

OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01047/INFOEM/IP/RR/2015.

1. He concurrido con mi opinión 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 sesión del 14 de julio del año en curso, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Huixquilucan, Méx., procedimiento al que se le asignó el número de expediente 01047/INFOEM/IP/RR/2015.
2. La resolución declara fundadas las razones o motivos de inconformidad hechos valer por el señor [REDACTED] y modifica la respuesta del citado Ayuntamiento, ordenándole atender *“Integramente la solicitud de información 00034/HUIXQUIL/IP/2015, y en términos del Considerando Quinto de esta resolución, entregue el documento o los documentos en los que conste lo siguiente:*
 1. *El Título profesional o documento que acredite la experiencia según corresponda del Secretario, Tesorero y Director de Obras Públicas.*
 2. *La constancia de no inhabilitación del Secretario, Tesorero y Director de Obras Públicas, todos del Municipio de Huixquilucan.*
 3. *El certificado de competencia laboral del Tesorero Municipal.*

Debiendo para ello a través de su Comité de Información, emitir el Acuerdo de clasificación que en su caso emita con razón de las versiones públicas, debiendo notificar a EL RECURRENTE dicho Acuerdo de clasificación.”

3. Mi opinión particular se deriva de un aspecto contenido en el Considerando Quinto, que determina la elaboración de una versión pública de los Títulos Profesionales solicitados, lo que implica testar la fotografía, como una medida necesaria para protegerla, dada su naturaleza como dato personal, lo que considero debe conducirnos a una reflexión de mayor profundidad.
4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por los artículos 20 fracción III y 39 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo la presente opinión particular.

I. La naturaleza del Título Profesional.

5. El Título Profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrado tener los conocimientos necesarios de conformidad con la legislación aplicable, con lo que se atiende la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que traslada a la ley la determinación de las profesiones que necesitan título para su ejercicio, la respectiva ley reglamentaria del dispositivo constitucional, en su artículo primero señala la definición que se reproduce en el presente párrafo, mientras que el artículo tercero del mismo ordenamiento condiciona la obtención del título profesional o grado académico equivalente para la obtención de la cédula de ejercicio.
6. En este sentido, el artículo 11 de la ley señalada establece los requisitos que debe reunir el título profesional, entre los cuales se incluye el retrato del

interesado como elemento indispensable de identidad de la persona a quien se le expide.

II. La naturaleza de la función pública que se desempeña.

7. En el caso en estudio, el Señor [REDACTED] requirió, entre otros, los documentos que acrediten el grado académico de quien ocupe el cargo de Secretario del Ayuntamiento, Tesorero Municipal y Director de Obras Públicas.
8. Para resolver adecuadamente el asunto sometido a nuestro conocimiento, debemos considerar que el H. Ayuntamiento de Huixquilucan se integra por un Presidente Municipal, un Síndico Procurador y trece Regidores, dicha estructura de gobierno corresponde a la de un municipio con una población de más de 150 mil y menos de 500 mil habitantes, según lo señalado por el artículo 16 fracción III de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México.
9. En el caso del Secretario del Ayuntamiento, según lo dispone la ley señalada en el párrafo anterior, en su artículo 92 fracción I, en los municipios cuya población sea de más de 150 mil personas, como ocurre en el caso de Huixquilucan, quien ocupe dicho cargo debe contar con título profesional de educación superior, además de cubrir otros requisitos. Los tesoreros municipales, en todos los casos, deben "contar con título profesional en las áreas económicas o contables administrativas, con experiencia mínima de un año y con la certificación de competencia laboral expedida por el Instituto Hacendario del Estado de México, con anterioridad a la fecha de su designación" según lo establece el artículo 96 fracción I del ordenamiento jurídico mencionado ya. Mientras que el artículo 96. Ter del mismo ordenamiento requiere que el Director de Obras Públicas o el Titular de la

Unidad Administrativa equivalente, cuente “con título en ingeniería, arquitectura o alguna área afín o con una experiencia mínima de un año”.

