

**OPINIÓN PARTICULAR
RECURSO DE REVISIÓN
01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS**

Meteppec, México.

Agosto 21 de 2020

OPINIÓN 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 CUARTA SESIÓN ORDINARIA DEL DIECINUEVE DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE, EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS.

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 **01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS**, presentada por el **Comisionado José Guadalupe Luna Hernández**, respecto de la cual, el suscrito, formula **OPINIÓN 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 de la presente opinión, se debe precisar la materia en que radicaron los recursos de revisión, los cuales versan en el sentido de que el **Ayuntamiento de Coyotepec** proporcionar información relacionada con las solicitudes siguientes:

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

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

00106/COYOTEP/IP/2020

“la comprobacion del primer regidor en donde denuncia el desvio de recursos del fism 2019 realizado por Sergio Anguiano Melendez ya sea publico o por denuncia en la contraloria.”

00108/COYOTEP/IP/2020

“la comprobacion de la segunda regidora en donde denuncia el desvio de recursos del fismdf 2019 realizado por Sergio Anguiano Melendez ya sea publico o por denuncia en la contraloria.”

00109/COYOTEP/IP/2020

“la comprobacion del tercer regidor en donde denuncia el desvio de recursos del fismdf 2019 realizado por Sergio Anguiano Melendez ya sea publico o por denuncia en la contraloria.” (Sic)

Una vez que fueron substanciados los recursos de revisión en comento, en todas sus etapas procesales el Comisionado Ponente arriba a la siguiente determinación:

Bajo este tenor, es preciso señalar que comparto en esencia el sentido de la resolución, sin embargo, estimo necesario precisar las siguientes consideraciones:

En primer momento estimo pertinente mencionar que el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce al Municipio como un orden de gobierno del Estado Mexicano y en sus fracciones II y IV, les otorga personalidad jurídica y patrimonio propio, caracterizándose porque administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que el Congreso establezca a su favor, sobre este punto en particular es pertinente agregar que la Ley de Coordinación Fiscal tiene por objeto coordinar el sistema fiscal de la Federación con las entidades federativas, así como con

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

los municipios y demarcaciones territoriales, para establecer la participación que corresponda a sus haciendas públicas en los ingresos federales; distribuir entre ellos dichas participaciones; fijar reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales; constituir los organismos en materia de coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento.

En este sentido es pertinente referir que el artículo 25 de la Ley de Coordinación Fiscal establece entre otras cosas que respecto de la participación de los Estados, Municipios y el Distrito Federal en la recaudación federal participable, se establecen las aportaciones federales, como recursos que la Federación transfiere a las haciendas públicas de los Estados, Distrito Federal, y en su caso, de los Municipios, condicionando su gasto a la consecución y cumplimiento de los objetivos que para cada tipo de aportación establece dicha Ley, para los Fondos siguientes:

- Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo.
- Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud.
- Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social.
- Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal.
- Fondo de Aportaciones Múltiples.
- Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adultos.
- Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito

- Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas.

Los fondos mencionados se denominan "Fondos del Ramo 33", constituidos como el mecanismo presupuestario diseñado para transferir a los estados y municipios, recursos que les permitan fortalecer su capacidad de respuesta y atender demandas de gobierno.

Por lo que se refiere al **FISMDF - Fondo para la Infraestructura Social Municipal y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal**, el Gobierno del Estado de México, a través de la Secretaría de Finanzas, con base en los lineamientos señalados en la Ley de Coordinación Fiscal en su artículo 35 y el Acuerdo que tiene por objeto dar a conocer las variables y fuentes de información para apoyar a las entidades federativas en la aplicación de la fórmula de distribución del fondo para la infraestructura social municipal y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (FISMDF); emitido por la Secretaría de Desarrollo Social; calcula la distribución de estos Fondos y procede cada año a publicar en la Gaceta de Gobierno, los montos asignados por municipio, así como la fórmula, metodología y su calendarización, la cual es publicada a más tardar el 31 de enero del Ejercicio Fiscal correspondiente.

El Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal (FISMDF) se destinará a los siguientes rubros: agua potable, alcantarillado, drenaje y letrinas, urbanización, electrificación rural y de colonias pobres, infraestructura básica del sector salud y educativo, mejoramiento de vivienda, así como mantenimiento de infraestructura, conforme a lo señalado en el catálogo de acciones establecido en los Lineamientos del Fondo que emita la Secretaría de Desarrollo Social.

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

Las entidades distribuirán entre los municipios y las demarcaciones territoriales los recursos del Fondo para la Infraestructura Social Municipal y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal, con base en la fórmula señalada en el artículo 34 la citada Ley, enfatizando el carácter redistributivo de estas aportaciones hacia aquellos municipios y demarcaciones territoriales con mayor magnitud y profundidad de pobreza extrema.

Una vez precisado lo anterior, considero de suma importancia mencionar que si bien es cierto en el presente asunto se está ordenando la entrega de la información que se hubiese generado por la Séptima Regiduría, no obstante, considero que atendiendo a la naturaleza jurídica del Fondo, existe la posibilidad que la información, es decir, las denuncias pudieron haberse presentado por otros servidores públicos, en virtud de que por la naturaleza jurídica de la información, la misma es de interés público, toda vez que están involucrados recursos públicos, motivo por el cual con la finalidad de garantizar plenamente el ejercicio del derecho del ejercicio del derecho de acceso a la información pública del solicitante, debió ordenarse la búsqueda exhaustiva y razonable de las denuncias relacionadas con el desvío de los recursos del Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal (FISMDF), en el ejercicio fiscal 2019 que estuviesen actualmente radicadas, empero debe observarse el estado procesal en que se encuentren dichas denuncias, esto es, debe analizarse si se actualiza o no alguna causal de reserva contemplada en el artículo 140 de la Ley de Transparencia vigente en el Estado de México.

Lo anterior, es así toda vez que suponiendo sin conceder que se este tramitando algún expediente por malos manejos o desvió de los recursos provenientes del Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal y de las Demarcaciones

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

Territoriales del Distrito Federal (FISMDF), esto es que los expedientes aún no se encuentren concluidos en todas sus etapas procesales, permita revelar a terceros las actuaciones, diligencias, constancias y demás documentos que integran los expedientes antes de la conclusión de los asuntos en todas sus etapas pondría en riesgo la efectividad de los derechos del debido proceso de las partes involucradas, particularmente sus derechos de activar la vía impugnativa, de defensa, de contradicción, de presunción de inocencia, pues se pondría en riesgo el material probatorio aportado por las partes o allegado a los expedientes, que al ser conocido por personas no autorizadas generaría el riesgo de que se destruyan, alteren, sustraigan o incluso se fabriquen documentos o elementos de prueba en favor de una determinada línea de investigación o a favor de una determinada persona, 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.

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

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

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

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, cobrada 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

01503/INFOEM/IP/RR/2020 Y ACUMULADOS

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.

Por todo lo anterior, es que formulo la presente opinión particular, en los términos precisados, considerando que las reflexiones aquí expuestas hubieran resultado importantes para ordenar la entrega de la información que se hace en el recurso de revisión que fue resuelto por el Pleno de este Instituto, mencionado.

Javier Martínez Cruz
Comisionado
(Rúbrica)

