

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ DEL RECURSO DE REVISIÓN 06899/INFOEM/IP/RR/2019.

Líneas argumentativas:

La aplicación de la suplencia de la queja por este Órgano Garante, no afecta la igualdad de las partes, sino que procura el cumplimiento de los deberes de protección del derecho humano, aunado a que dentro del margen de sus atribuciones previene posibles violaciones a los derechos fundamentales.

La falta de impugnación respecto al resto de los requerimientos que no fueron manifestados en el recurso de revisión, no debe entenderse como actos consentidos, figura que no debe ser invocada en el derecho humano fundamental de acceder a la información pública gubernamental.

El Órgano Garante del derecho de acceso a la información pública no debe imponerles las cargas formales del proceso jurisdiccional a los particulares.

Restringir el derecho de acceso a la información pública del particular al no ordenar la información solicitada por no impugnar la falta de entrega de los documentos solicitados, debilita la efectividad de la garantía de este derecho humano al hacerla depender de un hecho desconocido.

Índice

I.	Consideraciones Generales.	2
II.	De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.	3
III.	La suplencia de la queja	6
IV.	Los actos consentidos no deben invocarse en el derecho fundamental de acceder a la información pública gubernamental.	8
V.	Conclusión	15

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 Cuadragésimo Quinta Sesión Ordinaria celebrada el cuatro (04) de diciembre de dos mil diecinueve, en el recurso de revisión promovido en contra de la respuesta del **Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia de Tlalnepantla**, procedimiento al que se le asignó el número de expediente **06899/INFOEM/IP/RR/2019**.

2. La resolución determinó sobreseer el recurso de revisión por haberse quedado sin materia y, manifestándome a favor del sentido de la resolución, mi voto particular se deriva del hecho de que se haya invocado la figura de *actos consentidos* en el presente asunto, resultando del todo innecesario hacer referencia a dicha

figura, lo cual he manifestado en diversas ocasiones señalando que no deben invocarse en el derecho de acceso a la información pública.

3. 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.

4. El particular, mediante solicitud de acceso a la información, requirió lo siguiente:

“ACTAS FIRMADAS DE LAS SESIONES DEL COMITÉ DE ADQUISICIONES Y SERVICIOS DEL AÑO 2018 Y 2019 DEL DIF” (Sic)

5. A consideración del particular, la información que el **SUJETO OBLIGADO** entregó en respuesta se encontraba incompleta, motivo por el cual, al momento de interponer el recurso de revisión manifestó como Acto Impugnado y Razones o Motivos de Inconformidad lo siguiente:

Acto Impugnado: *“INFORMACIÓN INCOMPLETA EN MI SOLICITUD DE ACTAS FIRMADAS DE LAS SESIONES DEL COMITÉ DE ADQUISICIONES Y SERVICIOS DEL AÑO 2018 Y 2019 DEL DIF”*

Razones o Motivos de Inconformidad: "PARA EL EJERCICIO 2019, SON ANEXADOS 7 ARCHIVOS NOMBRADOS DE LA SIGUIENTE MANERA: CUARTA EXTRAORDINARIA INSTALACION PRIMERA SESION EXTRAORDINARIA QUINTA ORDINARIA SEGUNDA SESION EXTRAORDINARIA SEXTA SESION ORDINARIA TERCERA EXTRAORDINARIA FALTANDO DE LA PRIMERA A LA CUARTA SESION ORDINARIA" (sic)

6. Si bien es de destacar, pese al impedimento de proporcionar la totalidad de la información solicitada, y en lo particular, en el estudio y desarrollo de dicha resolución, fueron invocados los llamados *actos consentidos*, tal y como se observa en las siguientes líneas de la resolución en comento:

"Asimismo, es pertinente mencionar que respecto a la respuesta emitida, el particular únicamente se inconformó porque no le fueron proporcionadas la actas de la primera a la cuarta sesión ordinaria del año 2019; no así de las actas proporcionadas del año 2018 y las restantes del año 2019.

En consecuencia los puntos en comento deben declararse atendidos, pues se entiende que el RECURRENTE está conforme con la información entregada al no controvertirlos.

Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, la Tesis Jurisprudencial Número 3ª./J.7/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el número de registro 174,177, que establece lo siguiente:

"REVISIÓN EN AMPARO. LOS RESOLUTIVOS NO COMBATIDOS DEBEN DECLARARSE FIRMES. Cuando algún resolutivo de la sentencia impugnada afecta a la recurrente, y ésta no expresa agravio en contra de las consideraciones que le sirven de base, dicho resolutivo debe declararse firme. Esto es, en el caso referido, no obstante que la materia de la revisión comprende a todos

los resolutivos que afectan a la recurrente, deben declararse firmes aquéllos en contra de los cuales no se formuló agravio y dicha declaración de firmeza debe reflejarse en la parte considerativa y en los resolutivos debe confirmarse la sentencia recurrida en la parte correspondiente.”

