

**OPINIÓN PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA
HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 00759/INFOEM/IP/RR/2017.**

Líneas argumentativas:

DEBERES DE LAS AUTORIDADES. El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano constitucionalmente reconocido en consecuencia todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de respetarlo, protegerlo y garantizarlo.

ELEMENTOS QUE DEBE CONTENER EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.

Para establecer el juicio de proporcionalidad, la doctrina y los intérpretes jurisdiccionales, recomiendan verificar el cumplimiento de tres juicios: el de necesidad, el de idoneidad y el de estricta proporcionalidad. La ausencia de cualquiera de los tres, invalida la invasión del derecho. En este caso, la limitación al derecho a la protección de datos personales tiene que ser acorde con el principio de proporcionalidad, para ello, se sugiere emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana, siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán, el juicio de idoneidad deberá explicar que la medida permite obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); el de necesidad, a través del cual se debe acreditar que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y, por último, el de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del

fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad.

LAS AUTORIDADES EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA TIENEN LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. El procedimiento de acceso a la información es la garantía primaria del derecho en cuestión y se rige por principios, así como la atención adecuada a las personas con el objeto de otorgar la protección más amplia del derecho de las mismas.

Resumen: En la resolución se acreditó claramente el marco normativo que faculta al sujeto obligado para poseer dicha información. El régimen constitucional de acceso a la información incluye toda la que se encuentre en posesión del sujeto obligado, en este caso es procedente la entrega de la información solicitada sin requerir el consentimiento previo de la titular de los datos personales porque se relaciona con la protección de derechos de terceros. Su entrega, en versión pública, cumple con la prueba de interés público que se formula en la presente opinión particular.

Índice

I. Consideraciones Generales..... 3

II. El régimen constitucional de acceso a la información incluye a los documentos entregados por los particulares a las autoridades 4

III. La información requerida se encuentra en posesión del sujeto obligado 6

IV. La entrega de la información no vulnera el derecho a la protección de datos personales 7

V. Sobre la prueba de interés público	11
VI. Del supuesto estado de indefensión de la titular de los datos personales.....	24
VII. Conclusión.....	26

I. Consideraciones Generales

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 Vigésima Sexta sesión ordinaria, de fecha doce (12) de junio, promovido por
en contra de la respuesta de la Secretaría de Educación, procedimiento al que se le asignó el número de expediente ya señalado.
2. La resolución puntualmente resuelve revocar la respuesta y ordena la entrega de la versión pública del documento donde conste la trayectoria académica y profesional de la directora de un jardín de niños incorporado a dicha dependencia. Durante el análisis y discusión de este recurso de revisión, la minoría dicente cuestionó la decisión mayoritaria de ordenar la entrega de la información. Razón por la cual acompaño la resolución con argumentos adicionales que justifican nuestra decisión.

3. 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 la presente opinión particular.

II. El régimen constitucional de acceso a la información incluye a los documentos entregados por los particulares a las autoridades

4. Hasta antes de la reforma constitucional de 2014, no fueron pocos los sujetos obligados que pretendían señalar que la información que estaban obligados a entregar, en respuesta a una solicitud, era solamente aquella que habían generado en el ejercicio de sus facultades. Lo cual excluía la información generada por otras autoridades, con el argumento de que esa información debía solicitarse a dichas instancias y no a ellas; o bien, la información proporcionada por particulares, la que con regularidad contiene datos personales, empezando por el nombre, en algunos casos la firma y otros datos adicionales.

5. Pero la reforma constitucional del 07 de febrero de 2014, en materia de transparencia, ha superado ese falso debate señalando que el derecho de acceso a la información consiste en el acceso a cualquier información en

posesión de los sujetos obligados. El verbo poseer supera el falso debate y entonces ya no sólo nos referimos a la información que genera la autoridad, ni siquiera a ésta más la que recibe de otras autoridades, sino también a la que recibe de los particulares.

