

**VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 01979/INFOEM/IP/RR/2019 y acumulados.**

**Resumen del voto:** Los pronunciamientos simples que realicen los Sujetos Obligados, deben estar debidamente motivados, debiendo explicar de manera clara y precisa las causas por las que no se cuenta con la información requerida, a efecto de brindar certeza jurídica de la omisión a la entrega de la información por no poseer, generar o administrar lo solicitado.

La fotografía en la cédula o título profesional, 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, permitirá a la ciudadanía conocer con toda certeza si los servidores públicos asignados en los cargos cuentan 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.

La fotografía en el título profesional, 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 currículum vitae es un documento elaborado de manera ex profeso para acreditar la idoneidad o experiencia para desempeñar un cargo público.

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

El currículum vitae se circunscribe directamente a la esfera de las actividades públicas que realiza la persona y no en el terreno de su intimidad.

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

## Índice.

I. Consideraciones Generales .....	3
II. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.....	6
III. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.....	8
IV. Del Pronunciamiento simple.....	13
V. Del artículo 19 de la ley de la materia.....	18
VI. La naturaleza de la función pública que se desempeña.....	23
VII. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.....	27
VIII. Publicidad de la Firma de los Servidores Públicos.....	30
IX. Acceso a la información versus protección de datos personales.....	31
X. Conclusión.....	34

### I. Consideraciones Generales

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 Primera

Sesión Ordinaria celebrada el día cinco (05) de junio del dos mil diecinueve, en el recurso de revisión interpuesto por el particular, en contra de la falta de respuesta del **Ayuntamiento de Tecámac**, procedimientos los que les fue asignado el número de expediente **01979/INFOEM/IP/RR/2019, 1980/INFOEM/IP/RR/2019, 01981/INFOEM/IP/RR/2019 y 01983/INFOEM/IP/RR/20199.**

1. La resolución puntualmente determina **ORDENAR** al Sujeto Obligado, en términos de los Considerandos Cuarto y Quinto de esta resolución, haga entrega vía SAIMEX, en versión pública de los documentos en los que conste lo siguiente:

1. *Del Auxiliar Administrativo de la Dirección de Desarrollo Urbano y Secretario Técnico de la Presidencia Municipal, adscritos a la administración pública municipal 2019-2021.*
  - 1.1. *Documentación comprobatoria del grado de estudios.*
  - 1.2. *Nombramiento.*
  - 1.3. *Recibos de nómina de la segunda quincena de enero de dos mil diecinueve.*
2. *De la persona referida en la solicitud 00134/TECAMAC/IP/2019.*
  - 2.1. *Documentación comprobatoria del grado de estudios.*
  - 2.2 *Nombramiento o documento análogo.*
  - 2.3 *Recibos de nómina de la segunda quincena de enero de dos mil diecinueve.*
3. *Tabulador de sueldos y salarios vigente al trece de febrero de dos mil diecinueve.*

*Para lo cual se deberá emitir el Acuerdo del Comité de Transparencia de conformidad con 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 del documento que se ordena, mismo que igualmente se hará de conocimiento del Recurrente.*

*En caso de que no cuente con la información de la cual se ordena su entrega en el punto 2, bastará con que así lo haga del conocimiento del particular.*

2. Estando de acuerdo con la resolución formulada por el comisionado ponente, mi voto particular se formula considerando lo siguiente:

a) No solo basta con el simple pronunciamiento que el **SUJETO OBLIGADO** realice al momento de dar cumplimiento a la misma, sino que deberá manifestar de manera precisa y clara las razones que expliquen las causas por las que no se haya poseído, generado y/o administrado la información solicitada;

b) Para que el solicitante pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería ordenarse la entrega de los documentos que acrediten la escolaridad y experiencia profesional y laboral sin testar la fotografía y firma de los servidores públicos.

3. Por tales motivos 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. De los requerimientos planteados en el recurso de revisión.