*Así, la parte de la solicitud que no fue impugnada debe declararse consentida por la **RECURRENTE**, toda vez que no se realizaron manifestaciones de inconformidad, por lo que no pueden producir efectos jurídicos tendentes a revocar, confirmar o modificar el acto reclamado, pues en la Ley Local que rige la materia no existe dispositivo que permita a este Órgano Garante estudiar lo no combatido por los recurrentes, pues se entiende que éstos al interponer sus recursos de revisión, lo hacen con el fin de exponer los agravios que se han cometido en su perjuicio, contrariamente, lo no expuesto se presume que no causa agravio a su persona.*

Sirve de sustento a lo anterior, por analogía, la tesis jurisprudencial número VI.3o.C. J/60, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo el número de registro 176,608 que a la letra dice:

“ACTOS CONSENTIDOS. SON LOS QUE NO SE IMPUGNAN MEDIANTE EL RECURSO IDÓNEO. *Debe reputarse como consentido el acto que no se impugnó por el medio establecido por la ley, ya que si se hizo uso de otro no previsto por ella o si se hace una simple manifestación de inconformidad, tales actuaciones no producen efectos jurídicos tendientes a revocar, confirmar o modificar el acto reclamado en amparo, lo que significa consentimiento del mismo por falta de impugnación eficaz.”* (Sic.)

7. Derivado de lo transcrito con anterioridad, considero que la incorporación de dicho concepto en la resolución en comento resulta a todas luces innecesario y además no ha lugar a invocarlos en el derecho humano fundamental de acceder a la

información pública gubernamental. Por lo que la mayoría consideró que la respuesta quedó firme ante la falta de impugnación respecto al resto de los requerimientos que no fueron manifestados en el recurso de revisión. En el presente asunto que nos ocupa, es de señalar que del análisis hecho a la resolución en comento, no se discute que el **SUJETO OBLIGADO** haya dado respuesta al fragmento de la solicitud de información que en lo particular nos ocupa, tan es así que la respuesta fue confirmada, sin embargo, en el derecho de acceso a la información, considero, es innecesario señalar la figura de *actos consentidos*.

III. La suplencia de la queja

8. La suplencia de la queja es el instrumento adecuado para prevenir una posible vulneración al derecho de acceso a la información pública, atribución de este Órgano Garante contemplada en el artículo 13 de la **Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios**.

*“Artículo 13. El Instituto, en el ámbito de sus atribuciones, **deberá suplir cualquier deficiencia** para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información.”*

9. La figura de la suplencia de la queja es trascendental para apreciar la verdadera fuerza de los derechos humanos, entre ellos el de acceso a la información, que demandan una actuación clara, contundente y eficaz por parte de las autoridades en

el que ya no resultan admisibles excusas de procedencia, que en todo momento nos encontramos ante un derecho más alto que, puede considerarse en los siguientes términos:

“Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollo contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo”¹

10. Sirve de sustento a lo anterior la tesis jurisprudencia 2a./J. 120/2015 (10a.) de la Décima Época, de Segunda Instancia en materia Común de la suprema Corte de Justicia de la Nación, que es del tenor literal siguiente:

“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. SU PROCEDENCIA EN OTRAS MATERIAS, AUN A FALTA DE CONCEPTO DE VIOLACIÓN O AGRAVIO, CUANDO SE ADVIERTA VIOLACIÓN GRAVE Y MANIFIESTA DE LA LEY. La regulación establecida en el artículo 79, fracción VI, de la Ley de Amparo faculta al juzgador de amparo para suplir la deficiencia de la queja en materias diversas a las que el propio numeral prevé, ante una irregularidad procesal grave y manifiesta en la controversia del amparo, no resuelta en el procedimiento de origen, que afecte al quejoso o recurrente, aun ante la ausencia de concepto de violación o agravio al respecto, ya que revela la intención del legislador de no permitir que una de las partes se beneficie a costa de la indefensión de su contraria, como consecuencia de una actuación ilegal de la autoridad, permitiendo al Juez

¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón, 10ª. Edición, Madrid, Ed. Trotta, 2011. Pág. 40.

ejercer un discernimiento en cada caso concreto, en atención a la materia y sujeto de que se trate, lo cual es congruente con el artículo 107, fracción II, antepenúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

11. Es así que en aras de tutelar la correcta aplicación de la suplencia de la queja en términos del artículo 13 de la Ley de Transparencia Local y, con la finalidad de corregir cualquier afectación al derecho de acceso a la información, se debe analizar el fondo del asunto para establecer si existe una afectación real, que en su caso haya sufrido el **RECURRENTE**, lo que sería imposible si se declaran como consentidos los requerimientos de los cuales no se inconformó al momento de interponer el recurso de revisión.

