

VOTO PARTICULAR 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 QUINTA SESIÓN DEL DOCE DE FEBRERO DOS MIL VEINTE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 09128/INFOEM/IP/RR/2020.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 14, fracciones X y XI, del Reglamento del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México, el Comisionado Javier Martínez Cruz emite VOTO PARTICULAR respecto a la resolución dictada en el recurso de revisión número 09128/INFOEM/IP/RR/2019, pronunciada por el Pleno de este Instituto ante el proyecto presentado por el Comisionado José Guadalupe Luna Hernández, que es del tenor siguiente:

I. Antecedentes.

En primer lugar debe precisarse que del análisis realizado a las constancias que integran el recurso de revisión al rubro anotado se advierte que la impetrante a través de la solicitud número 00110/TONATICO/IP/2019 requirió que se le entregara lo siguiente:

“.1.- Derivado del Decreto 309 de fecha 10 de mayo de 2018, en donde se adiciono el Capítulo Noveno Bis denominado de las Unidades de Igualdad de Género y

Erradicación de la Violencia de la Ley de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Mujeres y Hombres del Estado de México, y en su artículo 34 Bis establece que: Las dependencias del Ejecutivo, sus organismos auxiliares, los Poderes Legislativo y Judicial, organismos autónomos y municipios crearán Unidades de Igualdad de Género y Erradicación de la Violencia... ¿Por lo anteriormente manifestado, señale si en su municipio cuentan con esta Unidad? 2.- ¿En caso de contar con la Unidad, mencione en qué fecha se creó y como está integrada? 3.- ¿En su municipio cuentan con algún Protocolo para la prevención y atención a víctimas de acoso y hostigamiento sexual en la Administración Pública Municipal o similar, que haya sido aprobado mediante cabildo y cuyo objetivo sea el de establecer procedimientos apegados a los derechos humanos y legalidad vigente, a efecto de asesorar y orientar a la persona que considera haber sido agredida por actos de Acoso y Hostigamiento Sexual, dentro la Administración Pública Municipal, de ser así solicito me proporcionen el acuerdo mediante el cual fue aprobado y la gaceta donde haya sido publicado?" (Sic)

Por otra parte debe precisarse que una vez que fue substanciado el recurso de revisión al rubro indicado, en la resolución se determinó que los motivos o razones de inconformidad eran fundados y ordena la entrega de la siguiente información en los términos siguientes:

"SEGUNDO. Se ORDENA al Ayuntamiento de Tonatico dar atención a la solicitud de información 00110/TONATICO/IP/2019 y en su caso,

entregar la información en la modalidad Sistema de Acceso a Información Mexiquense (SAIMEX)."

Así las cosas, el Comisionado ponente en la resolución presentada ante el Pleno de este Instituto, se limita a ordenar la entrega de una respuesta sin que se determinara de trascendencia, la obligación para este Órgano Garante el analizar de manera exhaustiva la naturaleza y las atribuciones que ostenta el ente obligado para conocer de los requerimientos planteados, delegando este deber de sustanciar todo el procedimiento de acceso a la información pública en una instancia diferente.

II. Razones del Voto particular.

Respetuosamente no comparto las consideraciones de la mayoría ni la metodología adoptada en el desarrollo y resolución ofrecida al medio de impugnación que fue promovido por el particular, a mi criterio la falta de un estudio de fondo robusto y exhaustivo en el cuerpo de la resolución que atienda las distintas facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos le confieren al Sujeto Obligado en relación con la materia de la solicitud, así como la falta de razonamientos lógico-jurídicos y la indeterminación de parámetros específicos que tendrían que observar el ente recurrido para dar cumplimiento a la resolución, ocasiona que: a) se transgreda el debido proceso en sede administrativa; y, b) se debilite en la practica la eficacia del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Para demostrar lo que he señalado en el inciso a) es de referir en principio de cuentas que, la Corte Interamericana ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos.

Al respecto, al resolver el caso Ricardo Baena y Otros contra Panamá en su párrafos 124 y 125, fijo al interpretar el artículo 8 de la convención, que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, señalando que *“... cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal...”*

En otra sentencia reciente, la Corte reafirmó la postura reseñada. Se trata del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile en que la Corte debió decidir sobre los alcances del derecho de acceder a la información pública, al señalar que el artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales, sino que *“... Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos...”*

Además, ha manifestado la obligación de los Estados de contar con reglas precisas para el comportamiento de sus funcionarios, a fin de evitar parámetros inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa,¹ que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias.

Una vez clarificada la posición de la Corte Interamericana en relación con la aplicabilidad del debido proceso legal en sede administrativa, corresponde ahora especificar los distintos elementos que dichos órganos han ido identificando como sus componentes esenciales que deben ser tomados en consideración para garantizar el una tutela administrativa efectiva.

Así, la Corte Interamericana ha identificado ciertos estándares del debido proceso legal que deben ser observados en todos los procedimientos administrativos, tales como:

- a) el plazo razonable;
- b) el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas;
- c) a contar con un abogado;
- d) a una decisión fundada; y,**
- e) a la publicidad del actuar de la administración, entre otros.

¹ Expresión de Huber, en el marco del derecho alemán, en el cual considera que la discrecionalidad administrativa es “Caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho”

En este sentido, el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa,² han sido puntualizados tanto por la Comisión como por la Corte interamericana como elementos que integran el debido proceso legal. En el Caso Roger Herminio Salas Gamboa, el peticionario alegó la vulneración del artículo 8 de la Convención Americana por la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de motivar e informar a los magistrados sometidos a evaluación, los resultados de las mismas, alegó que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura son arbitrarias pues **no se motivan, ni se informa a los evaluados sobre las razones que se tuvieron en cuenta en la decisión adoptada**, en este marco, la Comisión decidió declarar la admisibilidad del caso.

En otras palabras una resolución no puede ser solamente el medio donde se explique de manera extensa lo dictado por la ley, sino que sea en un medio que asegure la atención a los fundamentos y razonamientos que fueron tomados en consideración por la autoridad al momento de resolver.

En este sentido, “motivar” tiene el significado de garantizar que la resolución, escogida entre muchas otras, no responde a una decisión unilateral o arbitraria del

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESTUDIO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS”

Juez o de la autoridad, sino que la misma sea el producto de la interpretación y aplicación de la ley.

De esta manera, vemos cómo, se pone en evidencia que la motivación de las sentencias realiza una doble función, es decir:

- Representan una obligación constitucional; y,
- Al mismo tiempo, un derecho fundamental de las partes.

Otra característica fundamental del deber de motivar es la “congruencia”, que exige una relación entre las pretensiones formuladas por las partes procesales y el contenido del fallo. A este propósito cabe recordar el caso Ruiz Torija e Hiro Balani contra España, en el que el Tribunal de Estrasburgo “condenó al Estado español por un determinado tipo de incongruencia, definida “omisiva”, y consistente en el incumplimiento total de la obligación de resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que venían planteadas.”

En definitiva la expresión de fundamentos y razonamientos en cualquier sentencia o resolución realiza, entre otras, la función de demostrar y de justificar, ante las partes del proceso y ante la sociedad en general, el carácter jurídico y no político o personal de una resolución judicial o administrativa.

Por lo anterior, las sentencias y resoluciones no solo tienen que ser objetivas sino también apegadas a la letra y al espíritu de la ley, y absolutamente clara y

comprensibles. Es decir que no deben de ser redactadas con lenguaje difícil, ni contener contradicciones, ni de dejar vacíos que den motivo a interpretaciones opuestas.

En concomitancia, en materia de Acceso a la Información destacan las disposiciones rectoras del organismo autónomo, como Órgano Garante al resolver los medio de impugnación no vemos obligados a observar loa principios de certeza y objetividad, los cuales habrán de permear durante el ejercicio del derecho de acceso a la información, tal y como lo mandata el diverso 9 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México³.

En tal tesitura, si nos remitimos al significado de *garantizar* tenemos que ello implica, asegurar, proteger, dar certeza o seguridad sobre algo a través de la inmersión de elementos lógico-jurídicos; ahora, si ante una falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información pública por parte de los Sujetos Obligados, el Órgano responsable de garantizar dicho derecho se limita únicamente a ordenar dar atender la solicitud soslayando entrar al fondo del asunto, es una resolución que deja más

³ Artículo 9. El Instituto deberá regir su funcionamiento de acuerdo a los siguientes principios:

I. Certeza: Principio que otorga seguridad y certidumbre 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;

...

VIII. Objetividad: Obligación del Instituto de ajustar su actuación a los presupuestos de ley que deben ser aplicados al analizar el caso en concreto y resolver todos los hechos, prescindiendo de las consideraciones y criterios personales;

dudas sobre la procedencia del derecho ejercido por el particular en consideración que queda a merced de lo que resuelva en materia de acceso a la información el ente recurrido.

Se afirma lo anterior, en virtud de que no se debe perder de vista que la Ley de Transparencia vigente en la entidad federativa establece en sus artículos 1, 7, 29, 36 fracciones II, XVI, XXII, XXIII y XXVII; 176, 185, 186, 188, 195, 198, 199, 200, 214, 216, 220 fracciones XIX establecen términos generales que la ley tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para tutelar y garantizar la transparencia y el derecho humano de acceso a la información pública en posesión de los sujetos obligados, del mismo modo precisa que este Instituto es un órgano público estatal constitucionalmente autónomo, especializado, independiente, imparcial y colegiado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, **responsable de garantizar el ejercicio de los derechos de acceso a la información pública y la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados**, conforme a los principios y bases establecidas en la Constitución Federal, Constitución Local, Ley General, así como, lo previsto en esta Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables, es de resaltar 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, en donde las resoluciones de este Órgano Garante puede:

- Desechar o sobreseer el recurso
- Confirma la respuesta del sujeto obligado
- Revocar o modificar la respuesta del sujeto obligado; y
- Ordenar la entrega de la información

Cabe agregar que las resoluciones que pronuncie este Instituto deben contener cuatro aspectos importantes:

- Lugar, fecha, el nombre del recurrente y del tercero interesado en su caso, sujeto obligado y un extracto de los hechos cuestionados;
- Los preceptos en que se fundamenten y las consideraciones que las sustenten;
- **Los alcances y efectos de la resolución, fijando con precisión, en su caso, los sujetos y órganos obligados a cumplirla; y**
- Los puntos resolutivos.

Sobre este punto en particular se considera de suma importancia mencionar que sujetos obligados, a través de la Unidad de Transparencia, darán estricto cumplimiento a las resoluciones del Instituto, debiendo rendir el informe respectivo, motivo por el cual el Instituto verificará de oficio la calidad de la información y, a más tardar al día siguiente de recibir el informe, dará vista al recurrente para que, dentro de los cinco días hábiles siguientes, manifieste lo que a su derecho convenga.

Cabe agregar que este Instituto conforme a lo establecido en el artículo 26 fracciones XXVI, XXVII y XXVIII⁴, a través de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia está obligado a pronunciarse, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, sobre todas las causas que el recurrente manifieste así como del resultado de la verificación realizada, para el caso de que se considere que se dio cumplimiento a la resolución, emitirá un acuerdo de cumplimiento y se ordenará el archivo del expediente. En caso contrario:

- Emitirá un acuerdo de incumplimiento;
- Notificará al superior jerárquico del responsable de dar cumplimiento, para el efecto de que, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, se dé cumplimiento a la resolución, bajo el apercibimiento que de no demostrar que dio la orden, se le impondrá a su titular una medida de apremio, además de que incurrirá en las mismas responsabilidades del servidor público inferior; y

⁴ "Artículo 26. La Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia ejercerá las atribuciones siguientes y se auxiliará de conformidad con la estructura de una autoridad investigadora, y una substanciadora y resolutora:

...

XXVI. Vigilar el cumplimiento que los Sujetos Obligados deben observar en la atención de las resoluciones de los recursos de revisión;

XXVII. Recibir, tramitar, investigar y resolver el incumplimiento a las resoluciones que emita el Pleno e informar a éste de los resultados;

XXVIII. Solicitar y, en su caso, apercibir a los integrantes de los Sujetos Obligados el cumplimiento de las resoluciones del Pleno, así como cualquier requerimiento del Instituto y, en su caso, determinar, imponer y promover la ejecución de las medidas de apremio de conformidad con la normatividad aplicable."