4. En ejercicio del derecho constitucional que le asiste al particular, formuló solicitudes de información dirigidas hacia el **Ayuntamiento de Tecámac**, en las cuales planteó lo siguiente:

### **Solicitud 00131/TECAMAC/IP/2019**

*"Solicito documentacion comprobatoria de grado de estudios o su equivalente, nombramiento y salario del C. Carlos Galindo Bertaud Secretario Tecnico del Ayuntamiento de Tecamac 2019 - 2021." (sic)*

### **Solicitud 00133/TECAMAC/IP/2019**

*"Solicito documentacion comprobatoria de grado de estudios o su equivalente, nombramiento como Subdirector de Desarrollo Urbano y salario del C. Jose Jesus Vergara Parra dentro del Ayuntamiento de Tecamac 2019 - 2021." (sic)*

### **Solicitud 00134/TECAMAC/IP/2019**

*"Solicito documentacion comprobatoria de grado de estudios o su equivalente, nombramiento y salario del C. Fabiola Rodriguez Patiño dentro del Ayuntamiento de Tecamac 2019 - 2021." (sic)*

### **Solicitud 00136/TECAMAC/IP/2019**

*"Solicitar tabulador de sueldos y salarios vigente a partir del 1° de Enero de 2019 de todas las areas y adscripciones del Ayuntamiento de Tecámac." (sic)*

5. Bajo esas consideraciones la Ponencia que resuelve el recurso de revisión para no realizar una afectación al derecho de acceso a la información del particular, decidió por cuenta propia entrar al estudio y análisis del asunto a efecto de verificar si existe fuente obligacional por parte del **Ayuntamiento de Tecámac**, y así ordenar que se realice una búsqueda exhaustiva en los archivos del **SUJETO OBLIGADO**.

6. Por lo que respecta al análisis que realizó el ponente se observó que el **SUJETO OBLIGADO** no colmó la solicitud de información, por lo que se **ORDENA al Ayuntamiento de Tecámac**, hacer entrega de la documentación que colmara el derecho humano de acceso a la información pública del particular; sin embargo esta Ponencia observó que la resolución puntualmente indica lo siguiente:

*En caso de que no cuente con la información de la cual se ordena su entrega en el punto 2, bastará con que así lo haga del conocimiento del particular.*

7. Por esa razón, el ponente se manifestó al respecto enfatizando que en el caso de que el **SUJETO OBLIGADO** no cuente con la información, bastará con que se pronuncie al respecto y lo haga del conocimiento del particular.

8. Por tal motivo el **SUJETO OBLIGADO** en cuestión debe de demostrar que no genera, posee o administra la información que requiere el particular, debiendo motivar su respuesta en función de las causas que hayan generado tales circunstancias.

### III. Del Derecho de Acceso a la información pública y el deber de motivar.

9. Resulta necesario establecer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental reconocido a todas las personas en el artículo 6 de la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, 13 párrafos 1 y 2 del **Pacto de San José de Costa Rica**, 11, 12, 13 de la **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública** y 5 de la **Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México**; y, razón por la cual todos los órganos del Estado están obligados no sólo a reconocerlo sino aún más, a salvaguardarlo y en caso de contravención, a este Instituto le corresponde restituirlo.

10. En efecto, el derecho fundamental de acceso a la información pública se desarrolla en varias vertientes:

- Impone al Estado la obligación de protegerlo. Esto es, es suficiente con que una persona realice una solicitud de información para que la autoridad la atienda y entregue lo solicitado, salvo excepciones limitadas.
- Impone la obligación a todos los organismos de transparentar sus acciones como una forma cotidiana de actuar; de garantizar el acceso a la información pública a través de tener disponible en cualquier momento la información sin necesidad de que medie una solicitud del particular.

- Otorga a todos los documentos en posesión de las autoridades la calidad de públicos y únicamente pueden ser reservados temporalmente por razones de interés público y en los términos expresamente señalados en la ley.
- Este derecho se rige por el principio de máxima publicidad, es decir, la información que generan, administren o posean los organismos públicos son documentos de acceso a cualquier persona y para su restricción debe existir un bien jurídico mayor que proteger.
- Impone al Legislativo la obligación de crear una ley que establezca los procedimientos para su protección, respeto y difusión.
- Impone el derecho de una persona de buscar, **recibir** y difundir información en poder del gobierno u administraciones públicas.

