

VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU ACUMULADA 48/2018, RESUELTA EN SESIÓN DEL TRIBUNAL PLENO DE ONCE DE JUNIO DE DOS MIL DIECINUEVE.

El Tribunal Pleno resolvió la acción de inconstitucionalidad citada al rubro, en la que se analizó la validez de diversas disposiciones de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México, publicada en la Gaceta Oficial de esta entidad, el diez de abril de dos mil dieciocho.

Aunque comparto el sentido y las consideraciones de la sentencia, me permito formular algunas aclaraciones.

En el considerando sexto, se invalidó el artículo 77 de la ley impugnada, que establece que los responsables en materia de protección de datos personales, procurarán que las personas con discapacidad o que pertenezcan a grupos vulnerables, estén en condiciones de ejercer su derecho en la materia, en igualdad de circunstancias.

La invalidez decretada se sustenta en el hecho de que el legislador haya utilizado el verbo “procurar” para referirse al deber de los sujetos obligados, de que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio del derecho a la protección de datos personales, evidencia que no los vincula a garantizar ese ejercicio en circunstancias igualitarias, sino solo a intentar que se haga de esa manera.

Asimismo, en el mismo considerando se declaró la invalidez del artículo 79, fracción V, de la Ley impugnada, que prevé que es atribución del Instituto garante local, coordinarse con las autoridades competentes a efecto de que las solicitudes y recursos formulados en alguna lengua indígena, sean atendidos preferentemente en la misma lengua.

La invalidez se sustentó en que, al utilizar el legislador la palabra “preferentemente”, no garantiza ni vincula al responsable a responder

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.

las solicitudes y recursos en la misma lengua que se presentan, no obstante que la Ley General de la materia sí lo hace.

Comparto esas conclusiones y las consideraciones que las sustentan; sin embargo, tal como lo manifesté al resolverse las diversas acciones de inconstitucionalidad 40/2018 y 100/2017, resueltas por el Pleno de este Tribunal en sesiones celebradas el dos de abril y el once de junio de dos mil diecinueve, respectivamente; durante la discusión del asunto sometí al Tribunal Pleno la propuesta de incorporar a la resolución, la determinación de que no se cumplió con la consulta previa a las personas con discapacidad y a personas indígenas, reconocidas en las convenciones de las que es parte el Estado Mexicano.

En relación con las personas con discapacidad, el artículo 4, párrafo 3, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ establece la obligación a cargo de los Estados de celebrar consultas estrechas y de colaborar activamente con ellas, por medio de las organizaciones que las representan, en la elaboración y aplicación de la legislación y políticas para hacer efectiva esa Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad.

A fin de determinar el contenido del derecho a la consulta estrecha y la colaboración activa, debe atenderse a la Observación General número 7(2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención, emitida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el mecanismo de supervisión adoptado por los propios Estados parte en los artículos 34 a 37 de la mencionada Convención.

En los párrafos 18 a 20 de la Observación General² se establece que la expresión “*cuestiones relacionadas con las personas con*

¹ Artículo 4

Obligaciones generales

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

² 18. La expresión “cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad”, que figura en artículo 4, párrafo 3, abarca toda la gama de medidas legislativas, administrativas y de otra índole que puedan afectar de forma directa o indirecta a los derechos de las personas con discapacidad.

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.

discapacidad”, que figura en el artículo 4, párrafo 3, abarca toda la gama de medidas legislativas, administrativas y de otra índole que puedan afectar de forma directa o indirecta a los derechos de las personas con discapacidad. Se enfatiza la necesidad de otorgar una interpretación amplia a las cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, lo cual permite a los Estados parte tener en cuenta la discapacidad mediante políticas inclusivas, garantizando que las personas con discapacidad sean consideradas en igualdad de condiciones con las demás.

También se aclara que en caso de controversia sobre los efectos directos o indirectos de las medidas de que se trate, corresponde a las autoridades públicas de los Estados parte demostrar que la cuestión examinada no tendría un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad y, en consecuencia, que no se requiere la celebración de consultas.

