

2°2019. Año del Centésimo Aniversario Luctuoso de **Emiliano Zapata Salazar**, el Caudillo del Sur".
Memorándum número: INFOEM/COM-JGLH/COOR/755/2019
Metepec, Estado de México a 19 de Agosto de 2019

LICENCIADO ALEXIS TAPIA RAMÍREZ
SECRETARIO TÉCNICO 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 a la resolución definitiva presentada en la vigésima novena sesión de este pleno:

04249/INFOEM/IP/RR/2019. Municipio de Atizapán de Zaragoza.

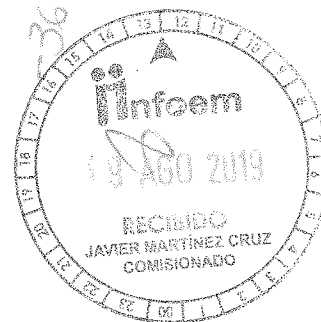
Con el fin de que se agregue a la resolución definitiva correspondiente para su archivo y resguardo.

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

A TENTAMENTE


LIC. SOLEDAD ALICIA VELÁZQUEZ DE PAZ

COORDINADORA DE PROYECTO



c.c.p. Maestro Javier Martínez Cruz. Comisionado .Para su conocimiento.

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 04249/INFOEM/IP/RR/2019.

LÍNEAS ARGUMENTATIVAS

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

Documentos como el título profesional o análogo, 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 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.

Índice.

| | |
|---|----|
| I. Consideraciones Generales | 2 |
| II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión. | 3 |
| III. La naturaleza de la función pública que se desempeña. | 5 |
| IV. Acceso a la información versus protección de datos personales. | 5 |
| a) Juicio de idoneidad. | 8 |
| b) Juicio de Necesidad. | 9 |
| c) Juicio de estricta proporcionalidad. | 10 |
| V. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad. | 14 |

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 Vigésima Novena Sesión Ordinaria celebrada el día catorce (14) de agosto del dos mil diecinueve, en el recurso de revisión interpuesto en contra del **Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza**, procedimiento al que le fue asignado el número de expediente al rubro indicado.

2. La resolución determina puntualmente **REVOCAR** la respuesta y ordena al Sujeto Obligado atienda la solicitud de información número

00345/ATIZARA/IP/2019, y haga entrega vía SAIMEX, en versión pública de resultar procedente, previa búsqueda exhaustiva y razonable, en términos del Considerando CUARTO y QUINTO de esta resolución:

1. **Del Titular de la Unidad de Transparencia, certificado de competencia en materia de acceso a la información y protección de datos personales, emitido por el Infoem.**

Para la entrega en versión pública, deberá emitir el Acuerdo del Comité de Transparencia en términos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, en el que funde y motive las razones sobre los datos que se supriman o eliminen y se ponga a disposición del Recurrente.

En el caso de que la información ordenada no obre en los archivos del Sujeto Obligado, con la finalidad de dar certeza al Recurrente, el Sujeto Obligado deberá emitir una resolución en la que se decrete la inexistencia de la información por parte del Comité de Transparencia en términos de lo que señalan los artículos 49 fracciones II y XIII, 169 fracción II y 170 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, el cual habrá de hacerse del conocimiento del Recurrente.

II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.

3. En ejercicio del derecho constitucional que le asiste al particular, quien formuló una solicitud de información dirigida hacia el **Ayuntamiento de Atizapán de Zaragoza**, en la cual planteó lo siguiente:

*“SOLICITO LAS CERTIFICACIÓN OTORGADA POR EL INFOEM DEL
O LOS RESPONSABLES DE TRANSPARENCIA.” (Sic)*

4. El **SUJETO OBLIGADO** en respuesta a la solicitud de información proporcionó la siguiente información:

“...En relación a su solicitud de información con número de folio 00345/ATIZARA/IP/2019. Con fundamento en el artículo 59 fracción II de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, hago de su conocimiento la información que obra en la Subdirección de Recursos Humanos, adscrita a la Dirección de Administración y Desarrollo de Personal. Sin otro en particular por el momento quedo de Usted. ATENTAMENTE DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y DESARROLLO DE PERSONAL” (sic)

Asimismo, adjuntó el archivo denominado **Respuesta RH 00345.pdf**, mismo que consiste en el memorándum 194 el cual refiere... *que para la Certificación de la que hace mención, esta será generada una vez que el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México (INFOEM), emita la convocatoria correspondiente, en la cual se certificará al personal que le sea requerido dicha acreditación.” (Sic)*

5. Mi voto particular se deriva del hecho de que se haya ordenado la entrega del certificado de competencia en materia de acceso a la información y protección de datos personales, testando la fotografía, como una medida necesaria para protegerla, dada su naturaleza como dato personal, 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.

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

6. En el caso en estudio, entre la información que se solicitó se deberá de entregar el certificado de competencia en materia de acceso a la información y protección de datos personales del servidor público que ostenta el cargo, para lo cual el Sujeto Obligado en cumplimiento a la resolución sobre el punto de la solicitud, debe de entregar el certificado de competencia corresponde al servidor público que ostenta el cargo.

7. En este sentido, coincidiendo en todas las partes en las que fue planteada y resuelta la resolución, no comparto el hecho de que se haya ORDENADO la entrega del certificado de competencia testando la fotografía.

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

8. Para que quienes se 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.

9. El acceder a la copia del certificado de competencia o cualquier otro documento que acredite la competencia, 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.

10. 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 documento como es un certificado de competencia.

11. 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.

12. 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.**

13. El derecho de acceso a la información se plantea a través de la solicitud del particular para obtener el documento que acredite la certificación de competencia del servidor público que ostenta el cargo o cualquier otro documento relacionado, 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 de la certificación como la expedición 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 la persona que desempeñan tal cargo 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.

14. Para que el particular vea satisfecha su pretensión y su derecho sea respetado, es necesario que acceda al documento que acredita la certificación de competencia 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 y el momento actual. Impedir el acceso a alguno de los elementos que integran dicho documento 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.

15. 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 certificado de competencia 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.

16. 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.

17. En consecuencia, es que resulta legítimo ordenar la entrega del documento correspondiente al certificado de competencia en materia de acceso a la información y protección de datos personales, sin que se ordene testar la fotografía, con la finalidad de respetar plenamente el derecho del particular.

18. Apoya este voto lo señalado por el Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI) en el criterio 15/17 “Fotografía en título o cédula profesional es de acceso público.” y el 5-09 por el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública “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”.

Fotografía en título o cédula profesional es de acceso público. Si bien la fotografía de una persona física es un dato personal, cuando se encuentra en un título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse como confidencial, en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en dichos

documentos oficiales. De esta manera, la fotografía contenida en el título o cédula profesional es pública y susceptible de divulgación.

Resoluciones:

- *RRA 3777/16. Secretaría de Comunicaciones y Transportes. 07 de diciembre de 2016. Por unanimidad. Comisionada Ponente María Patricia Kurczyn Villalobos.*
- *RRA 0047/17 y acumulado. Instituto Federal de Telecomunicaciones. 01 de marzo del 2017. Por unanimidad. Comisionado Ponente Rosendoevgueni Monterrey Chepov.*
- *RRA 1189/17. Servicio de Información Agroalimentaria y Pesquera. 03 de mayo de 2017. Por mayoría, con voto disidente del Comisionado Joel Salas Suárez. Comisionada Ponente Ximena Puente de la Mora*

Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial. En términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se considera información confidencial los datos personales que requieren el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización. Por su parte, según dispone el artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dato personal es toda aquella información concerniente a una persona física identificada o identificable. En este sentido, las fotografías constituyen la reproducción fiel de las características físicas de una persona en un momento

determinado, por lo que representan un instrumento de identificación, proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, las fotografías constituyen datos personales y, como tales, susceptibles de clasificarse con el carácter de confidenciales. En esa tesitura, las fotografías de servidores públicos deben clasificarse con el carácter de confidenciales, considerando que no se advierte la existencia de algún elemento -reflejo del desempeño, idoneidad para ocupar un cargo, entre otros- que justifique su publicidad. Lo anterior es así, salvo en aquellos casos en los que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión.

Expedientes:

1730/07 Procuraduría Federal de Protección al Ambiente - Alonso Lujambio Irazábal

4358/08 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública - Alonso Lujambio Irazábal

1180/09 Secretaría de la Función Pública - Jacqueline Peschard Mariscal

1393/09 Secretaría de Energía - Alonso Gómez-Robledo V.

1844/09 Servicio de Administración Tributaria - Jacqueline Peschard Mariscal

19. Los certificados de competencia 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 en la materia seleccionada para tal fin, luego entonces este tipo de documentos se equipara en cuanto a un título profesional o cedula para acreditar los conocimientos adquiridos.

V. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

20. 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.

21. 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. 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.

22. 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 vivienda privada o en espacios industriales o comerciales y de si se ven afectados terceros no sospechosos y del número de estos".¹

23. En el caso de la solicitud de acceso a la información promovida por particular es evidente que las personas que ocupan los cargos en la administración pública no sólo han ingresado al servicio público, sino que además detentan cargos de alta responsabilidad; por lo que hace a la circunstancia de la información requerida, el certificado de competencia que se rigen por la concurrencia de una serie de elementos, todos los cuales resultan indispensables para acreditar que una persona determinada cuenta con la habilidades respectivas.

24. 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:

¹ 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.

*“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)”.*²

25. En el presente recurso, puede señalarse que la expedición del certificado de competencia tiene como finalidad el acreditar que una persona determinada cuenta con las habilidades necesarias, lo que resulta indispensable para efectos de su cargo 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 las habilidades en la materia respectiva, 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

² 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.

administración pública y, más aún, cuando se trata de cargos directivos que, para ser ocupados, deben cumplir con determinados requisitos de profesión expresamente señalados por la ley. Visto lo anterior es evidente que nos encontramos en la esfera de los incidentes públicos y no en el ámbito privado.

26. Es en atención a las consideraciones antes señaladas el certificado de competencia se integran por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitablemente que una persona determinada cuenta con el conocimiento y habilidad en una materia específica, la cual se acredita con el documento que le fue expedido. Para que el particular pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele el documento íntegro, 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)

JGLH/MSA