

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

Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/558/2017

Metepec, Estado de México a dieciocho de diciembre del 2017.

MAESTRA CATALINA CAMARILLO ROSAS
SECRETARIA TÉCNICA DEL PLENO
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 cuadragésima sexta sesión ordinaria de este Pleno:

- 02497/INFOEM/IP/RR/2017 – Ayuntamiento de Tultitlán.

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


LIC. SOLEDAD ALICIA VELAZQUEZ DE PAZ

COORDINADORA DE PROYECTOS



/C.c.p. Maestra Eva Abaid Yapur, comisionada, para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 02497/INFOEM/IP/RR/2017.

LÍNEAS ARGUMENTATIVAS

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

Documentos como la Cédula 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.....	3
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. La naturaleza de la función pública que se desempeña.	6
IV. Acceso a la información versus protección de datos personales.....	7
a) Juicio de idoneidad.....	10
b) Juicio de Necesidad.....	11
c) Juicio de estricta proporcionalidad.....	11
V. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.....	13

I. Consideraciones Generales

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 sesión del día 13 de diciembre en la Cuadragésima Sexta ordinaria, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la respuesta del Ayuntamiento de Tultitlán, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 02497/INFOEM/IP/RR/2017.

2. La resolución declara que el documento con el cual se acreditó el último grado de estudios del servidor público fue la cédula profesional y de la cual se realizó una versión pública ya que dicho documento contiene información confidencial, para lo cual se dejó visible la fotografía al momento de remitir dicha información.

3. Mi voto particular se deriva de un aspecto contenido en el Considerando 5, que determina ordenarse dar vista al Titular de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia de este Instituto, a fin de que en el ámbito de sus atribuciones, determine lo conducente, sobre el dato que no se suprimió u eliminó dentro del soporte documental respectivo objeto de la versión pública, lo que implicaba 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 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.

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, la señora [REDACTED] requirió, el documento que acredite el último grado de estudios de la persona señalada en la solicitud de información quien ostenta el cargo de Titular de la Unidad de

Transparencia, para lo cual se entregó como respuesta la Cédula Profesional del mismo.

10. Para resolver adecuadamente el asunto sometido a nuestro conocimiento, debemos considerar que el Ayuntamiento de Tultitlan en materia de Transparencia este debe de contar con una área denominada Unidad de Transparencia, misma que es establecida por los Sujetos Obligados para ingresar, actualizar y mantener vigente las obligaciones de información pública en sus respectivos portales de Transparencia; tramitar las solicitudes de acceso a la información pública, lo anterior para el cumplimiento de sus funciones, atribuciones y competencia en la materia.

11. En este sentido, en la resolución señalada con anterioridad el SUJETO OBLIGADO entrega respuesta; sin embargo, se dejó a la vista la fotografía contenida en la cédula profesional documento que fue proporcionado como respuesta de este hecho, motivo por el cual se ordenó la dar vista al Titular de la Contraloría Interna y Órgano de Control y Vigilancia de este Instituto en términos del artículo 190 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado y Municipios.

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 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.

15. Suponiendo sin conceder, que se trate de una probable colisión de derechos entre el de acceso a la información, de la señora [REDACTED] 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 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.**

17. El derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud de la señora [REDACTED] para acceder al documento que acredite el último grado de estudios de la persona mencionada en la solicitud de información, Titular de la Unidad de Transparencia del Ayuntamiento de Tultitlan. La Cédula 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 la señora [REDACTED] satisfaga su interés de verificar que la persona que desempeña tal cargo cumple con el 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 la señora [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 de la 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 de la Cédula 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 de la recurrente, 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 la señora [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, y verificar que en efecto la cédula entregada en la respuesta corresponda al servidor público que fue señalado en la solicitud de información y que sea la misma persona que se observa en la fotografía, el cual se integra por una serie de elementos cuya concurrencia simultánea generan una certeza. Por lo tanto, permitirle el acceso a la documental íntegra es la medida estrictamente proporcional indispensable que satisface completamente este requerimiento. Es la mínima necesaria ya que, por ejemplo, no traslada el requerimiento a otros datos adicionales que pudieran contenerse, 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 la señora [REDACTED] [REDACTED] cuente con los elementos necesarios e indispensables para apreciar que la persona que ocupa dicho cargo corresponda con la señalada como titular del documento respectivo.

21. En consecuencia, es que resulta legítimo haber proporcionado dicho documento como respuesta sin haber eliminado o testado la fotográfica, ya que con dicha acción se da cumplimiento a la finalidad de respetar plenamente el derecho de la señora

[REDACTED] de acceso a la información, respecto de este planteamiento.

22. Apoya este voto lo señalado por el 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.

Nestor 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

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.

en una 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 promovida por la señora [REDACTED] es evidente que la persona mencionada en la solicitud de información quien ocupa el cargo Titular de la Unidad de Transparencia no sólo ha ingresado al servicio público, sino que además detenta un cargo de alta responsabilidad; por lo que hace a la circunstancia de la información requerida, la cédula 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.

27. 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

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.

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)".³

28. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición de la cédula profesional 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

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.

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.

29. Es en atención a las consideraciones antes señaladas que la cédula profesional se integra por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitadamente que una persona determinada cuenta con cédula para desempeñar una profesión y que por ello se ha emitido la respectiva patente. Para que la señora [REDACTED] pudiera acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, fue correcto habersele entregado el documento si haber eliminado o testado la fotografía.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

(RÚBRICA)