11. Por tanto, para que los **SUJETOS OBLIGADOS** hagan efectivo el derecho de las personas de **buscar, recibir y difundir información pública**, información que los **SUJETOS OBLIGADOS** generen, administren o posean, y que deben poner a disposición de los particulares los documentos en los que conste el ejercicio de sus atribuciones legales o que por cualquier circunstancia obre en sus archivos.

12. Es necesario precisar que la transparencia es un principio jurídico que se concreta especialmente en el derecho fundamental de acceder a la información pública y que la aplicación del principio de transparencia y el respeto y garantía del

derecho de acceder a la información pública, son elementos indispensables para afirmar que existe un verdadero estado social y democrático de derecho, en el cual todas las personas pueden participar activamente en los asuntos que las afecten y una Administración Pública comprometida con el bienestar general.

13. Por otra parte, tenemos la rendición de cuenta pública; que supone la capacidad de las instituciones para hacer responsables a los gobernantes de sus actos y decisiones en los distintos niveles de poder, eso permite evitar, prevenir y en su caso, castigar el abuso de poder.

14. Por lo tanto, el principio de la rendición de cuentas y la transparencia encuentran un objetivo en común, buscar conciliar el interés colectivo con el interés particular de los gobernantes, si los gobernantes, funcionarios, representantes y líderes políticos, es decir, todos los que dispongan de algún poder político, saben que puedan ser llamados a cuentas, que su acción política, su desempeño gubernamental y sus decisiones podrán generar efectos positivos o negativos a su interés personal, tendrán mayor diligencia en el momento de ejercer el poder y atenderán, tanto el interés colectivo como la relación de medios y fines en el quehacer gubernamental, precisamente para que el resultado de sus resoluciones no afecte o perjudique el interés general o el particular de sus gobernados y representados.

15. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adopta la *ratio decidendi* en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que en principio es posible acceder a toda información pública, salvo que la ley de manera justificada, proporcionada y razonable establezca alguna restricción a dicho acceso, de modo que las restricciones están limitadas en el tiempo, pues el principio acogido es el de la máxima publicidad. Obviamente, este acceso se garantiza sin menoscabo de la intimidad de la vida privada y de los datos personales.

16. Por estas razones las leyes de transparencia y acceso a la información en México, tienen como objetivo primordial el garantizar que los ciudadanos puedan solicitar documentos que poseen las instituciones gubernamentales.

17. En efecto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, su propósito es transparentar el ejercicio de la función pública, tutelar y garantizar a toda persona, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, a sus datos personales, así como a la corrección y supresión de éstos y proteger los datos personales que se encuentren en posesión de los sujetos obligados.

18. Derivado de dicha obligación se impone también la obligación de preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de

los medios electrónicos disponibles, la información que posean generen o administren de forma completa y actualizada.

19. Bajo la tesitura de lo anteriormente expuesto se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.

20. Por lo que si en los puntos resolutivos se está ordenando al **SUJETO OBLIGADO** realizar una búsqueda de la información solicitada, y entregarla al particular ya no cabe la manifestación simple y llana, sino que se deben observar dos puntos importantes:

- Si la posesión de la información es de carácter inexcusable, es decir si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar, poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de Transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia.
- O bien pudiera suscitarse el supuesto aplicable al presente asunto, que la facultad sea de carácter potestativo o que su realización dependa de un carácter externo, en ese caso debe señalarse se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia, en el que detalle las razones del por qué no obra en sus archivos.

21. En razón a las consideraciones antes señaladas es que no puedo compartir el sentido de la resolución adoptada, y me permito manifestar lo siguiente en el presente voto particular:

#### IV. Del Pronunciamiento simple

22. En numerosas ocasiones he mencionado que la fundamentación y motivación es una obligación inherente y fundamental de todas las autoridades independientemente del grado jerárquico con el que cuenten, y en el presente recurso de revisión que hoy nos ocupa no será la excepción en la que señale este aspecto, para lo cual es importante hacer mención lo que el intérprete judicial del país ha establecido en una jurisprudencia respecto a qué debe entenderse por fundamentación y motivación, en los siguientes términos:

*FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.*

*SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.*

*Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S.A. de C.V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.*

*Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.*

*Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.*

*Amparo en revisión 597/95. Emilio Maurer Bretón. 15 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.*

*Amparo directo 7/96. Pedro Vicente López Miro. 21 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.*

23. Así en un acto de autoridad se cumple con la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto y la debida motivación cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

24. Lo anterior a razón de que el Sujeto Obligado se limitó simplemente a manifestar "que no cuenta con la información" tal respuesta es considerada como un pronunciamiento simple; sin embargo, carece de fundamentación y motivación, toda vez que no explica de manera clara y precisa las razones por las que la información no es generada, poseída o administrada y por tanto no obra en los archivos del Sujeto Obligado, lo que en consecuencia contradice en primer lugar el principio de certeza, en razón de que el acto de autoridad que realizó el Secretaría de Finanzas del Estado de México en respuesta a la solicitud carece de

fundamentación y motivación, lo que en consecuencia no brinda seguridad y certidumbre jurídica al particular, imposibilitando conocer si la postura adoptada por el Sujeto Obligado es apegada a derecho; y en segundo lugar el artículo 19 segundo párrafo que señala *“En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia.”*

25. Por lo que si el Sujeto Obligado no genera, administra o posee la información que solicitó el particular, el mismo deberá fundar y motivar debidamente las razones o circunstancias por las que no genera, posee o administra la información precisando de manera clara, las razones que expliquen las causas por las que no se cuenta con la información requerida en el presente asunto.

26. Para precisar los alcances de la fundamentación y motivación a que están sujetos todos los actos de autoridad, es oportuno remitirnos al artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar todo acto que implique una molestia en la esfera de derecho de las personas:

*“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”*

27. De este precepto se deduce que en el régimen jurídico mexicano, la fundamentación y motivación de los actos o resoluciones no es exclusiva de los órganos judiciales o jurisdiccionales, sino que se extiende a todas las autoridades.

28. En este contexto, en todo acto que la autoridad pronuncie en el ejercicio de sus atribuciones, debe expresar los fundamentos legales que le dieron origen y las razones por las que se deben aplicar al caso concreto.

29. Entonces, la fundamentación y motivación consiste en la obligación que tiene todo ente público de expresar los preceptos jurídicos aplicables al asunto motivo del acto y las razones o argumentos de su actuar.

30. Han sido vastos los estudios doctrinarios relativos a estos derechos fundamentales y al principio de legalidad en ellos contenidos; como ejemplo, el procesalista José Ovalle Fabela, en su obra "Garantías Constitucionales del Proceso", refiere que "...la garantía de fundamentación impone a las autoridades el deber de precisar las disposiciones jurídicas que aplican a los hechos de que se trate y que sustenten su competencia, así como de manifestar los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones, todo lo cual se debe traducir en una argumentación o juicio de derecho. Pero de igual manera, la garantía de motivación exige que las autoridades expongan los razonamientos con base en los cuales llegaron a la conclusión de que esos hechos son ciertos, normalmente a partir

del análisis de las pruebas, lo cual se debe exteriorizar en una argumentación o juicio de hecho....”

31. Así, en un acto de autoridad se surte la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto y la debida motivación cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

32. En consecuencia, la fundamentación y motivación implica que, en el acto de autoridad, además de contenerse los supuestos jurídicos aplicables se expliquen claramente por qué a través de la utilización de la norma se emitió el acto. De este modo, la persona que se sienta afectada pueda impugnar la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa.

33. Es de mencionar que en caso de que el **SUJETO OBLIGADO**, no contara con la información solicitada por no encontrarse dentro de sus facultades, competencias o funciones, deberá demostrarlo de manera fundada y motivada, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de la materia, el cual establece que:

*“Artículo 20. Ante la negativa del acceso a la información o su inexistencia, el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley o, en su caso, demostrar que la información no se refiere a alguna de sus facultades, competencias o funciones.”*

34. Por lo anteriormente expuesto, se concluye que para los casos en que la información que el particular solicitó sea inexistente de acuerdo con el artículo 20 de la Ley, la autoridad debe informar al particular especificando los elementos que le permitan tener la seguridad de que los criterios de búsqueda fueron exhaustivos, así como señalar detalladamente las circunstancias que generaron la inexistencia de la información, de manera que la autoridad no puede únicamente informar al solicitante sobre la inexistencia de determinada información, sino que debe hacerse todo lo necesario para satisfacer el derecho reclamado por el particular.