- 10.** Estos requisitos señalados por el legislador ordinario tienen como evidente finalidad el asegurar que las responsabilidades que se confieren a las personas que se desempeñen como titulares de la Secretaría del Ayuntamiento, la Tesorería Municipal y la Dirección de Obras Públicas, en municipios como el de Huixquilucan, se depositen en personas que cuenten con la debida acreditación como profesionistas para asegurar que la función pública se realice bajo los criterios esenciales de profesionalismo, lo que desde luego redunda en el bienestar de la sociedad en general.
- 11.** Si bien en todos los casos se trata de funcionarios públicos y si por tales entendemos a “la persona que desempeña un empleo de cierta categoría e importancia... (que)... prestan sus servicios dentro de la administración pública...”,¹ por lo tanto, que desempeña y ejecuta las acciones de gobierno, que maneja y administra recursos, que ha sido contratada para desempeñar las funciones que la sociedad civil ha transferido al Estado, es razonable que para acceder a tal cargo se requiera de un perfil determinado que permita el más adecuado desempeño en las tareas que no corresponden al ámbito de las relaciones entre los particulares sino que forman parte de la acción pública. En el caso específico, para quien se desempeñe en los cargos señalados en el párrafo anterior de la presente opinión, existe una exigencia agravada, determinada por el legislador ordinario, la que consiste en cubrir el requisito de título profesional correspondiente.

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Coed. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo II D-H. Pág. 1773.

12. Dada la especial importancia de las tareas que se han conferido a esos funcionarios públicos, las que no se describen a detalle por innecesario, pero que baste señalar que se relacionan con la fe pública de los actos gubernamentales, el correcto funcionamiento de la asamblea de gobierno, la administración, ejecución y supervisión, con eficacia, eficiencia y honradez, de los recursos públicos, resulta perfectamente razonable que exista una constante exigencia para que las personas en las que se depositen estas responsabilidades cumplan con criterios indispensables de idoneidad. Esta demanda ha sido considerada por el legislador ordinario, quien la elevó a rango de ley orgánica; debe ser exigida por el Presidente Municipal, quien en su momento realiza la propuesta para designar a determinada persona; debe ser exigida por el Ayuntamiento respectivo, que en su momento aprueba la designación; y, resulta perfectamente razonable, en el contexto de una sociedad democrática, que las personas promuevan el control constitucional popular de los actos de gobierno de manera pacífica y a través de los procedimientos institucionales establecidos para tales efectos, en este caso de la designación, permanencia y evaluación del desempeño de los funcionarios públicos. Para conseguir lo anterior, es necesario que su opinión sea informada y ello sólo es posible si accede a la información necesaria para tales efectos.
13. En consecuencia, las personas que legítimamente aspiran a ocupar dichos cargos públicos deben ser conscientes de que su perfil profesional y personal, en lo que se refiere a los requisitos constitucionales y legales para ocupar esos empleos públicos, se encuentra sujeto a acreditar la idoneidad para ocuparlos y cumplir las obligaciones de permanencia. Todo ello implica un proceso permanente de verificación de cualidades, aptitudes y resultados, en los que son sujetos activos e iniciadores de procedimientos, incluso de destitución, tanto el Presidente Municipal, como el resto de los integrantes del H. Ayuntamiento,

los demás miembros de la administración, en este caso municipal, y quienes integran a la sociedad.

III. Acceso a la información versus protección de datos personales.

- 14.** Para que quienes integran a la sociedad puedan participar en el debate público, manifestar sus ideas y ejercer un adecuado control de las acciones de gobierno y fomentar un proceso permanente de rendición de cuentas, se requiere del ejercicio pleno del derecho de acceso a la información pública, así lo considera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo sexto, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México en su artículo quinto y demás disposiciones aplicables.
- 15.** El acceder a la copia del título profesional de quien ocupe la Secretaría del Ayuntamiento, la Tesorería Municipal y la Dirección de Obras Públicas, permitirá al señor [REDACTED] conocer con toda certeza y de manera indudable si las personas que se desempeñan en esos cargos cuentan con el grado profesional requerido, lo que le permitirá apreciar si se han satisfecho los requerimientos exigibles al respecto. Elementos indispensables y necesarios para que se encuentre en condiciones plenas de ejercer, de manera informada, su derecho a la libertad de expresión y, en su caso, el control constitucional popular de los actos de gobierno. Como se ha señalado antes, la concurrencia de todos los elementos que integran dichos documentos permiten apreciar en todo su valor el contenido de los documentos públicos requeridos.
- 16.** Frente a esa situación, el resto de los integrantes del Pleno del Instituto, coincidieron en la necesidad de testar la fotografía como una medida de

