

**Memorándum No. INFOEM/COM-JMC/182/2019**  
**Metepec, Estado de México, a 29 de marzo de 2019**

**L. en D. ALEXIS TAPIA RAMÍREZ**  
**SECRETARIO TÉCNICO DEL PLENO DEL INFOEM**  
**P R E S E N T E.**

Por instrucción del Comisionado Javier Martínez Cruz, le remito para los efectos a que haya lugar el original del **voto particular** emitido por el Comisionado Javier Martínez Cruz, con fundamento en el artículo 14 fracción 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 00373/INFOEM/AD/RR/2019, aprobada por el Pleno de este Instituto en la Décimo Segunda Sesión Ordinaria de fecha veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

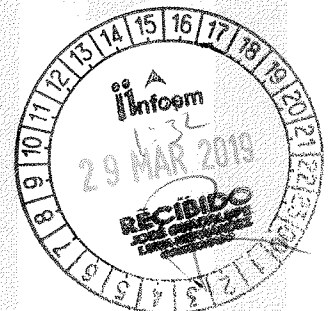
Sin más por el momento, aprovecho para enviarle un cordial saludo.

**A T E N T A M E N T E**



**LIC. NORMA ARANSASÚ VALDÉS PEDRAZA**  
**COORDINADORA DE PROYECTOS**

C.c.p. Mtro. José Guadalupe Luna Hernandez Comisionado. Para su conocimiento y efectos legales conducentes.





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 DÉCIMO SEGUNDA SESIÓN ORDINARIA DEL VEINTISÉIS DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00373/INFOEM/IP/RR/2019.

El Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México resolvió por unanimidad de votos, la resolución relativa al recurso de revisión 00373/INFOEM/IP/RR/2019, presentada por el Comisionado José Guadalupe Luna Hernández, respecto de la cual, el suscrito, formula **VOTO PARTICULAR**, con fundamento en el artículo 14 fracción XI del Reglamento del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Personales Datos del Estado de México.

De manera previa a la emisión del presente voto, cabe precisar que la materia en que radicó el recurso de revisión, lo fue en que se proporcionara por parte del Ayuntamiento de Oztolotepec, lo siguiente:

*“Solicito la información referente con la situación jurídica de los ajolotes de la comunidad de Capulhuac.”*

Al respecto, dicho Sujeto Obligado al emitir su respuesta refirió que sería el Comité de Transparencia y Acceso a la Información quien determinará la conveniencia o no de la clasificación de la información, a efecto de no vulnerar la conducción del expediente que se ventila ante la autoridad Judicial competente, ante dicha respuesta el recurrente

presentó su recurso de revisión, quejándose por no haber sido proporcionada la información solicitada.

Así las cosas el Comisionado ponente, en la resolución presentada ante el Pleno de este Instituto, una vez que realizó un estudio de la solicitud de acceso a la información y de la respuesta del sujeto obligado, declarando fundados las razones o motivos de inconformidad planteados por el impetrante y ordenando la entrega de la siguiente información:

**Documento donde conste el número de expediente, el objeto de su tramitación y la autoridad ante la cual se está desahogando el procedimiento referido en la solicitud.**

Lo anterior es la razón del presente voto, pues si bien comparto el deber para el Sujeto Obligado de dar atención a las solicitudes de información, lo cual es incuestionable, lo cierto es que considero que la labor para este Órgano Garante no puede limitarse a ordenarle al Sujeto Obligado la entrega de información que no corresponda a la materia de la solicitud pues ello constituiría una violación directa al derecho de acceso a la información en virtud de que no se estaría garantizado y tutelando de manera correcta el derecho del particular, pues atendiendo al contenido de la solicitud, contrario a lo apreciado por la ponencia, el recurrente requiere el acceso a las constancias donde obra la información requerida.