6. Cuando un particular acude ante una autoridad y entrega cierta información, ya sea en un escrito libre, adjuntando documentos que acreditan que es candidato a acceder a un bien o servicio público, ese acto no se realiza en la esfera privada de la persona, sino implica su incursión en la vida pública; con estas acciones, las personas procuran un servicio, pretenden acceder a un bien, requieren una respuesta de la autoridad que implica el ejercicio de sus funciones y, probablemente, el ejercicio de recursos públicos. Pretenden acceder a bienes públicos que, por su definición, son limitados o escasos.

7. Por eso es que dichos documentos se encuentran comprendidos dentro del régimen constitucional del derecho de acceso a la información pública y no pueden ser ajenos, de manera automática y de oficio, al ejercicio de este derecho.

8. ¿Quiere decir esto que un documento generado por la autoridad y un documento recibido por ésta y entregado por un particular, comparten la

misma naturaleza jurídica y su acceso se debe de permitir en el mismo grado?

Sí y no. Sí, comparten la misma naturaleza en cuanto que forman parte del acervo al que pueden acceder las personas vía solicitud de acceso a la información, y no, en tanto que el contenido de cada documento es el que permitirá valorar si procede alguna de las condiciones excepcionales que establece la ley para restringir su acceso y no su origen.

9. Por eso es que no puede determinarse de oficio y en automático que todos los documentos entregados por los particulares a las autoridades, se encuentran ajenos al derecho de acceso a la información, como pretende la minoría. Hacerlo nos colocaría en un sentido contrario a las disposiciones constitucionales que tutelan el derecho de acceso a la información.

III. La información requerida se encuentra en posesión del sujeto obligado

10. La resolución muy claramente señala las diversas disposiciones jurídicas que regulan el caso en cuestión. En éste se trata de una institución educativa privada, cuyo funcionamiento es autorizado por la autoridad siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos, amplia y precisamente referidos en la resolución, por eso es que la mayoría que aprobamos la resolución, encontramos adecuado revocar la respuesta y ordenar la entrega, en razón de

que para conseguir la incorporación de la escuela se debió de entregar la información sobre la trayectoria académica del personal directivo y docente. La información, por lo tanto, debe encontrarse en posesión del sujeto obligado.

IV. La entrega de la información no vulnera el derecho a la protección de datos personales

11. La minoría ha argumentado que entregar la trayectoria académica y profesional de la directora del jardín de niños vulnera el derecho de acceso a la información porque no se requirió el consentimiento de la titular de esos datos y porque la información fue entregada al sujeto obligado para cumplir el trámite de incorporación de la escuela, no para que se permita el acceso a dicha información cualquier persona.

12. Este segundo argumento es a todas luces insostenible ya que cualquier información que proporciona una persona a la autoridad correspondiente se realiza con la finalidad de atender un trámite, una solicitud para acceder a un bien o a un servicio público y no se entrega pensando en que cualquier otra persona pueda acceder a la misma.

13. Sobre el primer argumento, hay que señalar que la aplicación de los artículos 147 y 148 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios establece que se puede permitir el acceso a la información, sin contar con el consentimiento del titular de los datos personales que incluya, cuando se trate de proteger los derechos de terceros. En este caso, la ley obliga al órgano garante a realizar la prueba de interés público.

a) ¿Qué derechos de terceros se pretenden proteger con la entrega de la información?

14. El artículo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho de toda persona de recibir educación, señala además que el Estado impartirá, entre otras, la educación preescolar, la que además es obligatoria y le impone la obligación de garantizar que ésta sea de calidad, a través de diversas medidas entre las cuales se encuentra la idoneidad de los docentes y los directivos. Dicha disposición constitucional también permite, a los particulares, impartir educación, incluyendo a la preescolar, siempre y cuando cuenten con el reconocimiento de validez oficial de sus estudios y con la autorización que las autoridades les otorguen, según lo que establezca la ley.

15. La resolución aprobada describe, con amplitud y detalle, todos los requisitos que, en el Estado de México, deben de cumplir los particulares, para impartir educación, dichos preceptos son los que nos permiten establecer que el Sujeto Obligado cuenta con la información requerida.

16. La decisión del Poder Revisor de la Constitución ha colocado, como un principio social de la mayor relevancia, precisamente el de la calidad educativa, por eso es que el cumplimiento de las disposiciones legales, permite que el sujeto obligado verifique que los particulares que impartan educación, cumplan con el estándar establecido para ello.