protección de la misma en su condición de dato personal, desde su punto de vista no es necesario que el ciudadano acceda a la fotografía para determinar la idoneidad del funcionario. Desde mi perspectiva la reflexión debe situarse en otro terreno ya que, en efecto, no es la fotografía la que permite determinar la respectiva idoneidad profesional, pero si la concurrencia de todos los elementos que integran la documental, lo que permite constatar la acreditación profesional, entre los cuales, la fotografía resulta esencial para determinar la identidad de quien obtiene un Título Profesional.

17. Suponiendo sin conceder, que se trate de una probable colisión de derechos entre el de acceso a la información, del señor [REDACTED], y el de protección de datos personales, de los funcionarios públicos, es necesario destacar que ambos cuentan con el mismo valor, son concebidos en los mismos ordenamientos y, en consecuencia, uno no puede prevalecer frente al otro en todos los casos y es obligación del operador constitucional determinar, en cada caso, el grado de intensidad que debe respetarse para que ambos principios prevalezcan y no exista una decisión predeterminada que resuelva, en todos los casos, los asuntos; ya que ello implicaría la determinación de jerarquías entre los derechos que no pueden existir ya que eso nos situaría en un estado de franca inconstitucionalidad según lo establecido en el artículo primero de la Constitución Federal y contrario a las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

18. En estos casos, el intérprete externo y los ius publicistas recomiendan realizar un juicio de ponderación que se rige por la exigencia de observar tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de estricta proporcionalidad. La medida propuesta debe cumplir con los tres y la ausencia de uno sólo de ellos impediría la existencia del derecho, el cumplimiento de los tres permite

identificar la medida indispensable que permita que los derechos en cuestión prevalezcan.

A) Juicio de idoneidad.

19. El derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud del señor [REDACTED] para acceder al documento que acredite el grado profesional de quienes ocupen determinados cargos públicos. El título profesional es el documento idóneo para acreditar lo anterior. Dicho documento se integran por una serie de elementos que se han descrito antes, cuya concurrencia simultánea permite acreditar tanto la ostentación del grado como la antigüedad del mismo y la identidad del titular de la patente, la ausencia de cualquiera de los elementos dificulta que el documento cumpla con el propósito para el cual fue expedido. Por lo tanto, acceder al documento íntegro es la medida **idónea** para que el señor [REDACTED] satisfaga su interés de verificar que las personas que desempeñan tales cargos cumplen con los requisitos señalados en la ley, lo cual permite asegurar el ejercicio del control popular sobre los actos de gobierno, fortalece la cultura de la rendición de cuentas al acreditar que los funcionarios públicos cumplen con el perfil señalado en la ley para desempeñarlo y fortalecen el debate informado de la sociedad democrática. Restar cualquier elemento a la documental, reduce su valor y disminuye sensiblemente la información que aporta al debate público.

B) Juicio de Necesidad.

20. Para que el señor [REDACTED] vea satisfecha su pretensión y su derecho sea respetado, es **necesario** que acceda al documento que acredita el grado académico y a todos los elementos que lo componen, el nombre asentado en el documento puede ser contrastado con cualquier otro documento en posesión del señor [REDACTED] para verificar que se trate de la misma persona; la profesión

permite, en el caso del Tesorero y Director de Obras Públicas, apreciar el cumplimiento del requisito determinado de la especialidad en materia administrativa o contable; lo mismo ocurre con el caso del año de expedición para efectos de acreditar la antigüedad de su expedición; y la fotografía permite apreciar que los rasgos físicos corresponden a la persona que ocupa la función pública, además de que es un elemento adicional para apreciar la posible antigüedad de la expedición, toda vez que es natural y razonable que los cambios en los rasgos físicos correspondan con el ~~paso del tiempo entre la expedición del Título Profesional y el momento actual~~. Impedir el acceso a alguno de los elementos que integra el documento resta todo su valor y utilidad para los propósitos legítimos del señor [REDACTED] por lo que resulta **necesario** que se conserven en el documento que será entregado.

