

2017. Año del Centenario de las Constituciones Mexicana y Mexiquense de 1917"

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/121/2017

Metepec, Estado de México a 29 de mayo de 2017

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PEENO
PRESENTE

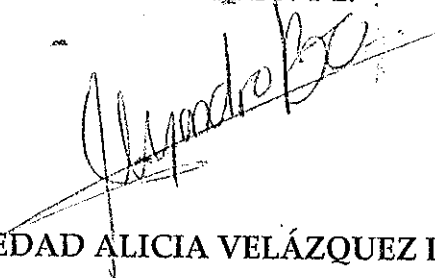
De conformidad con los artículos 14, fracciones X y XI y 16, fracción X, del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, le hago llegar el **voto particular** del Comisionado José Guadalupe Luna Hernández respecto de la resolución definitiva presentada en la décima novena sesión ordinaria de este Pleno:

- 00761/INFOEM/IP/RR/2017- Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad

Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

Sin otro particular me despido de usted y le envió un cordial saludo.

ATENTAMENTE:

P.A.


LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ
COORDINADORA DE PROYECTOS



c.c.p. Doctora Josefina Román Vergara. Comisionada Presidenta. Para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSOS DE REVISIÓN 00761/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas Argumentativas.

El currículum vitae es un documento elaborado de manera ex profeso para acreditar la idoneidad o experiencia para desempeñar un cargo público.

Los servidores públicos se encuentran sujetos a un régimen de excepciones o de protección más limitado, restringido en razón de la naturaleza de la función pública y del contenido de la información que se ha requerido.

Testar la fotografía incluida en el currículum vitae de un servidor público es una afectación indebida al derecho de acceso a la información pública.

Índice

I. Inaplicable en este caso el criterio empleado por la mayoría sobre la protección de la imagen de los servidores públicos.....	3
II. La naturaleza de la función pública que se desempeña.....	6
III. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.....	8
IV. Conclusión.....	11

1. He concurrido con mi voto particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su décima novena sesión ordinaria de fecha veinticuatro (24) de mayo del año en curso, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en su calidad de recurrente, en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad, procedimiento al cual se le asignó el expediente 00761/INFOEM/IP/RR/2017.
2. La resolución declara que los motivos de inconformidad hechos valer por la parte recurrente resultan fundados, toda vez que el Sujeto Obligado no responde a la solicitud de información 00075/VACHASO/IP/2017, por lo que se ordena haga entrega vía SAIMEX, de ser el caso en versión pública, protegiendo cualquier información que conlleve un riesgo grave el documento donde conste o se pueda advertir la información curricular de los Regidores Municipales y sus documentos probatorios.
3. Mi voto particular se deriva de que se señala que dentro de los datos que se deben de testar es la información correspondiente a la fotografía, respecto de las fichas curriculares y documentos probatorios como certificados de estudios, constancias de estudios, título profesional, cedula profesional, etcétera, lo que implica testar la fotografía, si esta fue incluida, como una

1. He concurrido con mi voto particular de la presente resolución emitida por el Pleno del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, en su décima novena sesión ordinaria de fecha veinticuatro (24) de mayo del año en curso, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en su calidad de recurrente, en contra de la respuesta del **Ayuntamiento de Valle de Chalco Solidaridad**, procedimiento al cual se le asignó el expediente **00761/INFOEM/IP/RR/2017**.
2. La resolución declara que los motivos de inconformidad hechos valer por la parte recurrente resultan fundados, toda vez que el Sujeto Obligado no responde a la solicitud de información **00075/VACHASO/IP/2017**, por lo que se ordena haga entrega vía SAIMEX, de ser el caso en versión pública, protegiendo cualquier información que conlleve un riesgo grave el documento donde conste o se pueda advertir la información curricular de los Regidores Municipales y sus documentos probatorios.
3. Mi voto particular se deriva de que se señala que dentro de los datos que se deben de testar es la información correspondiente a la fotografía, respecto de las fichas curriculares y documentos probatorios como certificados de estudios, constancias de estudios, título profesional, cedula profesional, etcétera, 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 que me aparto.

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo el presente voto particular.

I. - **Inaplicable en este caso el criterio empleado por la mayoría sobre la protección de la imagen de los servidores públicos.**

5. Para quienes integramos a la sociedad y podamos participar en el debate público, manifestar las 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.

6. El acceder al 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.

7. 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 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 o bien, una cédula profesional.

8. 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 predefinida 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.
9. En estos casos, el intérprete externo y los iuspublicistas 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.

II. La naturaleza de la función pública que se desempeña

10. Debo decir que, en todos los casos anteriores y en el presente, nos encontramos ante una persona que ejerce su derecho de acceso a la información pública requiriendo documentos relacionados con servidores públicos, y si bien es cierto que la condición de agente gubernamental no implica que la persona pierda sus derechos, entre ellos, el de protección de datos personales, también lo es que la doctrina interamericana en materia de derechos humanos señala que los funcionarios públicos nos encontramos sujetos a un régimen de excepciones o de protección más limitado,¹

¹ "En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública **deben gozar**, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, **de un margen de apertura** a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático."

"Es así que el acento de **este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada**. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que **sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público**". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párrs. 128 y 129.

"1. Recomendaciones a los Estados:

"e. Existe un núcleo de libertad de expresión, respecto del cual los Estados no tienen potestad alguna o tan solo una facultad extremadamente limitada de adoptar restricciones que permitan tomar en cuenta las tradiciones, la cultura y los valores locales y esto incluye en particular el discurso político en un sentido amplio, en vista del carácter trascendental de dicho discurso para la democracia y el respeto de todos los derechos humanos, **lo cual implica que las figuras públicas deberían aceptar un mayor grado de escrutinio por la sociedad**". "Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión". Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, de la Representante para la Libertad de los Medios de

restringido en razón de la naturaleza de la función pública en sí misma² y del contenido de la propia información que se ha requerido.³ En este sentido han sido diversos los pronunciamientos de las altas cortes del continente haciendo que prevalezca el principio de máxima publicidad.⁴ Por lo que es del todo desproporcionado dictar medidas que, en los hechos, impiden que las personas accedan a la información suficiente para generarse una opinión informada de manera integral y, a partir de ahí, manifestar sus opiniones o iniciar procedimientos administrativos o penales, de apreciar que se hubiera actualizado cualquier irregularidad sancionable.

Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 2014.

² "En consecuencia, las expresiones, **informaciones** y opiniones atinentes a asuntos de interés público, al Estado y a sus instituciones, gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, lo cual implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que conforman el Estado, así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, **en razón de la naturaleza pública de las funciones que cumplen, deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica**". Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA, 2010. Párr. 35. "Dado que las expresiones e **informaciones** atinentes a los funcionarios públicos, a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, y a candidatos a ocupar cargos públicos, gozan de un mayor grado de protección, el Estado debe abstenerse en mayor grado de imponer limitaciones a estas formas de expresión". Ibidem. Párr. 41.

³ "La gestión pública y los asuntos de interés común deben de ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la Gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado ya la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana. De allí que el adecuado desenvolvimiento de la democracia requiera la mayor circulación de informes, opiniones e ideas sobre los asuntos públicos". Ibidem. Párr. 33.

⁴ Esto ocurrió en el caso de la Corte Suprema de Canadá: *Information Commissioner of Canada v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, 1 S.C.R. 66 (2003) mediante la cual si bien se reconoció el historial laboral como información personal, también se señaló que la sección 3 (j) de la Ley de Privacidad establece que es posible acceder a esa "información sobre individuos que son o haya sido oficiales o empleados de una institución gubernamental".

III. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

11. Podría señalarse que el criterio que he sostenido constituye una restricción al derecho de protección de datos personales de las personas que desempeñan alguna función pública, lo cual es cierto ya que las mismas disposiciones señalan que ningún derecho es absoluto y 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, pero además, que exista un esfuerzo adecuado y proporcional de los titulares del derecho para propiciar su debido ejercicio.

12. Para justificar el presente voto particular, vale la pena acudir a criterios de interpretación constitucional bajo el recurso del intérprete externo, según lo recomienda el Dr. Nestor Pedro Sagüés.⁵ 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.

13. El Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia sobre el espionaje acústico masivo, de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 190, 279) señala:

⁵ 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.

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

14. 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 certificado de estudios es un documento generado 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 tal situación, 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

⁶ 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.

y del motivo provocado por la persona en cuestión, señalado por el Tribunal Constitucional Alemán, es que el criterio que sostengo es plenamente justificado.

15. 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 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)".⁷

16. En el presente recurso, puede señalarse que derivado de este hecho, en el estudio de la resolución se precisa que en cuanto a los documentos probatorios de las fichas curriculares, esto es certificado de estudios, constancias de estudios, título profesional, cédula profesional, deberá protegerse su imagen en virtud de que dichos documentos fueron emitidos

⁷ 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.

antes de que ocupar el cargo de Regidores, siendo que la fotografía debe considerarse también como un dato personal; esto es así, en atención a que constituyen datos personales aquellos que hacen identificada o identificable a una persona.

IV. Conclusión.

17. Es en atención de las consideraciones antes señaladas el certificado de estudios, constancias de estudios, título profesional y cédula profesional debería entregarse **sin testar, eliminar o suprimir la fotografía**, toda vez que se integra por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitadamente que una persona determinada cuenta con un certificado para desempeñar una profesión y que por ello se ha emitido.
18. Para que [REDACTED] pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele el documento integro por cuanto hace a la fotografía, es decir, sin que se teste ninguno de sus elementos, 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)