17. Así que la información a la que se pretende acceder permite verificar, por un lado, que los particulares, en este caso, han cumplido con los requisitos que establecen las leyes y, en consecuencia, son aptos para impartir educación preescolar; y por otro, permite someter a control popular la decisión de la autoridad que consiste en la autorización a esos particulares para impartir la educación preescolar.

18. El que las personas accedan a esta información y aprecien los dos aspectos señalados en el párrafo anterior, permite proteger el derecho a la educación

de los menores y el derecho de los padres de familia a que sus hijos accedan a una educación de calidad, máxime que, en este caso, cubren ellos el pago de diversas cuotas escolares por tratarse de una institución de educación privada. Por lo que la hipótesis jurídica se ha cumplido escrupulosamente y por ello procede la entrega de la información, aun cuando contenga datos personales y sin recabar el consentimiento de su titular, sobre la trayectoria académica y profesional de la directora, porque de esta manera se promueve la protección de derechos de terceros; aunque evidentemente y como bien se ordena en la resolución, deberá de entregarse en versión pública porque puede contener información que sí es susceptible de protegerse.

19. ES UNA HERRAMIENTA DE CONTROL DEMOCRÁTICO, EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. El derecho de acceso a la información pública es, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una herramienta fundamental para ejercer *el control democrático de las gestiones estatales de forma tal que (las personas) puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas, fomentando la transparencia de las actividades estatales y promoviendo la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.*¹ Pero respuestas como

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151. Párrs. 86 y 87.

la que se pretende hacer prevalecer, corre en un sentido contrario a la adecuada tutela del derecho de acceso a la información pública.

V. Sobre la prueba de interés público

20. La prueba de interés público que ordena realizar el último párrafo del artículo 148 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en estos casos, debe corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público. La trayectoria académica, esto es, el grado de escolaridad y los cursos que se pueden acreditar, y la trayectoria profesional, los cargos y puestos que se han ocupado previamente, son los datos personales concretos en este caso. El interés público que existe porque las personas conozcan la trayectoria académica y profesional de la directora del jardín de niños radica en que esta medida permitirá valorar si los particulares han cumplido con los requisitos de ley para obtener la autorización para impartir la educación preescolar, en lo que se refiere a la formación y experiencia de su personal, lo que además permitirá valorar, en consecuencia, si se cumple con el estándar de educación de calidad.

21. A partir de lo anterior es que puede decirse que la conexión patente existe ya que el grado de escolaridad y la trayectoria profesional de la directiva, forma parte de los requisitos que deben cumplirse para obtener la autorización e

impartir los servicios educativos que son de sobrada relevancia, mucho más cuando se trata de la primera infancia.

22. Ahora bien, lo que hace falta determinar es la proporcionalidad de la invasión de la intimidad que ocasionará la divulgación de esa información y el interés público de la información.

23. Como ya he señalado, el interés público consiste en que las personas y través de ellas, la comunidad, indaguen si esa escuela particular cumple con los requisitos legalmente establecidos para impartir la educación preescolar, particularmente en lo referente a la trayectoria académica y profesional de la directora. Acreditar que se cumple con dichos requisitos permitirá valorar si la educación que se imparte es de calidad toda vez que el personal directivo es idóneo para desempeñar dichas funciones. Lo anterior permitirá considerar si la autoridad, al emitir la autorización, apegó su juicio al cumplimiento de la norma o no. Todo lo anterior permitirá valorar si los pequeños, cuyo interés superior además debe prevalecer, están accediendo adecuadamente a su derecho a la educación. Siendo ese el interés público, revisemos si la invasión de la intimidad es proporcional a los beneficios que trae la difusión de la información.

24. Para establecer el juicio de proporcionalidad, la doctrina y los intérpretes jurisdiccionales, recomiendan verificar el cumplimiento de tres juicios: el de

necesidad, el de idoneidad y el de estricta proporcionalidad. La ausencia de cualquiera de los tres, invalida la invasión del derecho. En este caso, la limitación al derecho a la protección de datos personales tiene que ser acorde con el principio de proporcionalidad, para ello, se sugiere emplear los tres juicios propuestos por la Corte Constitucional Colombiana,² siguiendo el principio de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional Alemán,³ el juicio de idoneidad deberá explicar que la medida permite obtener *el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente)*; el de necesidad, a través del cual se debe acreditar que *no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados*; y, por último, el de *proporcionalidad en sentido estricto*,

² "En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013." Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Párr. 256.

³ Tribunal Constitucional Alemán. Resolución sobre los soldados son asesinos, de 10 de octubre de 1995 (BVerfGE 93, 266). En ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo. Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y boletín oficial del Estado, Madrid, 2008. Pp. 1045-1096.

esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad.⁴

25. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios orientadores sobre el procedimiento para desahogar lo que denomina como el test de proporcionalidad, a partir de cuatro etapas: (i) *que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.⁵*

⁴ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-520/16. Párr. 1.11

⁵ **TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.** El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Teléfono: (722) 2 26 19 80 * Centro de atención telefónica: 01 800 821 04 41

Pino Suárez S/N, actualmente Carretera Toluca-Jxtapan No. 111,
Col. La Michoacana, Metepec, Estado de México, C.P. 52166

26. Por lo que podemos apreciar que las fases primera y segunda de las propuestas por la Segunda sala de la SCJN, corresponden con el juicio de idoneidad; mientras que el tercero corresponde al juicio de necesidad y el último propuesto por la Primera Sala de la SCJN es similar al de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que emplearé la fórmula tripartita que colma la propuesta en cuatro fases de nuestra primera Sala.

a) Primer juicio: el de idoneidad.

27. El principio de idoneidad consiste en que la restricción propuesta sea la idónea para obtener un fin, constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente.

28. Según la Primera Sala de la SCJN, esta primera fase del test consiste en identificar si la medida restrictiva persigue *una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad*

contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo. (TA) Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.) Primera Sala de la SCJN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, pág. 902.

Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y
Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios
Teléfono: (722) 2 26 19 80 * Centro de atención telefónica: 01 800 821 04 41

Pino Suárez S/N, actualmente Carretera Toluca-Ixtapan No. 111,
Col. La Michoacana, Metepec, Estado de México, C.P. 52166

www.infoem.org.mx

de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental.⁶

29. También debemos de considerar que la misma Sala requiere que *el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador.⁷*

⁶ PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos. (TA) Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.) Primera Sala SCJN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pag. 915.

⁷ SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas. (TA) Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.) Primera Sala de la SCJN, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Pag. 911.

30. Lo que nos conduce, en este caso, a preguntarnos: ¿acceder a las trayectorias académica y laboral de la directora de ese jardín de niños permite obtener una finalidad constitucionalmente válida?

31. Comenzaré por señalar la finalidad constitucionalmente válida que se persigue, que no es otra sino permitirle a las personas y, a través de ellas, a la comunidad, indagar si los particulares que prestan el servicio educativo en ese jardín de niños, cumplieron con los requisitos para obtener la autorización por parte de las autoridades y si éstas, al emitir la autorización, cumplieron con la revisión de dichos requisitos. Conocer lo anterior permite considerar si se está respetando el derecho de los niños, que acuden a dicho centro educativo particular, a acceder a la educación de calidad en lo que corresponde a la idoneidad de la directora para desempeñar dicho cargo. La finalidad constitucionalmente válida, existe ya que como se ha señalado el derecho a la educación de calidad se reconoce en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

32. Entregar las trayectorias académica y profesional de la directora permitirá que las personas conozcan si esta persona cursó estudios profesionales en materia educativa, si ha tomado otros cursos o especialidades en la materia. Conocer su trayectoria profesional permitirá conocer en qué lugares ha trabajado previamente y con qué cargos. Todo lo anterior permitirá que las

personas se generen una opinión informada para valorar si esta persona cuenta con la formación académica y la experiencia necesaria para ocupar ese cargo de especial relevancia.

33. La medida implica restringir el derecho a la protección de datos personales solamente en lo que corresponde a la entrega de la información consistente en qué estudios profesionales tiene, en qué instituciones educativas los cursó, en qué lugares trabajó antes y con qué puesto o cargo. No se ordena entregar calificaciones, tampoco datos adicionales como sueldo, o cualquier otro datos personal que pudiera contener dichos documentos como matrícula, registro de población, o cualquier otro similar, por lo que no limita de manera desproporcionada o innecesaria el derecho a la protección de datos personales.

34. En este caso, como se ha dicho el fin, constitucionalmente legítimo, consiste en verificar que se respete el derecho humano de los menores a acceder a la educación de calidad, lo que se logra si quien dirige a la escuela y quien se encuentra frente al grupo, son personas idóneas para desempeñar dichos cargos.

35. En este caso, acceder a la información relacionada con la trayectoria académica y profesional de la directora, es la medida idónea, ya que permite

conseguir un fin constitucionalmente válido y, tal y como se ordena, es la medida menos restrictiva y no anula, de manera absoluta, el derecho a la protección de datos personales.

b) Segundo juicio: el de necesidad.

36. Como he dicho antes, el juicio o principio de necesidad, tienen como finalidad acreditar que *no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados*, según el Tribunal Constitucional de Colombia, o bien, *corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental*,⁸ según la Primera Sala de la SCJN.

⁸ **TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.** Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un **test de proporcionalidad** en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró

37. En lugar de ordenar la entrega de las trayectorias profesional y laboral de la directora del jardín de niños, se podría ordenar la entrega de la autorización que emite la autoridad y no a la documentación que compruebe que el particular cumplió con los requisitos legalmente establecidos, considerando que los actos de autoridad cuentan con la presunción de legalidad y de legitimidad.

38. Con esta medida se protegería de manera absoluta el derecho a la protección de los datos personales de la directiva escolar, pero quien solicita la información, y con esta persona, la comunidad en su conjunto, se vería impedida para cuestionar la actuación de las autoridades. El derecho de acceso a la información pública es, como ya se dijo antes, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una herramienta fundamental para ejercer *el control democrático de las gestiones estatales de forma tal que* (las personas) *puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas, fomentando la transparencia de las*

adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto. (TA) Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.), Primera Sala de la SCJN, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II Pag. 914.

actividades estatales y promoviendo la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.⁹

39. En este caso, acceder a la información relacionada con la trayectoria académica y profesional de la directora, es la medida necesaria, ya que no hay una medida que pueda sustituirla, para que las personas verifiquen, cuestionen, indaguen, si los particulares cumplieron con los requisitos establecidos en la ley y si la autorización de las autoridades respondió a ese cumplimiento o a finalidades ajenas a lo dispuesto por la norma.

40. Para que las personas, y a través de ellas, la comunidad, conozcan y verifiquen que esa escuela particular cumple con los requisitos legalmente establecidos y que la autoridad ha actuado correctamente al otorgar la autorización, resulta necesario que accedan a la información que permita acreditar el cumplimiento de dichos requisitos, en este caso, la formación académica y la trayectoria laboral de la directora.

41. En consecuencia, acceder a esta información es estrictamente necesario para verificar que los particulares cumplen con los requisitos legales, que la autoridad ha actuado correctamente al otorgar la autorización y, en

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C. No. 151. Párrs. 86 y 87.

consecuencia, que el derecho a la educación de los menores se respeta adecuadamente.

c) Tercer juicio: Estricta proporcionalidad.

42. ¿La medida ordenada es la menos invasiva de la intimidad de la persona?

Recordemos que en términos de la Primera Sala de la SCJN, *en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.*

43. Al respecto puedo señalar que se ordena entregar la trayectoria académica y profesional de la directora porque es la medida necesaria para que las personas revisen si el particular ha cumplido con los requisitos para obtener la autorización para impartir educación y, cuestionar si la autoridad se apegó a los requisitos que establece la ley para emitir su acto de autoridad. Al ordenarse la entrega de la información requerida pero en versión pública, y esto hay que enfatizarlo, en versión pública, se pretende que la invasión a la intimidad de la persona sea estrictamente proporcional, de tal forma que prevalezca el interés público ya señalado

44. antes pero que no se cancele, de manera absoluta, el derecho a la protección de datos personales de la directora del jardín de niños.