35. Tal circunstancia no puede tener como resultado el simple pronunciamiento de la inexistencia de la información solicitada, sino por el contrario, en estos casos las autoridades deberán fundar y motivar las razones por las que no cuentan con la información ya sea porque no realizaron dichos actos o porque no se encuentran en el ámbito de sus atribuciones.

#### V. Del artículo 19 de la ley de la materia.

36. Para poder comprender lo que la **“presunción de la información”** implica, es necesario analizar lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, que a la letra señala lo siguiente:

*“Artículo 19. Se presume que la información debe de existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.*

*En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe motivar la respuesta en función de las causas que motiven tal circunstancia.*

*Si el sujeto obligado, en el ejercicio de sus atribuciones, debía generar poseer o administrar la información, pero ésta no se encuentra, el Comité de transparencia deberá emitir un acuerdo de inexistencia, debidamente fundado y motivado, en el que detalle las razones del por qué no obra en sus archivos”.*

37. Derivado del artículo anterior y con la finalidad de entender la naturaleza del mismo, se procede a realizar un análisis deductivo, siendo que este es una estrategia de razonamiento que se emplea para deducir conclusiones lógicas a partir de una serie de premisas o principios y cuyo proceso de pensamiento va de lo general a lo particular, por lo que se desprende que el precepto legal citado, está compuesto por las siguientes hipótesis.

a) **Existencia y presunción implícita o explícita de la información.**

38. Esta hipótesis señala que se presume que la información debe de existir en archivos del **SUJETO OBLIGADO**, en razón de que éste tiene la obligación, facultad y/o competencia de generar la misma, para robustecer lo anterior se anexa el siguiente criterio;

**EXISTENCIA DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA, PRESUNCIÓN IMPLÍCITA O EXPLÍCITA DE LA.** La obligación constitucional de documentar todo acto que derive del ejercicio de las facultades, competencias o funciones de los Sujetos Obligados, encuentra expresión legal en los artículos 19 de la Ley General de Transparencia y de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México. Disposiciones que en su primer párrafo establecen que se presume la existencia de la información cuando ésta se encuentre relacionada con las facultades, competencias o funciones señaladas en la ley. Esta presunción puede ser explícita, cuando las disposiciones jurídicas expresamente señalan el tipo concreto de información, por ejemplo, cuando se establece la facultad de un sujeto obligado de aprobar un presupuesto de egresos; o implícita, cuando se infiere directa o indirectamente del propio texto normativo la existencia de la información, aun cuando ésta no se enuncie de manera precisa en la norma, por ejemplo, un decreto que sin crear a un sujeto obligado, le cambia el nombre, que de manera expresa no se encuentra enlistado en la primera fracción de los artículos que establecen las obligaciones de transparencia comunes pero que si forma parte del marco normativo aplicable.

b) **Inexistencia de la información, por la falta de acción de un interesado.**

39. Esta hipótesis señala que para el caso de que el **SUJETO OBLIGADO** no haya generado la información, en razón de que la autoridad responsable no se encontró en la exigencia de ejercer las facultades, competencias y atribuciones que la ley le confiere para generar información, ya que no existió particular alguno que realizara una solicitud de acceso a la información.

40. Por lo anterior y si fuera el caso, el **SUJETO OBLIGADO**, deberá señalar de manera fundada y motivada las razones que lo llevaron a la falta de su generación, asimismo se anexa el siguiente criterio.