C. Juicio de estricta proporcionalidad.

21. La medida propuesta debe ser estrictamente proporcional y constituir la mínima afectación posible al otro derecho involucrado, de tal forma que el de protección de datos personales retroceda en la estricta e indispensable proporción para que el de acceso a la información prevalezca, sin que, desde luego, desaparezca el primero. En este caso es evidente que para que el señor [REDACTED] pueda acceder al título profesional con la finalidad de generarse los elementos necesarios que le permitan manifestar, de manera libre e informada, su expresión o sus ideas, y en este caso en particular para realizar el control popular de los actos de gobierno, esto es, verificar que las personas que ocupan los cargos de Secretario del Ayuntamiento, Tesorero Municipal y Director de Obras Públicas, cumplen con los requisitos legales, especialmente, con el grado profesional requerido, es estrictamente necesario que acceda al documento que lo acredite, el cual se integra por una serie de elementos cuya concurrencia simultánea generan una certeza indudable. Por lo tanto, permitirle el acceso a

la documental íntegra es la medida estrictamente proporcional indispensable que satisface completamente estos requerimientos. Es la mínima necesaria ya que, por ejemplo, no traslada el requerimiento a otros datos adicionales que pudieran contenerse en, por ejemplo, certificados de estudios, entre los cuales podríamos señalar las calificaciones correspondientes a determinadas materias o algún otro elemento adicional, ya que lo que la ley exige es que la persona que va a desempeñar estas altas responsabilidades en la administración pública municipal cuente con el título profesional.

- 22.** En sentido contrario, testar la fotografía impide que el señor [REDACTED] cuente con los elementos necesarios e indispensables para apreciar que las personas que ocupan dichos cargos corresponden con las señaladas como titulares de los documentos respectivos.
- 23.** En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar la entrega de los documentos señalados en el resolutivo segundo sin que se ordene testar la fotografía, con la finalidad de respetar plenamente el derecho del señor [REDACTED] de acceso a la información.
- 24.** Apoya esta opinión lo señalado por el en ese entonces Instituto Federal de Acceso a la Información en el criterio 1/13 "Fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial" y el 5-09 "Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial", el segundo de los cuales reconoce que esto se aplica "salvo en los casos que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión".

IV. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

25. Podría señalarse que esta opinión constituye una restricción al derecho de protección de datos personales de los funcionarios públicos, lo cual es cierto ya que las mismas disposiciones señalan que es dable establecer límites, siempre y cuando se sujeten a procedimientos estrictos para la adecuada defensa de la dignidad humana y la propia viabilidad de la sociedad democrática.
26. Para justificar la presente opinión, vale la pena acudir a criterios de interpretación constitucional bajo el recurso del intérprete externo, según lo recomienda el Dr. Nestor Pedro Sagüés.² Para ello se acude a la interpretación de las más Altas Cortes, en primer lugar el Tribunal Constitucional Alemán y en segundo término el Tribunal de Estrasburgo.
27. El Tribunal Constitucional Aleman en su sentencia sobre el espionaje acústico masivo, de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 190, 279) señala:
- “a) Para ver si una medida limitadora de derechos fundamentales es proporcionada, resulta decisiva la intensidad de la injerencia. Por ello es de importancia saber cuántas personas se ven afectadas y cuán intensas son las afecciones, y si estas personas han dado motivos para ello (vid. BVerfGE 100, 313, 376). El peso de la afectación depende de si los afectados permanecen anónimos como personas, de qué circunstancias y contenidos de la comunicación pueden ser abarcados y que perjuicios amenazan a los titulares de derechos fundamentales desde la medida de vigilancia o que ellos*

² SAGÜÉS, Néstor Pedro. *“La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada”*. México, Coed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. 2013. Págs. 263 y 264.

razonablemente temen (vid. *BVerfGE* 100, 313, 376; 107, 299, 320).