45. La versión pública protegerá información que puede contener los documentos que se entreguen, tales como: domicilio particular, Clave única de registro de población, registro federal de contribuyentes, incluso calificaciones, promedios, fotografía, entre otros. Ya que lo único que se debe señalar y dejar visible es el grado académico obtenido y los cursos o especialidades, con que cuente la directora, así como los cargos que haya desempeñado previamente, lo que es información estrictamente necesaria para verificar si cumple con el perfil idóneo para desempeñar ese cargo y, en consecuencia, que el particular, garantiza adecuadamente el derecho a la educación de los menores y que la autoridad ha cumplido al otorgar una autorización en estricto apego a la ley. El resto de los datos personales que no se relacionen directamente con dicha finalidad, seguirá gozando de la protección que la Constitución le reconoce, por ello es que podemos señalar que la medida ordenada resulta estrictamente proporcional.

46. Dicho lo anterior es que podemos señalar, sin dudar, que se cumple estrictamente con el juicio de proporcionalidad que justifica que se ordene la entrega de esta información, en versión pública, sin que sea necesario recabar

el consentimiento de la titular de los datos personales consistentes en:
trayectoria académica y profesional.

VI. Del supuesto estado de indefensión de la titular de los datos personales

47. Ha señalado la minoría que la resolución provoca una afectación adicional a la directiva escolar porque no le permite acudir a algún medio de defensa. Al esgrimir este argumento, la minoría incumple con su deber de lealtad democrática ya que omite señalar que la ley no establece, en el desahogo del recurso de revisión que recae frente a una respuesta a una solicitud de acceso a la información, la comparecencia de la titular del dato personal. Quizá y muy forzosamente, a través de alguna audiencia para mejor proveer, se pudo intentar la comparecencia de la titular para recabar su consentimiento. Pero digo que la minoría incumple con su deber de lealtad democrática porque oculta señalar que quien pudo convocar a esta diligencia fue precisamente uno de los comisionados que conforman la minoría, y a quien correspondió, en un primer turno, proyectar la resolución, pero no hizo nada al respecto.

48. La resolución que ahora se aprueba, se presentó luego de que el ponente inicial cerrara instrucción y sometiera al pleno un proyecto de resolución que fue rechazado y returnado a la nueva comisionada ponente, que formaba parte de la mayoría que rechazó el proyecto inicial. La comisionada ya no

estaba en condiciones de convocar a diligencias porque la instrucción se había cerrado.

49. Incumple la minoría, con su obligación de lealtad democrática, porque omite señalar que las disposiciones jurídicas no permiten notificar la resolución al titular de los datos personales para que, de considerar que ésta le cause algún agravio, acuda al juicio de amparo. No lo permite porque el procedimiento no lo considera como parte en el mismo.

50. Pero la minoría oculta, en su argumento, que esta resolución, como cualquier otra, será publicada en su versión pública, en nuestro sitio electrónico oficial, con lo que cualquier persona puede acceder a ella, incluso la titular de los datos personales, quien no necesita que seamos nosotros quien le reconozca su derecho de acción para, de ser el caso, impugnar la resolución, vía juicio de amparo.

51. Oculta la minoría que en cualquier otra resolución, aprobada incluso por ellos, el resolutivo que se refiere a la posibilidad del juicio de amparo se manifiesta sólo para el caso del recurrente y no para el titular de los datos personales.

VII. Conclusión

52. En virtud de que en la resolución se acreditó claramente el marco normativo que faculta al sujeto obligado a poseer dicha información y toda vez que el régimen constitucional de acceso a la información incluye toda la que se encuentre en posesión del sujeto obligado, es procedente la entrega de la información requerida sin requerir el consentimiento previo de la titular de los datos personales, lo anterior es así porque se relaciona con la protección de derechos de terceros y en virtud de que su entrega, en versión pública, cumple con la prueba de interés público que se formula en la presente opinión particular.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ
COMISIONADO
(Rúbrica)

JGLH/SAVP.