**INEXISTENCIA DE LA INFORMACIÓN, SUPUESTOS PARA MANIFESTAR LA.** A diferencia de la Ley General, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México establece, en su artículo 19, dos supuestos generales para proceder en el caso de información inexistente pero cuya existencia se presume por relacionarse con las facultades, competencias y funciones legales de los sujetos obligados. El primer supuesto, que corresponde a lo señalado en su segundo párrafo, alude a actos no realizados y contemplados en alguna hipótesis jurídica pero a) cuya realización dependa de que un tercero demande la emisión de un acto de autoridad, la expedición de una licencia, por ejemplo; b) de un acontecimiento de realización

probable, la Cuenta Pública correspondiente a un ejercicio fiscal en curso, por ejemplo; o, C) una facultad potestativa, la firma de convenio de colaboración, por ejemplo. En estos casos, el Sujeto Obligado, al emitir su respuesta o cumplir con una resolución emitida por éste órgano garante, deberá manifestar, de manera precisa y clara, las razones que expliquen las causas por las que no se ha realizado el acto de autoridad y, en consecuencia, no se ha documentado decisión alguna.

c) **Inexistencia de la información, por incumplimiento de obligación o circunstancias ajenas al SUJETO OBLIGADO.**

41. Esta hipótesis prevé que el **SUJETO OBLIGADO** sí debió generar la información solicitada, en razón de que es una de sus facultades, atribuciones y competencias, pero no lo hizo, o bien si fue generada poseída y/o administrada por el mismo, pero ya no obra en sus archivos, en consecuencia y en ambos casos, la autoridad responsable deberá manifestar de manera fundada y motivada las razones que expliquen las causas que llevaron ante tal situación -se anexa el siguiente criterio-.

**INEXISTENCIA DE LA INFORMACIÓN, SUPUESTOS PARA EMITIR LA RESOLUCIÓN DE LA.** A diferencia de la Ley General, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México establece, en su artículo 19, dos supuestos generales para

proceder en el caso de información inexistente pero cuya existencia se presume por relacionarse con las facultades, competencias y funciones legales de los sujetos obligados. El segundo supuesto, que corresponde a lo señalado en su último párrafo, alude a: 1.- Actos realizados sobre los cuales a) no se generó, poseyó o administró el documento que registre la información solicitada; **b) habiendo sido generada, poseída o administrada, no se cuenta con la información solicitada;** o bien, 2.- El sujeto obligado fue omiso en el ejercicio de una facultad, competencia o atribución inexcusable. En estos casos, será necesario acreditar que se cumplieron los supuestos del artículo 169 del citado ordenamiento y emitir la resolución que confirme la inexistencia cumpliendo con las formalidades señaladas en el artículo 170 de la misma norma.

## VI. La naturaleza de la función pública que se desempeña.

42. Aunque soy de la plena convicción de que los documentos en los que consta información relacionada con la idoneidad, trayectoria profesional, laboral o política de los funcionarios públicos debe entregarse a las personas que los solicitan, sin testar las fotografías, han sido diversos los recursos de revisión que ha resuelto este Pleno en el que la mayoría ha decidido otorgar una especial protección a las fotografías de los servidores públicos que constan en distintos documentos que forman parte de su expediente laboral y que acreditan su formación profesional.

43. He fijado una posición diferente a la de la mayoría en razón de que la versión pública del curriculum vitae, testando la fotografía, le resta valor al mismo, ya que la simultánea concurrencia del nombre, fotografía, preparación académica y experiencia laboral, es justamente lo que le otorga veracidad total al documento. Y la falta de cualquiera de ellos impide que la persona acceda a la información que pretende para generarse una opinión informada o para, en su caso, ejercer cualquier procedimiento de control administrativo o penal, según considere pertinente.

44. El curriculum vitae se trata de un elaborado, precisamente en el momento en el que el servidor público pretende adquirir esa condición, ya que incluye una fotografía que se vincula a sus referencias profesionales y laborales previas hasta llegar precisamente al cargo que ahora ocupa. Por lo que se puede decir, sin temor a equivocarme, que es un documento actualizable y que se genera precisamente para su entrega en esta ocasión y, en no pocas ocasiones, incluso para su difusión pública en los sitios electrónicos oficiales ya que con el mismo la persona pretende acreditar la autenticidad del documento al tratarse de la misma persona que hace entrega de él, la idoneidad o experiencia para desempeñar un cargo público y generar, en la sociedad, una percepción favorable a su desempeño.

45. Debo decir que, en todos los casos anteriores y en el presente, nos encontramos ante una persona que ejerce su derecho de acceso a la información

pública requiriendo documentos relacionados con servidores públicos, y si bien es cierto que la condición de agente gubernamental no implica que la persona pierda sus derechos, entre ellos, el de protección de datos personales, también lo es que la doctrina interamericana en materia de derechos humanos señala que los funcionarios públicos nos encontramos sujetos a un régimen de excepciones o de protección más limitado,<sup>1</sup> restringido en razón de la naturaleza de la función pública

---

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

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

"1. Recomendaciones a los Estados:

...  
"e. Existe un núcleo de libertad de expresión respecto del cual los Estados no tienen potestad alguna o tan solo una facultad extremadamente limitada de adoptar restricciones que permitan tomar en cuenta las tradiciones, la cultura y los valores locales y esto incluye en particular el discurso político en un sentido amplio, en vista del carácter trascendental de dicho discurso para la democracia y el respeto de todos los derechos humanos, **lo cual implica que las figuras públicas deberían aceptar un mayor grado de escrutinio por la sociedad**". "Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión". Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, de la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 2014.,

en sí misma<sup>2</sup> y del contenido de la propia información que se ha requerido.<sup>3</sup> En este sentido han sido diversos los pronunciamientos de las altas cortes del continente haciendo que prevalezca el principio de máxima publicidad.<sup>4</sup> Por lo que es del todo desproporcionado dictar medidas que, en los hechos, impiden que las personas accedan a la información suficiente para generarse una opinión informada de manera integral y, a partir de ahí, manifestar sus opiniones o iniciar procedimientos administrativos o penales, de apreciar que se hubiera actualizado cualquier irregularidad sancionable.

---

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

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

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

## VII. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

46. Podría señalarse que el criterio que he sostenido constituye una restricción al derecho de protección de datos personales de las personas que desempeñan alguna función pública, lo cual es cierto ya que las mismas disposiciones señalan que ningún derecho es absoluto y es dable establecer límites, siempre y cuando se sujeten a procedimientos estrictos para la adecuada defensa de la dignidad humana y la propia viabilidad de la sociedad democrática, pero además, que exista un esfuerzo adecuado y proporcional de los titulares del derecho para propiciar su debido ejercicio.

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

48. 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*

---

<sup>5</sup> 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.

*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".<sup>6</sup>*

49. En el caso que nos ocupa se trata de personas que, al decidir incursionar en el ejercicio de responsabilidades públicas, han decidido, por sí mismas, someterse al escrutinio de una sociedad democrática. Además y como ya se ha señalado, el currículum vitae no es un documento generado por una persona, entidad o institución distinta, sino que, al contrario, su elaboración es de estricta responsabilidad de la persona que lo presenta, ya que no existen reglas o disposiciones que exijan o determinen que dicho documento cuente, con fotografía, por lo que de ser el caso que dichos documentos cuenten con estos elementos, ello depende exclusivamente de la libre voluntad de la persona. Cuestión distinta en el

<sup>6</sup> 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.

caso de todos aquellos documentos oficiales cuya elaboración exige y obliga a las personas a registrar datos personales. Por lo tanto, es de apreciarse que bajo los criterios de intensidad y del motivo provocado por la persona en cuestión, señalado por el Tribunal Constitucional Alemán, es que el criterio que sostengo es plenamente justificado.

50. 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)".<sup>7</sup>*

51. En el presente recurso, puede señalarse que la elaboración del currículum vitae es sólo responsabilidad de la persona que lo presenta y que sólo a esta persona ha correspondido la decisión libre y autónoma de decidir si incluye o no una

---

<sup>7</sup> 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.

fotografía y, por último y más importante, que dicho documento se ha elaborado de manera ex profeso para explicar a la sociedad el perfil de la persona que ocupa el cargo público en cuestión, por lo tanto, dicho documento se circunscribe directamente a la esfera de las actividades públicas que realiza la persona y no en el terreno de su intimidad.