- Determinará las medidas de apremio⁵ o sanciones⁶, según corresponda, que deberán imponerse o las acciones procedentes que deberán aplicarse,

En este sentido debe mencionarse que del análisis realizado a la resolución materia del presente voto, si bien se precisó que el Sujeto Obligado debe emitir la respuesta que en derecho corresponda, sin embargo a consideración del suscrito, ese pronunciamiento hace que la resolución se caracterice por ser ambigua, oscura e indeterminada, lo anterior, es así toda vez que no indica de manera precisa y detallada que documentos y en qué términos el Sujeto Obligado debe proporcionarlos, para dar cumplimiento a la resolución, y con ello garantizar plenamente del ejercicio del derecho de acceso a la información pública de los gobernados, esto es, marca la pauta para que el Sujeto Obligado evada dar cumplimiento a una resolución emitida por el Pleno de este Instituto, con la excusa de que no se determinó de manera precisa que documentales de manera enunciativa más no limitativa satisfacen el o los requerimientos del solicitante.

En mérito de lo anterior, arribo a las siguientes conclusiones:

⁵ *“Artículo 214. El Instituto podrá imponer al servidor público encargado de cumplir con la resolución, o a los miembros de los sindicatos, partidos políticos o a la persona física o jurídico colectiva responsable, las siguientes medidas de apremio para asegurar el cumplimiento, de sus determinaciones:*

I. Apercibimiento;

II. Amonestación pública; y

III. Multa, de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces la UMA.

La multa mínima se impondrá cuando la conducta sea por primera vez y ésta se incrementará en un tanto por cada reincidencia, hasta llegar al límite superior.”

⁶ *“Artículo 222. Son causas de responsabilidad administrativa de los servidores públicos de los sujetos obligados, por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la materia de la presente Ley, las siguientes:*

...

XIX. No atender los requerimientos establecidos en la presente Ley, emitidos por el Instituto;

XX. No acatar las resoluciones emitidas por el Instituto, en ejercicio de sus funciones; y

”

Este Instituto, al momento de emitir una resolución, está obligado a analizar y determinar la naturaleza jurídica de la información solicitada y la procedencia de su entrega, tomando como referencia las facultades y atribuciones del Sujeto Obligado, esto es, que la genere, administre o posea.

Es decir, es factible y jurídicamente necesario que si existe obligación expresa por la Ley que rige la materia para hacer pública determinada información de los Sujetos Obligados cuando se presente una solicitud de información al respecto, se ordene la entrega de dicha información, aun cuando el Sujeto Obligado haya sido omiso en contestar en un inicio, pues no es necesario pedirle que analice sus facultades y la procedencia de la información cuando la publicidad de la información ya está expresamente ordenado por la Ley; incluso lo mismo ocurre, cuando se localiza precepto normativo del aplicable al Sujeto Obligado que haga indubitable que posee en su archivos la información que le es requerida, aun cuando no se trate de información pública de oficio; tarea que si bien no se logra en la garantía primaria del derecho de acceso a la información (*el procedimiento de su acceso*), por defecto en el actuar del Sujeto Obligado de que se trate, ello debe asegurarse en la garantía secundaria (**el recurso de revisión**) correspondiéndole esta función a este Órgano Garante.

De ahí, que no se comparta que la resolución se limite en los resolutivos a ordenar la atención a la solicitud de información y en su caso la entrega de la información; máxime que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no señala que eso pueda ser una posibilidad para las resoluciones que emite el Órgano Garante⁷, ya que únicamente da la

⁷ "Artículo 186. Las resoluciones del Instituto podrán:

- I. Desechar o sobreseer el recurso;
- II. Confirmar la respuesta del sujeto obligado;
- III. Revocar o modificar la respuesta del sujeto obligado; y
- IV. Ordenar la entrega de la información."

posibilidad a desechar o sobreseer el recurso, confirmar la respuesta del Sujeto Obligado, revocar o modificar la respuesta del Sujeto Obligado y ordenar la entrega de la información, siendo evidentemente la primera y última de las opciones sentidos en los que pudiera resolverse los casos de una omisión de respuesta.

De ahí, que no se comparta que la resolución que limite en los resolutivos a ordenar la atención a las solicitudes de información dejando al arbitrio de los Sujeto Obligados la procedencia en la entrega de la información.

Javier Martínez Cruz
Comisionado
(Rúbrica)