen elementos diferenciadores que buscan la plena aplicación del principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad³, concepto que se ha retomado tanto en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios como en la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados del Estado de México y Municipios, con el objetivo de seguir garantizando la igualdad a todas las personas en el ejercicio y defensa de los dos derechos humanos que este Pleno se encuentra constreñido a tutelar.

Así, la Ley de Transparencia del Estado de México, define a los ajustes razonables en la fracción I del artículo 3, que se transcribe a continuación:

“Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

I. Ajustes Razonables: Modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos;...”

De la misma manera, dentro de las atribuciones conferidas a este Órgano Garante se encuentran el coordinarse con autoridades competentes para que tanto en los trámites a solicitudes de acceso a datos personales como en la solventación de los medio de impugnación se promuevan los ajustes razonables necesarios, como lo indica la fracción XXXVI del artículo 36 de la Ley de Transparencia de la entidad, que

³ Proyecto de Engrose, Discapacidad y Seguros: Amparo en Revisión 410/2012.

en concordancia con la Ley de Protección de Datos en el Estado de México, al ser la instancia competente para resolver sobre dos derechos puede aplicar esos ajustes con el fin de garantizar la igualdad entre las personas.

De lo anterior, se puede concluir que cuando una persona con discapacidad pretenda acceder a su derecho humano a la protección de los datos personales, el responsable y el Órgano Garante de ese derecho deberán realizar los llamados ajustes razonables a fin de garantizar el ejercicio de ese derecho igualdad de condiciones, entendiendo la igualdad como la posibilidad de que exista una desigualdad en alguno de los ámbitos a efecto de propiciar la igualdad en otro rubro, es decir que en el presente caso se debió de aplicar la desigualdad en la admisión del recurso de revisión considerado extemporáneo con el fin de igualar las condiciones del particular que pretendía acceder a sus datos personales, que como se aprecia en el expediente del SARCOEM el Sujeto Obligado contaba con la información y no se le hubiera limitado el conocerla previa acreditación y sin necesidad de volver a ingresar la solicitud correspondiente en un plazo posterior.

Correlativo a lo anterior, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto de la realización de los ajustes razonables, pues se argumenta que cuando éstos son denegados se incurre en una conducta discriminatoria que genera responsabilidad administrativa en los servidores públicos que la cometan, como lo indica el criterio con rubro **"PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA DENEGACIÓN DE AJUSTES RAZONABLES, LA**

FALTA DE ACCESIBILIDAD EN EL ENTORNO FÍSICO Y LA RESTRICCIÓN EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA QUE SOLICITEN, CONSTITUYEN UNA CONDUCTA DISCRIMINATORIA QUE GENERA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERALES QUE LA COMETIERON”⁴ que resulta aplicable por analogía.

De la misma manera, el alto tribunal ha reiterado que la denegación de los ajustes razonables por parte de los Sujetos Obligados así como de los Organismos Garantes constituye una forma de discriminación en términos de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación así como la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, como se ha descrito en el criterio con rubro: **“PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A FIN DE LOGRAR EL PLENO EJERCICIO DE SU DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, LOS SUJETOS OBLIGADOS Y EL INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA,**

⁴ **Cuerpo de la tesis:** Las personas con discapacidad, entendidas como aquellas que por razón congénita o adquirida presentan una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal, que al interactuar con las barreras que les impone el entorno social, impiden su inclusión plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás, constituyen un grupo vulnerable, cuyos derechos fundamentales deben ser objeto de una protección con mayor intensidad por parte de todas las autoridades que conforman el Estado, a fin de lograr su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades. Por su parte, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en su artículo 1, segundo párrafo, fracción III, define como discriminación, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en, entre otros motivos, las discapacidades. Asimismo, en su numeral 9, fracciones XVIII, XXII Bis y XXII Ter, establece como conductas discriminatorias, respectivamente, la restricción en el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que se establezcan por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables; la falta de accesibilidad; y, la denegación de ajustes razonables, aislada o conjuntamente. Por tanto, la denegación de ajustes razonables, la falta de accesibilidad en el entorno físico y la restricción en el acceso a la información pública que soliciten las personas con discapacidad, constituyen una conducta discriminatoria que genera responsabilidad administrativa de los servidores públicos federales que la cometieron, según lo dispone el artículo 79 Ter del ordenamiento mencionado.

**ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES,
DEBEN EFECTUAR AJUSTES RAZONABLES Y PROPORCIONAR AYUDAS
TÉCNICAS EFICACES”.⁵**

Con base en lo anterior, desde mi perspectiva, resultaba procedente estudiar las *litis* planteada, dado que el desachamiento vulnera el derecho de acceso a datos personales del particular, por una cuestión procedimental que no puede estar por encima de la obligación que el Estado tiene de garantizar el derecho fundamental en cuestión, consagrado en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales en los que México es parte.

Por las consideraciones expuestas, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14 fracciones X y XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y

⁵ **Cuerpo de la tesis:** Como autoridades del Estado, dichos entes públicos se encuentran obligados, en atención al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que se logra al interpretar el orden jurídico en materia de acceso a la información conforme a los derechos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales en los que México es Parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Por otra parte, la denegación de ajustes razonables, entendidos como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, cuando se requieran en un caso particular, a fin de garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de un derecho en igualdad de condiciones con las demás, constituye una forma de discriminación, en términos de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Asimismo, este ordenamiento considera, en su artículo 2, fracción IV, como ayudas técnicas, a todos aquellos dispositivos tecnológicos y materiales que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad, entendidas -acorde con la fracción XXI del propio precepto legal- como aquellas que por razón congénita o adquirida presentan una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal, que al interactuar con las barreras que les impone el entorno social, impiden su inclusión plena y efectiva. Por tanto, a fin de lograr el pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, contenido en el artículo 6o., apartado A, de la Norma Fundamental, tratándose de personas con diversos grados y tipos de discapacidad, los referidos entes públicos deben implementar medidas tendentes a la consecución de esa finalidad, como la obligación de efectuar ajustes razonables cuando sean requeridos, siempre que no impliquen una carga desproporcionada o indebida, y proporcionar ayudas técnicas eficaces, como son los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Municipios, formulo el presente VOTO exponiendo mi DISENSO con la determinación adoptada por la mayoría del Pleno de este Instituto.

Javier Martínez Cruz
Comisionado
(Rúbrica)