Además, la situación también es diferente dependiendo de si las medidas de investigación tienen lugar en una vivienda privada o en espacios industriales o comerciales y de si se ven afectados terceros no sospechosos y del número de estos".³

28. En el caso de la solicitud de acceso a la información promovida por el señor [REDACTED], es evidente que las personas que ocupan los cargos de Secretario del Ayuntamiento, Tesorero Municipal y Director de Obras Públicas no sólo han ingresado al servicio público, sino que además detentan cargos de alta responsabilidad y que para acceder a los mismos deben cumplir determinados requisitos, entre ellos el de grado académico y, en el caso de los dos últimos, deben ser profesionistas en disciplina relacionada con la materia; por lo que hace a la circunstancia de la información requerida, el título profesional se rige por la concurrencia de una serie de elementos, todos los cuales resultan indispensables para acreditar que una persona determinada cuenta con la patente respectiva; debe señalarse que la documental se ubica en un archivo público y es empleada para efectos de diferentes trámites.
29. Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar temas relacionados con el uso de fotografías ha centrado su análisis en determinar el ámbito en el que éstas se localizan, según se aprecia en la sentencia del Asunto *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004, señalando lo siguiente:

³ La versión en español de la resolución se obtiene de ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo. "Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio". Madrid. Coed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial Español. 2008. Págs. 179 y 180.

“52. En el caso de fotografías, la Comisión, para determinar el alcance de la protección que otorga el artículo 8 contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, examinó si eran referentes a un ámbito privado o a incidentes públicos, y si los elementos así obtenidos estaban destinados a un uso limitado o podían ser accesibles al público en general (ver, *mutatis mutandis*, *Sentencia Friedl contra Austria* de 31 de enero de 1995, serie A núm. 305-B, acuerdo amistoso, *Dictamen de la Comisión*, pg. 21, aps. 49-52, *PG y JH* anteriormente citada, ap. 58 y *Peck*, previamente citada, ap. 61)”.⁴

30. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición del título profesional tiene como finalidad el acreditar que una persona determinada cuenta con grado académico respectivo, lo que resulta indispensable para efectos de su práctica profesional toda vez que es perfectamente razonable que, aún en terreno de las relaciones entre particulares, cuando establezca cualquier relación de prestación de servicios, la contraparte contratante ejerza su derecho a verificar que la persona con la que está estableciendo una relación determinada, cuenta con el grado académico respectivo, lo que debería de constituir una obligación agravada de comprobación del perfil profesional cuando la prestación de los servicios profesionales se sitúa en el ámbito de la esfera pública en cargos que no son resultado de un proceso de elección popular, sino que se ubican en la esfera de la administración pública y, más aún, cuando se trata de cargos directivos que, para ser ocupados, deben cumplir con determinados requisitos de profesión expresamente señalados por la ley. Visto lo anterior es evidente

⁴ La versión en español de la sentencia puede consultarse en SARMIENTO, Daniel et al. *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y Jurisprudencia*. Navarra. Coed. Thomson y Civitas, 2007. Pág. 465.

que nos encontramos en la esfera de los incidentes públicos y no en el ámbito privado.

31. Es en atención a esas consideraciones antes señaladas que el título profesional, se integra por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitablemente que una persona determinada cuenta con título para desempeñar una profesión y que por ello se ha emitido la respectiva patente. En el caso de las personas que ocupen los cargos de Secretario del Ayuntamiento, Tesorero Municipal y Director de Obras Públicas en municipios como el de Huixquilucan, existe una exigencia jurídica para que se cumpla el requisito de ser profesionistas titulados y, en los dos últimos casos, en materias relacionadas con las áreas administrativas correspondientes. Para que el señor [REDACTED] pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, deberían de entregársele los documentos consistentes en el título profesional de las personas que ocupen estos cargos, sin que se teste ninguno de sus elementos, lo cual 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.

OPIN



JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO