

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00091/INFOEM/IP/RR/2017.

Líneas argumentativas:

La fotografía en la cedula, título profesional, o documento análogo como lo es un certificado, 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.

El acceder a la información relacionada con documentos que acredite la experiencia académica, de quien ocupe cargos en la administración pública o de quien emita y/o ejecute actos de autoridad, 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 de la función pública que se desempeña.	4
III. Acceso a la información versus protección de datos personales.	4
a. Juicio de idoneidad.	7
b) Juicio de Necesidad.	8
c) Juicio de estricta proporcionalidad.	9
IV. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.	10

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 octava sesión ordinaria del día uno (01) de marzo de dos mil diecisiete, en el recurso de revisión promovido por [REDACTED] en contra de la falta de respuesta del Ayuntamiento de Zacualpan, procedimiento al que se le asignó el número de expediente 00091/INFOEM/IP/RR/2017.

2. La resolución declara fundados los motivos de inconformidad del recurrente, ordenándole al **SUJETO OBLIGADO** atender la solicitud 00093/ZACUALPA/IP/2016, y haga entrega a través del SAIMEX lo siguiente:

- El o los documentos donde conste o de los cuales se pueda advertir que cuenta con el perfil adecuado en materia de acceso a la información y protección de datos personales el C. Alfonso Cortez Flores responsable de la Unidad de Transparencia.

3. Mi voto particular se deriva de un aspecto contenido en los Considerandos tercero y cuarto, mediante los cuales se ordena la entrega en versión pública del o los documentos donde conste o se pueda advertir que el C. Alfonso Cortez Flores, responsable de la Unidad de Transparencia del Ayuntamiento de Zacualpan cuenta el perfil adecuado en materia de acceso a la información y protección de datos personales, mismos que deberán acompañarse del Acuerdo del Comité de Información en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen dentro del soporte documental respectivo objeto de la versión pública, lo que implica testar la fotografía de un servidor público, 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 de la función pública que se desempeña.

5. En el caso en estudio, [REDACTED] desea obtener los documentos que avalen la certificación, experiencia previa a asumir el cargo en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales y habilidades de organización, comunicación, visión y liderazgo de Alfonso Cortez Flores (Encargado de la Unidad de Transparencia), mismos que están en posesión del Ayuntamiento de Zacualpan.

6. En este sentido, coincidiendo en todas las partes en las que fue planteada y resuelta la resolución, sin embargo, en la parte del referido considerando Cuarto, en donde se determina ordenar en versión pública el documento en donde conste lo requerido por el solicitante, difirió respecto a ordenar el acuerdo de clasificación de los datos personales por parte del Comité de Información para suprimir entre otros datos la fotografía.

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

7. 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.

8. El acceder al certificado, título profesional, cédula profesional o cualquier otro documento que, acredite experiencia académica o profesional, 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. En el presente asunto, el derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud del particular para obtener los documentos que avalen la certificación, experiencia previa a asumir el cargo en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales y habilidades de organización, comunicación, visión y liderazgo de Alfonso Cortez Flores (Encargado de la Unidad de Transparencia), 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.**

13. 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 certificado, 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.**

14. 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.

15. 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.

16. En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar la entrega del o los documentos señalados en el resolutivo cuarto sin que se ordene testar la fotografía, con la finalidad de respetar plenamente el derecho del recurrente [REDACTED] de acceso a la información.

17. Apoya a 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".

IV. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

18. 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.

19. 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.

20. 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

21. 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)".³

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.

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.

22. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición de un certificado, título profesional, cédula o documento análogo tienen como finalidad el acreditar que una persona determinada cuenta con grado académico respectivo o experiencia profesional, lo que resulta indispensable para efectos de su práctica laboral 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 la experiencia o 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 expresamente señalados por la ley.

23. Es en atención a las consideraciones antes señaladas que un certificado, el título profesional, la cédula profesional o bien un documento análogo se integran por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitablemente que una persona determinada cuenta con título para desempeñar una profesión. Para que [REDACTED] pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele el

documento integro, 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)

ECD

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

Instituto Literario Pte. No. 510,
Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México

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