

OPINIÓN PARTICULAR CONCURRENTE DE LOS COMISIONADOS JOSÉ
GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ Y JAVIER MARTÍNEZ CRUZ EN LOS
RECURSOS DE REVISIÓN 01124/INFOEM/IP/RR/2016,
01125/INFOEM/IP/RR/2016,
01132/INFOEM/IP/RR/2016,
01137/INFOEM/IP/RR/2016. 01127/INFOEM/IP/RR/2016,
01136/INFOEM/IP/RR/2016 y

Líneas argumentativas

La fotografía en la cedula o título profesional, es un requisito que debe reunir el interesado a quien se le expedirán y constituye un elemento indispensable de identidad de la persona a quien se le expide.

Documentos como la Cedula profesional en el ámbito laboral tiene efectos de patente para el ejercicio profesional y para su identidad en sus actividades profesionales.

El acceder a la información relacionada con documentos que acredite la experiencia académica, de quien ocupe cargos en la administración pública, permitirá a la ciudadanía conocer con toda certeza si los servidores públicos asignados en los cargos cuenta con la idoneidad de desempeñarlos así como la capacidad de desarrollar las actividades y atribuciones que se deriven de este.

Cuando se está en presencia de una probable colisión del derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales, es necesario destacar que ambos cuentan con el mismo valor toda vez que son concebidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, uno no puede prevalecer frente al otro.

Para una correcta ponderación de derechos de ambos derechos, es necesario realizar el juicio de ponderación que se rige por la exigencia y observancia de tres momentos: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de estricta proporcionalidad.

Índice

I.	Consideraciones Generales	2
II.	La naturaleza del Título Profesional y de la Cédula Profesional.	4
A)	El Título Profesional:.....	4
B)	La naturaleza de la Cédula Profesional:	5
III.	<i>La naturaleza de la función pública que se desempeña.</i>	6
IV.	Acceso a la información versus protección de datos personales.....	7
a)	Juicio de idoneidad.....	9
b)	Juicio de Necesidad.	10
c)	Juicio de estricta proporcionalidad.....	11
V.	Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.....	12

I. Consideraciones Generales

1. Hemos concluido con nuestra opinión particular concurrente 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 día 18 de mayo en la décima octava sesión ordinaria, en los recursos de revisión promovidos por [REDACTED] en contra de las respuestas de la Secretaría de Educación del Estado de México, procedimiento

al que se le asignaron los números de expediente 01124/INFOEM/IP/RR/2016,
01125/INFOEM/IP/RR/2016, 01127/INFOEM/IP/RR/2016,
01132/INFOEM/IP/RR/2016, 01136/INFOEM/IP/RR/2016 y
01137/INFOEM/IP/RR/2016.

2. La resolución declara fundado el motivo de inconformidad hechos valer por el particular ordenándole al **SUJETO OBLIGADO** hacer entrega vía SAIMEX del:

El acuerdo de clasificación correspondiente, el cual respalte la versión pública generada de la información que se puso a disposición del particular, en términos del artículo 132 fracción III y demás aplicables de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en términos del Considerando Cuarto.

3. La opinión particular concurrente se deriva de un aspecto contenido en el Considerando Cuarto, que determina ordenar la entrega del Acuerdo del Comité de información en el que se expongan los fundamentos y razonamientos que llevaron al Sujeto Obligado a testar, suprimir o eliminar datos, lo que implica testar la fotografía, como una medida necesaria para proteger la confidencialidad de los datos personales de los servidores públicos, dada su naturaleza como dato

personal, lo que consideramos 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 30 fracción X del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulamos la presente opinión concurrente.

II. La naturaleza del Título Profesional y de la Cédula Profesional.

A) El 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.

B) La naturaleza de la Cédula Profesional:

7. La Cédula Profesional es el documento por medio del cual se autoriza oficialmente a una persona a ejercer su profesión, 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 segundo amplía este supuesto jurídico a otras leyes que regulen campos de acción relacionados como alguna rama o especialidad profesional. Mientras que el artículo 23 fracción IV de la referida ley reglamentaria del artículo quinto constitucional, faculta a la Dirección General de Profesiones para expedir la cédula profesional correspondiente, con efectos de patente para el ejercicio profesional y para la identidad de su titular en todas sus actividades profesionales.

8. En este sentido, el artículo 32 de la ley señalada establece que la cédula tiene "efectos de patente para el ejercicio profesional y para su identidad en sus actividades profesionales. En esta cédula aparecerá el retrato y la firma del

profesionista". Por lo que constituyen parte de ese documento, los siguientes elementos: el nombre, indispensable para determinar la identificación personal; la profesión, que consiste en la actividad a ejercer; el número que corresponde a la patente de ejercicio profesional; y, la fotografía como elemento indispensable de identidad de quien la presenta.

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

9. En el caso en estudio, el Señor [REDACTED] desea conocer cuántos de todos los servidores públicos adscritos a la Contraloría Interna de la Secretaría de Educación son pasantes y cuantos cuentan con título o cédula profesional; así como obtener copia de sus cédulas, títulos profesionales y/o cartas de pasantes, lo que implica testar la fotografía si esta fue incluida, como una medida a juicio de la mayoría, necesaria para proteger dada su naturaleza como dato personal, razonamiento del cual nos apartamos.

10. Para resolver adecuadamente el asunto sometido a nuestro conocimiento, debemos considerar que la Secretaría de Educación del Estado de México cuenta con diversas áreas para el correcto desarrollo de sus competencias, funciones y atribuciones para lo cual podrá contar con el personal que se considere pertinente.

11. En este sentido, coincidiendo en todas las partes en las que fue planteada y resuelta la resolución, en las páginas veintinueve (29) y treinta (30), se determina emitir el acuerdo de clasificación de los datos personales por parte del Comité de Información para suprimir entre otros datos la fotografía.

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

12. 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.

13. El acceder a la copia del título profesional, cédula profesional o cualquier otro documento que, acredite su experiencia académica, de quien ocupe cargos en la administración permitirá al particular conocer con toda certeza y de manera indudable si las personas que se desempeñan en los cargos cuenta con la idoneidad de desempeñarlos y así como la capacidad de desarrollar las actividades y atribuciones que se deriven de este. 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.

14. Frente a esa situación, el resto de los integrantes del Pleno del Instituto, han coincidido 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 nuestra 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 o bien, una cédula profesional.

15. Suponiendo sin conceder, que se trate de una probable colisión de derechos entre el de acceso a la información, del particular y el de protección de datos personales del servidor público, 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.

16. En estos casos, el intérprete externo y los idus 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.

17. El derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud del particular para conocer cuántos de todos los servidores públicos adscritos a la Contraloría Interna de la Secretaría de Educación son pasantes y cuantos cuentan con título o cédula profesional; así como obtener copia de sus cédulas, títulos profesionales y/o cartas de pasantes. Dichos documentos 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 particular 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.

18. Para que el particular 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 particular para verificar que se trate de la misma persona; 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 o la cédula profesional y el momento actual. Impedir el acceso a alguno de los elementos que integran dichos documentos resta todo su valor y

utilidad para los propósitos legítimos del particular por lo que resulta **necesario** que se conserven en el documento que será entregado.

c) Juicio de estricta proporcionalidad.

19. 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 particular pueda acceder al título profesional o a la cédula 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, es estrictamente necesario que acceda a los documentos que lo acrediten, los cuales se integra por una serie de elementos cuya concurrencia simultánea generan una certeza indudable. Por lo tanto, permitirle el acceso a las documentales íntegras 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.

20. En sentido contrario, testar la fotografía impide que el particular cuente con los elementos necesarios e indispensables para apreciar que las personas que ocupan dichos cargos corresponda con las señaladas como titulares de los documentos respectivos.

21. En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar la entrega del acuerdo de comité señalado en el resolutivo segundo sin que se ordene que en el mismo se clasifique la fotografía como dato personal, con la finalidad de respetar plenamente el derecho del particular de acceso a la información.

22. Apoya este voto 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".

V. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

23. Podría señalarse que este voto 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.

24. Para justificar el presente voto, vale la pena acudir a criterios de interpretación constitucional bajo el recurso del intérprete externo, según lo recomienda el Dr. Néstor Pedro Sagüés.¹ 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.

25. El Tribunal Constitucional Alemán 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 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

¹ 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.

vivienda privada o en espacios industriales o comerciales y de si se ven afectados terceros no sospechosos y del número de estos".²

26. En el caso de la solicitud de acceso a la información con número de folio 00206/SE/IP/2016 promovida por el particular es evidente que las personas que ocupan los cargos en la administración pública como por ejemplo una Secretaría no sólo han ingresado al servicio público, sino que además detentan cargos de alta responsabilidad; por lo que hace a la circunstancia de la información requerida, el título profesional y en su caso la cédula profesional se rigen 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.

27. En el caso que nos ocupa se trata de personas que, al decidir incursionar en el ejercicio de responsabilidades públicas, han decidido, por sí mismas, someterse al escrutinio de una sociedad democrática. Además y como ya se ha señalado, el currículum vitae no es un documento generado por una persona, entidad o institución distinta, sino que, al contrario, su elaboración es de estricta responsabilidad de la persona que lo presenta, ya que no existen reglas o

² 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.

disposiciones que exijan o determinen que dicho documento cuente, con fotografía, por lo que de ser el caso que dichos documentos cuenten con estos elementos, ello depende exclusivamente de la libre voluntad de la persona. Cuestión distinta en el caso de todos aquellos documentos oficiales cuya elaboración exige y obliga a las personas a registrar datos personales. Por lo tanto, es de apreciarse que bajo los criterios de intensidad y del motivo provocado por la persona en cuestión, señalado por el Tribunal Constitucional Alemán, es que el criterio que sostengo es plenamente justificado.

28. 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:

“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 Frieda 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)”.³

³ 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.

29. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición del título profesional y cédula tienen 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 que nos encontramos en la esfera de los incidentes públicos y no en el ámbito privado. Por lo que hace a la elaboración del currículum vitae es sólo responsabilidad de la persona que lo presenta y que sólo a esta persona ha correspondido la decisión libre y autónoma de decidir si incluye o no una fotografía y, por último y más importante, que dicho documento se ha elaborado de manera ex profeso para explicar a la sociedad el perfil de la persona que ocupa el cargo público en cuestión, por lo tanto, dicho documento se circunscribe directamente a la esfera de las actividades públicas que realiza la persona y no en el terreno de su intimidad.

30. Es en atención a las consideraciones antes señaladas que el título profesional y cédula 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. Para que el señor Roberto Gutiérrez Palma pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele el documento sin testar o suprimir la fotografía del servidor público del que se trate, 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)

JAVIER MARTÍNEZ CRUZ

COMISIONADO

(RÚBRICA)