

VOTO PARTICULAR DEL COMISIONADO JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ EN EL RECURSO DE REVISIÓN 04173/INFOEM/IP/RR/2020.

Líneas Argumentativas.

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.

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

VOTO PARTICULAR



Índice

| | |
|--|----|
| <u>I. Inaplicable en este caso el criterio empleado por la mayoría sobre la protección de la imagen de los servidores públicos.</u> | 3 |
| <u>II. La naturaleza de la función pública que se desempeña.</u> | 6 |
| <u>III. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.</u> | 8 |
| <u>IV. Conclusión.</u> | 10 |

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 séptima sesión ordinaria de fecha diecinueve (19) de noviembre del año en curso, en el recurso de revisión promovido en contra de la respuesta del **Ayuntamiento de Otumba**, procedimiento al cual se le asignó el expediente **04173/INFOEM/IP/RR/2020**.

2. La resolución declara se modifique la respuesta del **SUJETO OBLIGADO** y se entregue en versión pública el curriculum vitae o documento análogo de los servidores públicos desde el nivel operativo hasta mandos superiores adscritos a la presidencia municipal, sindicatura y regidurías, como se muestra a continuación:

“SEGUNDO. Se MODIFICA la respuesta emitida por el SUJETO OBLIGADO y se ORDENA entregar vía SAIMEX y a través de correo electrónico, la información, en versión pública, siguiente:

- *Curriculum vitae o documento análogo de los servidores públicos desde el nivel operativo hasta mandos superiores adscritos a la presidencia municipal, sindicatura y regidurías.*

*El Acuerdo del Comité de Transparencia en términos de los artículos 49 fracción VIII y 132 fracción II 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 dentro del soporte documental respectivo objeto de las versiones públicas que se formulen y se pongan a disposición de **RECURRENTE.**"*

3. Mi voto particular se deriva del hecho de que se ordene la entrega de la información solicitada consistente en el curriculum vitae o documento análogo de los servidores públicos desde el nivel operativo hasta mandos superiores adscritos a la presidencia municipal, sindicatura y regidurías con la fotografía de los servidores públicos testada, como una medida, a juicio de la mayoría, necesaria para proteger, dada su naturaleza como dato personal, razonamiento del que me aparto.

4. Por tal motivo y en términos de lo señalado por el artículo 14 fracción XI del Reglamento Interior del Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios formulo el presente voto particular.

I. Inaplicable en este caso el criterio empleado por la mayoría sobre la protección de la imagen de los servidores públicos.

5. Para quienes integramos a la sociedad y podamos participar en el debate público, manifestar las ideas y ejercer un adecuado control de las acciones de gobierno y fomentar un proceso permanente de rendición de cuentas, se requiere del ejercicio pleno del derecho de acceso a la información pública, así lo considera el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.1, la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo sexto, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México en su artículo quinto y demás disposiciones aplicables.

6. 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.

7. No obstante lo anterior, en todos estos casos he fijado una posición diferente a la de la mayoría en razón de que la versión pública de dichas documentales le resta valor a los mismos, ya que la simultánea concurrencia del nombre, fotografía, profesión, clave o número, institución, fecha de expedición, entre otros elementos, 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.

8. Pero en el caso en cuestión, dicho argumento pierde todo punto de apoyo ya que se trata de documentos elaborados, precisamente en el momento en el que el servidor público adquiere esa condición, ya que incluye todas las 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 idoneidad o experiencia para desempeñar un cargo público y generar, en la sociedad, una percepción favorable a su desempeño.

9. Frente a esa situación, el resto de los integrantes del Pleno del Instituto, han coincidido en la necesidad de testar la fotografía como una medida de protección de la misma en su condición de dato personal, desde su punto de vista no es necesario que el ciudadano acceda a la fotografía para determinar la idoneidad del funcionario. Desde mi perspectiva la reflexión debe situarse en otro terreno ya que, en efecto, no es la fotografía la que permite determinar la respectiva idoneidad profesional, pero si la concurrencia de todos los elementos que integran la documental, lo que permite constatar la acreditación profesional, entre los cuales, la fotografía resulta esencial para determinar la identidad de quien obtiene cuenta con la experiencia profesional para ocupar un cargo.

10. Suponiendo sin conceder, que se trate de una probable colisión de derechos entre el de acceso a la información, del particular y el de protección de datos personales del servidor público, es necesario destacar que ambos cuentan con el mismo valor, son concebidos en los mismos ordenamientos y, en consecuencia, uno no puede prevalecer frente al otro en todos los casos y es obligación del operador constitucional determinar, en cada caso, el grado de intensidad que debe respetarse para que ambos principios prevalezcan y no exista una decisión predeterminada que resuelva, en todos los casos, los asuntos; ya que ello implicaría la determinación de jerarquías entre los derechos que no pueden existir ya que eso nos situaría en un estado de franca inconstitucionalidad según lo establecido en el artículo primero de la Constitución Federal y contrario a las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.

11. En estos casos, el intérprete externo y los ius publicistas recomiendan realizar un juicio de ponderación que se rige por la exigencia de observar tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de estricta proporcionalidad. La medida propuesta debe cumplir con los tres y la ausencia de uno sólo de ellos impediría la existencia del derecho, el cumplimiento de los tres permite identificar la medida indispensable que permita que los derechos en cuestión prevalezcan.

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

12. 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,¹ restringido en razón de la naturaleza de la función pública en sí

¹ “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:

...

misma² y del contenido de la propia información que se ha requerido.³ En este sentido han sido diversos los pronunciamientos de las altas cortes del continente haciendo que prevalezca el principio de máxima publicidad.⁴ 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.

“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.,² “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.

³ “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.

⁴ Esto ocurrió en el caso de la Corte Suprema de Canadá: *Informatio Commissioner of Canadá 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**”.

III. Restricciones legítimas al derecho a la privacidad.

13. 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.

14. 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.⁵ 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.

15. 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 afectaciones, 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.

⁵ 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.

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”.⁶

16. 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 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.

17. 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

⁶ 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.

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)".⁷

18. 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 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.

IV. Conclusión.

19. Es en atención de las consideraciones antes señaladas que el currículum vitae debería de entregarse sin testar, eliminar o suprimir la fotografía, en los casos, en los que dicho documentos la incluya. Lo anterior porque se trata de un documento elaborada de manera ex profeso para acreditar la idoneidad o experiencia en el cargo público, porque los servidores públicos nos encontramos sujetos a un régimen de excepciones o de protección más limitado, restringido en razón de la naturaleza de la función pública en sí misma y del contenido de la propia información que se ha requerido y porque dicho documento se circunscribe directamente a la esfera de las actividades públicas que realiza la persona y no en el terreno de su intimidad.

⁷ 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.

20. De esta manera, la resolución adoptada por la mayoría, impide que el solicitante acceda de manera completa e íntegra a la información solicitada, por lo que el recurso de revisión, considerado como una garantía de reparación del derecho afectado por la respuesta generada por el Sujeto Obligado, ha sido inefectiva, en lo que a esta parte se refiere, Lo anterior puede constituir una afectación adicional al derecho de acceso a la información pública, ya que la resolución no observa el estándar interamericano de protección al derecho humano, lo que es de estricta y obligada observancia para este órgano garante que se ubica, una vez más, en rebeldía a los mismos provocando el riesgo de que, si el resto de las instituciones son inefectivas, el Estado Mexicano pueda ser declarado internacionalmente responsable de la violación de derechos convencionalmente protegidos.

JOSÉ GUADALUPE LUNA HERNÁNDEZ

COMISIONADO

RÚBRICA

JGLH/CCR

Esta hoja corresponde al voto particular emitido en el recurso de revisión 04173/INFOEM/IP/RR/2020.