En primer término, si bien la ponencia resolutoria en el párrafo 36 de la resolución motivo del presente voto refirió que *suponiendo sin conceder que la información que desea conocer el particular, forma parte de un procedimiento judicial que se encuentra desahogándose y por consiguiente aún no ha quedado firme, es sumamente importante señalar que el particular al momento*

*de realizar la solicitud de información, requirió únicamente conocer la “Situación Jurídica”, entendiéndolo como; la etapa, circunstancia, momento o estatus en que se halla una persona o una situación respecto de otros sujetos de derecho o con relación a una ley; y de manera adicional en el párrafo siguiente establece que lo cierto es que el particular no requirió conocer las actuaciones dentro del Juicio, sino solamente el estado en el que este se encuentra, por lo que esta ponencia considera que el **Sujeto Obligado** debió proporcionar el número de expediente, la autoridad ante la cual se está desahogando y el objeto del mismo, todo ello con la finalidad de dar certeza y veracidad de la existencia de éste.*

No se comparten dichos pronunciamientos, pues como ha quedado establecido, la situación jurídica es la circunstancia en que se halla una persona o una situación respecto de otros sujetos de derecho o respecto a una ley, también lo es, cuando se requiere la información sobre la situación jurídica que guarda un proceso judicial, la expresión o registro documental donde se corrobora dicha circunstancia es el expediente formado con motivo de la tramitación del mismo, de ahí que no cabe la posibilidad de ordenar información diversa, pues aun cuando se entregue el documento ad hoc ordenado por la ponencia resolutoria donde conste dicha circunstancia, no se estaría dando certeza jurídica al solicitante sobre la información contenida.

Atento a lo anterior, debe precisarse que del análisis realizado a las constancias que integran el recurso de revisión materia del presente voto, se advierte que el Sujeto Obligado al momento de emitir respuesta, refirió en términos generales que lo solicitado por el recurrente podría ser clasificada como reservada de conformidad al artículo 140 fracciones VI y VIII de la Ley de Transparencia, esto porque el expediente se encuentra en proceso deliberativo, es decir no ha quedado firme, sin que haya existido un pronunciamiento por

el Comité de Transparencia que confirmara la reserva planteada por el Servidor Público Habilitado.

En esta tesitura este Órgano Garante estima de suma importancia mencionar que de conformidad con el artículo 4 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que el derecho de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información, agregando que toda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona en los términos y condiciones que se establezcan en la ley en comento, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, la Ley Federal, las leyes de las Entidades Federativas y la normatividad aplicable en sus respectivas competencias; y que sólo podrá ser clasificada excepcionalmente como reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos dispuestos por el referido cuerpo legal.

En este sentido si bien es cierto que el sujeto obligado realizó una propuesta para clasificar como reservada la información materia del presente asunto, sin embargo, es de hacer notar que dentro de las constancias que obran en el expediente electrónico no se encuentra el acuerdo respectivo, el cual debió ser necesario para no generar una violación al derecho de acceso a la información, pues no basta que el Sujeto Obligado haya referido la existencia de proceso judicial y que el mismo aún no se concluye, por la tanto no hay una justificación a la falta de entrega de la información por considerar que la divulgación de las diligencias que integran el expediente materia del recurso que se resuelve, representa un riesgo real, particularmente, por tratarse de aquella información cuya difusión pueda obstruir o impedir el ejercicio de las facultades que llevan a cabo las autoridades competente para

recaudar, fiscalizar o comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, sin embargo debe precisarse que lo manifestado por el Sujeto Obligado carece de sustento legal alguno, se afirma lo anterior en razón de que la fracción VI del artículo 140 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios establece lo siguiente:

*Artículo 140. El acceso a la información pública será restringido excepcionalmente, cuando por razones de interés público, ésta sea clasificada como reservada, conforme a los criterios siguientes:*

...

*VI. Pueda causar daño u obstruya la prevención o persecución de los delitos, altere el proceso de investigación de las carpetas de investigación, afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos, incluidos los de quejas, denuncias, inconformidades, responsabilidades administrativas y resarcitorias en tanto no hayan quedado firmes o afecte la administración de justicia o la seguridad de un denunciante, querellante o testigo, así como sus familias, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables;*

*VIII. Vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan quedado firmes;*"

Del dispositivo legal en cita se advierte que efectivamente el acceso a la información pública puede ser restringido cuando se afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos (*responsabilidades administrativas o resarcitorias*) en tanto no hayan quedado firmes.

Una vez precisado lo anterior, se considera pertinente mencionar que por lo que se refiere al expediente al expediente que se tramita respecto a los ajolotes de Capulhuac se debe

clasificar como reservada, por lo que se deben preservar las constancias que integran el expediente para salvaguardar los derechos del debido proceso de las partes, ante tal circunstancia es procedente que el expediente en comento se clasifique como reservado, motivo por el cual el Sujeto Obligado deberá emitir el acuerdo debidamente fundado y motivado cumpliendo cabalmente las formalidades previstas en los artículos 47, 49 fracción VIII, 122, 125, 128, 129, 131, 132 fracción II, 133, 134, 140 fracción VI y 141 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, que se transcriben a continuación:

*“Artículo 47. El Comité de Transparencia será la autoridad máxima al interior del sujeto obligado en materia del derecho de acceso a la información.*

*Los titulares de las unidades administrativas que propongan la reserva, confidencialidad o declaren la inexistencia de información, acudirán a las sesiones de dicho Comité donde se discuta la propuesta correspondiente.*

*Artículo 49. Los Comités de Transparencia tendrán las siguientes atribuciones:*

...

*VIII. Aprobar, modificar o revocar la clasificación de la información;*

...

*Artículo 122. La clasificación es el proceso mediante el cual el sujeto obligado determina que la información en su poder actualiza alguno de los supuestos de reserva o confidencialidad, de conformidad con lo dispuesto en el presente título.*

*Los supuestos de reserva o confidencialidad previstos en las leyes deberán ser acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en la Ley General y, en ningún caso, podrán contravenirla.*

*Los titulares de las áreas de los sujetos obligados serán los responsables de clasificar la información, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones jurídicas aplicables.*

*Artículo 125. La información clasificada como reservada, de acuerdo a lo establecido en esta Ley podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años, contados a partir de su clasificación, salvo que antes del cumplimiento del periodo de restricción, dejen de existir los motivos de su reserva.*

*Los titulares de las áreas deberán determinar que el plazo de reserva sea el estrictamente necesario para proteger la información mientras subsistan las causas que dieron origen a la clasificación, salvaguardando el interés público protegido y tomarán en cuenta las razones que justifican el periodo de reserva establecido.*

*Excepcionalmente los sujetos obligados con la aprobación de su Comité de Transparencia, podrán ampliar el periodo de reserva hasta por un plazo de cinco años adicionales y por una sola vez, siempre y cuando justifiquen que subsisten las causas que dieron origen a su clasificación, mediante la aplicación de una prueba de daño.*

*Cuando expiren los plazos de clasificación o se trate de información cuya publicación pueda ocasionar la destrucción o inhabilitación de la infraestructura de carácter estratégico para la provisión de bienes o servicios públicos, que a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la información, el Comité de Transparencia respectivo deberá hacer la solicitud correspondiente al Instituto, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo.*

*Artículo 128. En los casos en que se niegue el acceso a la información, por actualizarse alguno de los supuestos de clasificación, el Comité de Transparencia deberá confirmar, modificar o revocar la decisión.*

*Para motivar la clasificación de la información y la ampliación del plazo de reserva, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño.*

*Tratándose de aquella información que actualice los supuestos de clasificación, deberá señalarse el plazo al que estará sujeto la reserva.*

*Artículo 129. En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, justificando que:*

*I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;*

*II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y*

*III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.*

*Artículo 131. La carga de la prueba para justificar toda negativa de acceso a la información, por actualizarse cualquiera de los supuestos de clasificación previstos en esta Ley corresponderá a los sujetos obligados; en tal caso deberá fundar y motivar debidamente la clasificación de la información, de conformidad con lo previsto en la presente Ley.*

*Artículo 132. La clasificación de la información se llevará a cabo en el momento en que:*

...

*II. Se determine mediante resolución de autoridad competente; o*

...

*Artículo 133. Los documentos clasificados total o parcialmente deberán llevar una leyenda que indique tal carácter, la fecha de clasificación, el fundamento legal y, en su caso, el periodo de reserva.*

*Artículo 134. Los sujetos obligados no podrán emitir acuerdos de carácter general ni particular que clasifiquen documentos o información como reservada. La clasificación podrá establecerse de manera parcial o total de acuerdo al contenido de la información del documento y deberá estar acorde con la actualización de los supuestos definidos en el presente Título como información clasificada.*

*En ningún caso se podrán clasificar documentos antes de que se genere la información. La clasificación de información se realizará conforme a un análisis caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño.*

*Artículo 140. El acceso a la información pública será restringido excepcionalmente, cuando por razones de interés público, ésta sea clasificada como reservada, conforme a los criterios siguientes:*

...

*VI. Pueda causar daño u obstruya la prevención o persecución de los delitos, altere el proceso de investigación de las carpetas de investigación, afecte o vulnere la conducción o los derechos del debido proceso en los procedimientos judiciales o administrativos, incluidos los de quejas, denuncias, inconformidades, responsabilidades administrativas y resarcitorias en tanto no hayan quedado firmes o afecte la administración de justicia o la seguridad de un denunciante, querellante o testigo, así como sus familias, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables;*

*Artículo 141. Las causales de reserva previstas en este Capítulo se deberán fundar y motivar, a través de la aplicación de la prueba de daño a la que se hace referencia en el presente Título.*

*(Énfasis añadido)*

De la interpretación sistemática de los artículos citados, se advierte que el Sujeto Obligado debe realizar la debida reserva de la información por seguir en trámite el procedimiento aludido, siguiendo los requisitos expuestos:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;*
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y*
- III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.*

Requisitos que deben estar acompañados de la debida fundamentación y motivación, cobrado aplicación lo que señala la jurisprudencia de la novena época visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis I.4o.A.J/43 (9a.) bajo el número de registro 175082 cuyo rubro y texto esgrime;

***FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN.***

*El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción"*

Lo anterior es así, toda vez que no se debe perder de vista que para clasificar como reservada la información se debe desarrollar la prueba de daño que debe de ser acorde a lo establecido por la ley aplicable y debe ser de acuerdo a un razonamiento lógico jurídico

que justifique la hipótesis de la pretendida clasificación, y acompañar el respectivo acuerdo de clasificación.

Siendo que la prueba de daño es aquella argumentación fundada y motivada que deben realizar los Sujetos Obligados tendientes a acreditar que la divulgación de información lesiona el interés jurídico protegido por la normatividad aplicable y que el daño que puede producirse con la publicidad de la información es mayor que el interés de conocerla, dicha prueba pretende ser una garantía para impedir la reserva discrecional de la información.

En efecto, generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que éste pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público, se debe demostrar además que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto —en este caso publicidad contra seguridad— para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal del documento, a esto se le conoce como la "prueba de daño".

En esta tesitura, la prueba de daño en el presente asunto debió precisar que a través de los "Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública establecen con toda claridad que sólo al clasificar información con fundamento en la fracción VI del artículo 140 de la Ley de Transparencia vigente en la entidad resultaba necesario considerar "la existencia de elementos objetivos que permitieran determinar si la difusión de la información causaría un *daño presente, probable y específico* a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto, que

en el caso específico es evitar hacer pública la información contenida en un expediente formado con motivo de la instauración de procedimiento de responsabilidad administrativa por el Sujeto Obligado.

De lo mencionado con anterioridad se advierte que de conformidad a lo establecido en el artículo 131 de la Ley de Transparencia vigente en la entidad, el sujeto Obligado no acreditó de manera fehaciente que al proporcionar la información materia del presente asunto el daño que se causaría es presente, probable y específico, lo anterior es así toda vez que no debe soslayarse que el artículo 129 de la Ley de Transparencia vigente, refiere que en la aplicación de la prueba de daño, el Sujeto Obligado deberá precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, justificando que:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable del perjuicio significativo al interés público o a la seguridad pública;
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda; y
- III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.

Consecuente, contrario a lo ordenado por el Comisionado Ponente, a efecto de tutlar de manera adecuada el derecho de acceso a la información ejercido por el recurrente, se debió ordenar la siguiente información:

1. El Acuerdo del Comité de Transparencia en términos del artículo 49 fracción VIII y 132 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios vigente, en el que funde y motive las razones por virtud de las cuales se justifique la reserva de la información consistente en el expediente correspondiente a lo controversia judicial respecto a los ajolotes de Capulhuac, Municipio de Oztolotepec.

Por todo lo expuesto es que formulo el presente voto particular, en los términos precisados, considerando que las consideraciones aquí expuestas hubieran resultado importantes para ordenar la entrega de la información motivo del recurso de revisión que fue resuelto por el Pleno de este Instituto, mencionado.

**Javier Martínez Cruz**  
**Comisionado**  
(Rúbrica)

