

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00664/INFOEM/IP/RR/2018.

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

Índice.

I. Consideraciones Generales.....	2
II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.....	3
III. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.....	6
IV. Del Pronunciamiento simple	11
V. Conclusión.	18

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 su Décimo Quinta Sesión Ordinaria celebrada el día veinticinco (25) de abril del dos mil dieciocho, en el recurso de revisión interpuesto por [REDACTED], en contra de la respuesta del **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, procedimiento que le fue asignado el número de expediente 00664/INFOEM/IP/RR/2018.

2. La resolución puntualmente determina **ORDENAR** la entrega de la información, tomando en consideración la negativa ficta del Sujeto Obligado, derivada de su omisión de dar respuesta a la solicitud de información.

3. Estando de acuerdo con la resolución formulada por el comisionado ponente, mi voto particular se deriva del otorgamiento que la Ponencia resolutora otorga al **SUJETO OBLIGADO**, para responder el punto 3 del RESOLUTIVO PRIMERO, con un pronunciamiento simple.

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 el presente voto particular.

II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.

En ejercicio del derecho constitucional que le asiste al particular, formuló una solicitud de información dirigida hacia el **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, en dicha solicitud planteó lo siguiente: *"A la dirección de obras públicas, anteriores solicitudes hemos tenido oportunidad de conocer el C.V. del actual Director Orlando Llera V. pero ahora el tema que nos ocupa es el siguiente: Existen ciudadanos calificados con carreras universitarias, personas con calidad HUMANA para ser servidores públicos, ciudadanos con los conocimientos necesarios para desempeñar cargos públicos, pero, ¿es enserio que el gabinete del Director Llera sigue con el?, es decir, se dieron a conocer en anteriores cargos como ODAPAS (por lo que se puede apreciar en el curriculum de estas personas). Con excepción del Director Llera, el séquito que le acompañaba en ODAPAS eran déspotas, sin sentido humano, sin calidad humana, groseros, haraganes, corruptos etc. Por ello solicito de: la SECRETARIA EJECUTIVA; ASESOR; ASISTENTE; SECRETARIO PARTICULAR Y COORDINADOR; SUPERVISOR DE OBRA y del DEPARTAMENTO DE CONTABILIDAD, el curriculum vitae con las pruebas documentales que acrediten el NIVEL DE ESTUDIOS, cursos, talleres, etc., solicito el nombramiento de cada uno, solicito todos aquellos documentos donde se acredite de que manera fueron elegidos para ostentar el cargo que ocupan pues en Valle de Chalco existen miles de jóvenes que bien pueden desempeñar aun mejor los puestos a los que se hace referencia pero no dan oportunidades para que gente nueva, menos contaminada y menos corrupta ocupe un cargo público. solicito toda la nomina desde que inicio la administración de los servidores públicos antes referidos, solicito su nombramiento, solicito todos aquellos documentos, listas o archivo digital de la asistencia a partir del inicio de la administración sea por lista, por checador biometrico, etc. conforme a las leyes y reglamentos vigentes*

solicito por cada uno de los anteriores mencionados que ostentan ese cargo público el fundamento legal y documental donde pueda apreciarse cuales son las actividades que desempeñan cada uno de estos.” (Sic).

Anexos. El recurrente no adjuntó ningún archivo a su formato de solicitud.

5. Bajo esas consideraciones, la Ponencia que resolvió el recurso de revisión, para no realizar una afectación al derecho de acceso a la información del particular, decidió por cuenta propia entrar al estudio y análisis del asunto a efecto de verificar si existe fuente obligacional por parte del **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, y así ordenar que se realice una búsqueda exhaustiva en los archivos del **SUJETO OBLIGADO** a efecto de entregar la información denegada fruto de la falta de respuesta a la solicitud.