IV. Los actos consentidos no deben invocarse en el derecho fundamental de acceder a la información pública gubernamental.

12. En la resolución se precisa de manera amplia y solvente, un criterio adoptado en un procedimiento jurisdiccional sobre los *actos consentidos*. Al respecto estoy convencido de que la garantía constitucional que se desahoga ante esta autoridad corresponde a un procedimiento cuasi jurisdiccional que si bien reúne las formalidades básicas, que no todas, del primero, también resulta evidentemente más flexible, más laxo y pretende ser de mayor protección al derecho humano, por eso es que contamos con un sistema electrónico que asiste a la persona que realiza una solicitud o presenta un recurso de revisión, de tal forma que se pretende que ejerza

sus derechos sin verse en la necesidad de **acudir a un profesionalista del derecho** para que le asista en la elaboración de su promoción; contrario a ello, nuestro sistema pretende asistirle y facilitarle el procedimiento, esa flexibilidad se vería seriamente comprometida si este órgano garante decide imponer las cargas formales del proceso jurisdiccional y, al mismo tiempo no asegura otros derechos, el de la defensa adecuada, por ejemplo, incumpliendo así con lo dispuesto en los artículos 74 de la Ley de Transparencia de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios y del 146 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que contemplan la figura de la suplencia de la queja.

13. La figura de la suplencia de la queja, para Héctor Fix Zamudio *“...puede caracterizarse como el conjunto de atribuciones que se confieren al juez de amparo para corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes que, por su debilidad económica y cultural, carecen de un debido asesoramiento, y que puede expendirse, como ocurre en el proceso social agrario, a los diversos actos procesales de la parte débil incluyendo el ofrecimiento y desahogo de los medios de prueba”*.² Según este mismo autor, *“...es siempre obligatoria... respecto de los errores o defectos de los conceptos de violación expresados en la demanda, así como los de los agravios formulados en los recursos que el mismo ordenamiento establece”*.³

² Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Coed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001. Pág. 3593.

³ *Ibidem*. Pág. 3594.

14. Además, es necesario precisar que el presente es un procedimiento cuasi jurisdiccional porque no hay partes en conflicto, por lo tanto, lo que este Órgano Garante realice en materia de suplencia de la queja no afecta la igualdad de las partes sino procura el cumplimiento de los deberes de protección del derecho humano a partir del criterio que más le favorezca.

15. No satisfecho con lo anterior, es necesario señalar que en materia del derecho de acceso a la información pública, tiene una justificación clara y precisa que se deriva de un aspecto de singular importancia, ya que lo que tratamos y pretendemos resolver consiste en el ejercicio de un derecho humano constitucional y convencionalmente reconocido. Por tanto, al tratar directamente con un derecho humano, todas las autoridades nos vemos impuestas del supremo mandato constitucional consistente en la promoción, respeto, protección y **garantía de los derechos humanos**, de tal forma que cualquier esfuerzo que se haga en el sentido de cumplir con dicho mandato no resulta ocioso ni sobra sino demuestra el grado de compromiso de la autoridad con este aspecto toral de la reforma constitucional del diez (10) de junio de dos mil once.

16. En este sentido el Dr. Miguel Carbonell ha señalado que:

“Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles

de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho”⁴

17. Por lo que restringir el derecho de acceso a la información pública del particular suponiendo en el peor de los casos, que en efecto, no se hubiera ordenado la información solicitada por no impugnar la falta de entrega de los documentos solicitados, debilita la efectividad de esta garantía al hacerla depender de un hecho desconocido y, por lo tanto de dudosa acreditación, además que, se insiste, fue en todo momento innecesario señalar el argumento de *actos consentidos*.

18. Enfrentar este silencio u omisión de los particulares a inconformarse por algún punto o requerimiento de origen solicitado, cuando es evidente que no le fue entregada la información o satisfecho el derecho de acceso a la información pública con las formalidades del proceso jurisdiccional nos ubicaría en sentido contrario a la evolución experimentada por el Estado Mexicano con la trascendental reforma a la Constitución Federal del diez (10) de junio de dos mil once en materia de derechos humanos, ya que con ella estamos dejando atrás al Estado de la Ley, en el que la regla se impone sobre el derecho y que coloca a conceptos como la seguridad jurídica en la base legitimadora de todo el sistema ya que como bien señala el Dr. Rodolfo Luis Vigo *“La seguridad jurídica entendida como previsibilidad jurídica fundada en las normas generales reproducidas estrictamente por los jueces, o como el orden pacífico surgido*

⁴ CARBONELL, MIGUEL. “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º. de la Constitución mexicana” en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, coords. La reforma constitucional de derechos humanos. 2ª. Edición, México. Coed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012. Pág. 68.

del libre goce y disponibilidad de los derechos individuales, monopolizará el horizonte axiológico de los juristas decimonónicos”.