#### **VIII. Publicidad de la Firma de los Servidores Públicos.**

52. En cuanto a la firma de los servidores públicos, esta no puede ser testa en razón de las funciones que se desempeñan, toda vez cualquier acto de autoridad que se emane, éste deberá constatar por escrito y a la vez firmado para su respectiva validez; de tal circunstancia se desprende que la firma plasmada en los documentos solicitados por el particular puede ser corroborada en aquellos documentos que se haya suscrito el servidor público de acuerdo a las funciones que desempeña, por lo tanto no se puede considera como un dato personal, en razón de que se ejercen actos de autoridad.

53. En términos similares, el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) ahora Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales emitió el criterio número 010-10, que es de la literalidad siguiente:

*“La firma de los servidores públicos es información de carácter público cuando ésta es utilizada en el ejercicio de las facultades conferidas para el desempeño del servicio público. Si bien la firma es un dato personal confidencial, en tanto que identifica o hace identificable a su titular, cuando un servidor público emite un acto como autoridad, en ejercicio de las funciones que tiene conferidas, la firma mediante la cual valida dicho acto es pública. Lo anterior, en virtud de que se realizó en cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en términos de las disposiciones jurídicas aplicables. Por tanto, la firma de los servidores públicos, vinculada al ejercicio de la función pública, es información de naturaleza pública, dado que documenta y rinde cuentas sobre el debido ejercicio de sus atribuciones con motivo del empleo, cargo o comisión que le han sido encomendados.*”

54. Así, en un acto de autoridad se cumple con la debida fundamentación cuando se cita el precepto legal aplicable al caso concreto y la debida motivación cuando se expresan las razones, motivos o circunstancias que tomó en cuenta la autoridad para adecuar el hecho a los fundamentos de derecho.

#### **IX. Acceso a la información versus protección de datos personales.**

55. 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.

56. El al documento que, acredite la 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 integra dicho documento permiten apreciar en todo su valor el contenido de los documentos públicos requeridos.

57. Frente a esa situación, el resto de los integrantes del Pleno del Instituto, han coincidido en la necesidad de testar la fotografía y firma 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 elabora el curriculum vitae.

58. Ahora bien, es importante referir que la publicación de la fotografía en el curriculum vitae se justifica con el hecho de que todo servidor público en el ejercicio de sus funciones debe portar su gafete o credencial que entre otros datos contiene la fotografía, la cual es considerada pública, ya que se estima que la publicidad de la fotografía permite identificar al servidor público que ejerce dicho cargo, empleo o comisión.

59. Por tanto, en esos casos, la fotografía no puede constituir un dato personal que requiere del consentimiento del titular de la información para su difusión, pues constituye un elemento que permite reflejar que la persona que está ejerciendo las funciones, efectivamente es quien ostenta el empleo, cargo o comisión; aunado a que es claro que ésta se reprodujo con el fin de identificar a su titular como servidor público.

60. En este sentido es contradictorio ordenar testar la fotografía y firma en título y curriculum vitae de un servidor público, cuando es un dato eminentemente público en la portación del gafete o credencial que lo acredita e identifica como servidor público que ostenta un cargo, empleo o comisión.

#### X. Conclusión.

61. Por lo mencionado anteriormente, en primer término considero que es de suma importancia que en los casos que el Sujeto Obligado emita un pronunciamiento simple este debe estar debidamente fundado y motivado demostrando las razones o motivos por las que no genera, posee o administra lo solicitado, de tal manera que el particular tenga certeza jurídica de que en todo momento se está actuando con estricto apego a derecho, de lo contrario este instituto como Órgano Garante contribuiría a la afectación al derecho de acceso a la información de los particulares al consentir tales deficiencias por parte de los Sujetos Obligados.

62. El curriculum vitae, título y cédula profesional se integran por un conjunto de elementos cuya concurrencia simultánea permiten identificar clara e indubitadamente que una persona determinada cuenta con el perfil, idoneidad y experiencia para desempeñar un cargo o profesión. Para que el particular pueda acceder en plenitud a su derecho de acceso a la información pública, debería de entregársele la documentación sin que se teste la fotografía y firma.

63. Por tanto, 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/SEV