6. Por lo que respecta al análisis que realizó el ponente para poder **ORDENAR** la entrega de la información en el presente asunto se observó que el **SUJETO OBLIGADO** no atendió la solicitud de información por parte del solicitante, por lo que se **ORDENA** al **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, haga entrega vía **SAIMEX** y en versión pública, de los documentos en los que conste la Secretaria Ejecutiva, Asesor, Asistente, Secretario Particular y Coordinador, Supervisor de Obra, así como del Departamento de Contabilidad, de la Dirección de Obras Públicas lo siguiente:

1. *Currículum vite y/o solicitud de empleo, así como las pruebas documentales que acrediten el nivel de estudios, protegiendo cualquier información que conlleve un riesgo grave para el Servidor Público.*
 2. *Nombramiento, o documento análogo.*
 3. *Documentos donde se acredite de qué manera fueron elegidos para ostentar el cargo.*
 4. *Nómina generada a partir del 01 de enero de 2016 al 15 de enero de 2018.*
 5. *Listas o archivo digital de la asistencia 01 de enero de 2016 al 26 de enero de 2018.*
 6. *Las funciones así como su fundamento legal, únicamente del puesto de Asistente.*
7. Sin embargo, ésta ponencia observó que la resolución puntualmente indica lo siguiente respecto al resolutivo PRIMERO:
- “Para el caso de que el Sujeto Obligado no hubiese generado la información que se le ordena en el punto 3, bastará con que se pronuncie en tal sentido.” (Sic).*
8. Por esa razón, el ponente se manifestó al respecto enfatizando que en el caso de que el **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad** no genere, posea o administre la información referente a documentos con los cuales se acredite la manera en que fueron elegidos los servidores públicos en comento para ostentar sus respectivos cargos, bastará con que lo haga del conocimiento del particular.
9. Por tal motivo el **SUJETO OBLIGADO** en cuestión debe de demostrar que no genera, posee o administra la información que requiere el particular, debiendo motivar su respuesta en función de las causas que hayan generado tales circunstancias.

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

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

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

- Impone al Estado la obligación de protegerlo. Esto es, es suficiente con que una persona realice una solicitud de información para que la autoridad la atienda y entregue lo solicitado, salvo excepciones limitadas.
- Impone la obligación a todos los organismos de transparentar sus acciones como una forma cotidiana de actuar; de garantizar el acceso a la información pública a través de tener disponible en cualquier momento la información sin necesidad de que medie una solicitud del particular.

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

12. Por tanto, para que los **SUJETOS OBLIGADOS** hagan efectivo el derecho de las personas de **buscar, recibir y difundir información pública**, información que los **SUJETOS OBLIGADOS** generen, administren o posean, y que deben poner a disposición de los particulares los documentos en los que conste el ejercicio de sus atribuciones legales o que por cualquier circunstancia obre en sus archivos.

13. Es necesario precisar que la transparencia es un principio jurídico que se concreta especialmente en el derecho fundamental de acceder a la información pública y que la aplicación del principio de transparencia y el respeto y garantía del

derecho de acceder a la información pública, son elementos indispensables para afirmar que existe un verdadero estado social y democrático de derecho, en el cual todas las personas pueden participar activamente en los asuntos que las afecten y una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

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

15. Por lo tanto, el principio de la rendición de cuentas y la transparencia encuentran un objetivo en común, buscar conciliar el interés colectivo con el interés particular de los gobernantes, si los gobernantes, funcionarios, representantes y líderes políticos, es decir, todos los que dispongan de algún poder político, saben que puedan ser llamados a cuentas, que su acción política, su desempeño gubernamental y sus decisiones podrán generar efectos positivos o negativos a su interés personal, tendrán mayor diligencia en el momento de ejercer el poder y atenderán, tanto el interés colectivo como la relación de medios y fines en el quehacer gubernamental, precisamente para que el resultado de sus resoluciones no afecte o perjudique el interés general o el particular de sus gobernados y representados.

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

17. Por estas razones las Leyes de transparencia y acceso a la información en los Estados Unidos Mexicanos, tienen como objetivo primordial el garantizar que los ciudadanos puedan solicitar documentos que poseen las instituciones gubernamentales.

18. En efecto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, su propósito es transparentar el ejercicio de la función pública, tutelar y garantizar a toda persona, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a sus datos personales, así como a la corrección y supresión de éstos y proteger los datos personales que se encuentren en posesión de los sujetos obligados.

19. Derivado de dicha obligación se impone también la obligación de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de

los medios electrónicos disponibles, la información que posean generen o administren de forma completa y actualizada.

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

21. Por lo que si en los puntos resolutivos se está ordenando al **SUJETO OBLIGADO** atender a la solicitud de información en términos de los Considerandos **CUARTO** y **QUINTO**, y entregarla al particular, ya no cabe la manifestación simple y llana, sino que se deben observar dos puntos importantes:

- Si la posesión de la información es de carácter inexcusable, es decir si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar, poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de Transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia.

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

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

IV. Del Pronunciamiento simple

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

***FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.** La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988.

Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

24. 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.

25. Lo anterior a razón de que el Sujeto Obligado, ignoró la solicitud de información, configurando una *negativa ficta*, tal respuesta es considerada como un pronunciamiento negativo simple; sin embargo, carece de fundamentación y motivación, toda vez que como se señaló, el **SUJETO OBLIGADO** no dio contestación alguna a la solicitud de información del particular; lo que en consecuencia contradice en primer lugar los principios de certeza, eficacia,

legalidad, máxima publicidad, objetividad, profesionalismo y transparencia, en razón de que el acto de autoridad que realizó el **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, en respuesta a la solicitud resulta una negativa a la solicitud de información, ergo no brinda seguridad y certidumbre jurídica al particular,; y en segundo lugar el artículo 19 segundo párrafo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, que señala *"Se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados."*, más aun existiendo facultades y obligaciones inherentes al **SUJETO OBLIGADO**, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, la Ley del Trabajo para los Servidores Públicos del Estado de México, el Código Financiero del Estado de México, el Bando Municipal de Policía y Gobierno de Valle de Chalco Solidaridad 2018 y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, tal como la Ponencia resolutoria mencionó dentro del Considerando CUARTO de la resolución.

26. Por lo que si el Sujeto Obligado no genera, administra o posee la información que solicitó la particular, el mismo deberá fundar y motivar debidamente las razones o circunstancias por las que no genera, posee o administra la información precisando de manera clara, las razones que expliquen las causas por las que no se cuenta con la información requerida en el presente asunto.

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

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

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

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

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

31. 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...."

32. Así, en un acto de autoridad se surte la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto y la debida motivación cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

33. En consecuencia, la fundamentación y motivación implica que, en el acto de autoridad, además de contenerse los supuestos jurídicos aplicables se expliquen claramente por qué a través de la utilización de la norma se emitió el acto. De este

modo, la persona que se sienta afectada pueda impugnar la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

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

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

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

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión

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

36. Por lo anteriormente expuesto, se concluye que para los casos en que la información que el particular solicitó sea inexistente de acuerdo con el artículo 20 de la Ley, la autoridad debe informar al particular especificando los elementos que le permitan tener la seguridad de que los criterios de búsqueda fueron exhaustivos, así como señalar detalladamente las circunstancias que generaron la inexistencia de la información, de manera que la autoridad no puede únicamente informar al solicitante sobre la inexistencia de determinada información, sino que debe hacerse todo lo necesario para satisfacer el derecho reclamado por el particular.

37. Tal circunstancia no puede tener como resultado el simple pronunciamiento de la inexistencia de información referente a documentos donde se acredite de qué manera los servidores públicos aludidos por el solicitante fueron elegidos para ostentar sus respectivos cargos.

V. Conclusión.

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

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(Rúbrica)

JGLH/JAV