19. Frente a esa realidad pasada, la reforma citada nos ubica completamente en nuevas condiciones bajo los criterios del Estado Constitucional de Derecho que nos debe conducir a valorar, junto con Sergio Cotta que *“la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente el fundamento de aquella”*,⁵ y no puede existir validez en la aplicación de un criterio que propicia una riesgosa afectación al derecho de acceso a la información.

20. Mucho menos si consideramos el siguiente criterio:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *“El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con*

⁵ COTTA, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid. Ed. Ceura, 1987. Pág. 10.

mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen.” (Énfasis añadido)

21. Para el caso que nos ocupa y, en general, es innecesario incorporar en las resoluciones de un Órgano Garante como lo es el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios a los *actos consentidos* toda vez que los particulares al no impugnar alguno de los requerimientos solicitados, y de la respuesta ofrecida por parte de los Sujetos Obligados sea evidente la falta de alguno de ellos, en ese tenor los particulares se ven impedidos, en los hechos, a acceder a una información que fue solicitada. Ante tales casos, considero, este Órgano Garante debe cumplir con las obligaciones señaladas en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Federal, lo que es posible a través de la suplencia de la queja, instrumento adecuado para prevenir una posible vulneración al derecho de acceso a la información y que además se encuentra disponible para ser operado por esta autoridad.

22. Pero además, la figura de la suplencia de la queja es central para apreciar la verdadera fuerza de los derechos humanos, entre ellos el de acceso a la información, que demandan una actuación clara, contundente y eficaz por parte de todas las autoridades, en el que ya no resultan admisibles las excusas de procedencia, ya que en todo momento nos encontramos ante un derecho más alto que, puede considerarse en los siguientes términos:

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo”.⁶

23. Por lo tanto, frente a ese derecho más alto, los argumentos formales deben ser derrotados por la obligación que el legislador ordinario nos ha impuesto para asegurar la efectiva protección del derecho en cuestión a través del ejercicio de la figura de la suplencia de la queja, con lo que se pretende asegurar una efectiva protección. Declinar esa obligación por la experiencia pasada nos aleja del mandato constitucional y pretende otorgar plena certeza a la presunción de que la solicitud ha sido atendida, lo que de no ser así, afecta el derecho humano.

⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón, 10ª. Edición, Madrid, Ed. Trotta, 2011. Pág. 40.

24. Considero que no se justifica el argumento que se ha señalado en múltiples ocasiones y que comparte la mayoría en relación a *“si no está expresa razón o motivo de inconformidad en contra de todos los rubros solicitados, dichos rubros deben declararse atendidos, pues se infiere que el Recurrente ésta conforme con la información entregada al no contravenir la misma”*. Este Órgano Garante debe revisar en forma minuciosa en todos los casos, si se le entregó a los peticionarios todos y cada uno de los puntos que fueron solicitados, de esta forma se podrá verificar si el particular no se inconforma porque en efecto le han sido colmadas sus peticiones y por ello se tiene por satisfecho el Derecho de Acceder a la Información Pública, o bien, no le han sido colmados todos sus requerimientos y omite manifestarse al respecto, por diversos factores que a su alrededor ocurran y le puedan afectar. Además de ser un Órgano Garante, somos un Órgano Revisor y en ese sentido no podemos pasar inadvertido el hecho de no analizar la totalidad de requerimientos solicitados cuando no se pronuncien al respecto, cuando sea evidente que no han sido colmados, en ese sentido no estaríamos garantizando el derecho fundamental.

V. Conclusión

25. Adoptar la posición que propongo pretende ordenar un acto de plena certeza, el que siempre puede ser matizado por un *“en su caso”* que restringe la medida ordenada a que ésta no se haya realizado ya, lo que puede constituir un exceso, cierto, pero a todas luces admisible en materia de protección del derecho humano lo

que, considero, fortalece al Estado Constitucional de Derecho, en lugar de vulnerarlo. Actuar como se propone en la resolución resulta una carga desproporcionada que limita su derecho, afecta el ejercicio de control popular de los actos de gobierno, debilita el debate público informado que, a la larga, sólo puede contribuir al fortalecimiento de la sociedad democrática.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(RÚBRICA)

JGLH/JAAV