El Comité precisa que la “*celebración de consultas estrechas y la colaboración activa*” con las personas con discapacidad a través de las organizaciones que las representan es una obligación dimanante del Derecho internacional de los derechos humanos que exige el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas para participar en los procesos de adopción de decisiones sobre la base de su autonomía personal y libre determinación. La consulta y colaboración en los procesos de adopción de decisiones para aplicar la Convención, así como en otros procesos de adopción de decisiones, deberían incluir

La interpretación amplia de las cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad permite a los Estados partes tener en cuenta la discapacidad mediante políticas inclusivas, garantizando que las personas con discapacidad sean consideradas en igualdad de condiciones con las demás. También asegura que el conocimiento y las experiencias vitales de las personas con discapacidad se tengan en consideración al decidir nuevas medidas legislativas, administrativas o de otro tipo. Ello comprende los procesos de adopción de decisiones, como las leyes generales y los presupuestos públicos, y las leyes específicas sobre la discapacidad, que podrían afectar a la vida de esas personas.

19. Las consultas previstas en el artículo 4, párrafo 3, excluyen todo contacto o práctica de los Estados partes que no sea compatible con la Convención y los derechos de las personas con discapacidad. En caso de controversia sobre los efectos directos o indirectos de las medidas de que se trate, corresponde a las autoridades públicas de los Estados partes demostrar que la cuestión examinada no tendría un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad y, en consecuencia, que no se requiere la celebración de consultas.

20. Algunos ejemplos de cuestiones que afectan directamente a las personas con discapacidad son la desinstitutionalización, los seguros sociales y las pensiones de invalidez, la asistencia personal, los requerimientos en materia de accesibilidad y las políticas de ajustes razonables. Las medidas que afectan indirectamente a las personas con discapacidad podrían guardar relación con el derecho constitucional, los derechos electorales, el acceso a la justicia, el nombramiento de las autoridades administrativas a cargo de las políticas en materia de discapacidad o las políticas públicas en los ámbitos de la educación, la salud, el trabajo y el empleo.

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.

a todas las personas con discapacidad y, cuando sea necesario, regímenes de apoyo para la adopción de decisiones (párrafo 21).

También refiere que los Estados deben contactar, consultar y colaborar sistemática y abiertamente de forma sustantiva y oportuna, con las organizaciones de personas con discapacidad, lo cual requiere acceso a toda la información, y exige que se haga por medios accesibles y mediante la adopción de ajustes razonables (párrafo 22).

En el párrafo 53, se aclara que a fin de cumplir las obligaciones dimanantes del artículo 4, párrafo 3, los Estados parte deberían dotarse de marcos y procedimientos jurídicos y reglamentarios para garantizar la participación plena y en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en los procesos de adopción de decisiones y la elaboración de legislación y políticas sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, lo cual incluye legislación, políticas, estrategias y planes de acción en materia de discapacidad. Los Estados parte deberían aprobar disposiciones que prevean puestos para las organizaciones de personas con discapacidad en comités permanentes y/o grupos de trabajo temporales, otorgándoles el derecho a designar a miembros para esos órganos.

En el párrafo 66 se prevé la obligación de los Estados parte de garantizar el derecho a la consulta mediante recursos eficaces, de la siguiente forma:

66. Los Estados partes deberían reconocer los recursos eficaces, como las acciones o demandas colectivas, para hacer valer el derecho de las personas con discapacidad a participar. Las autoridades públicas pueden contribuir de manera importante a garantizar eficazmente el acceso de las personas con discapacidad a la justicia en situaciones que repercutan negativamente en sus derechos. Algunos recursos eficaces serían: a) la suspensión del procedimiento; b) el retorno a una fase anterior del procedimiento para garantizar la consulta y la integración de las organizaciones de personas con discapacidad; c) el aplazamiento de la ejecución de la decisión hasta que se hayan efectuado las consultas pertinentes; y d) la anulación, total o parcial, de la decisión, por incumplimiento de los artículos 4, párrafo 3, y 33, párrafo 3.

De lo anterior se desprende que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha aceptado que puede existir una invalidez parcial, lo cual asegura que pueda realizarse una consulta

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.

respecto de esa invalidez que se pueda generar en los tribunales constitucionales.

Otro documento que sirve de orientación es el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, presentado en virtud de la resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas³.

En ese informe, se aclara que la participación de las personas con discapacidad en la vida pública debe ser un principio transversal de una buena gobernanza.

Se destaca que la expresión “*sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad*” incluida en la Convención debe entenderse en sentido amplio.

La Relatora enfatiza que, en la elaboración de las leyes y políticas, se debe consultar con las personas con discapacidad y fomentar su colaboración activa, así como crear mecanismos y vías de recurso oficiales para impugnar las decisiones que se adopten sin ese requisito previo de validez (párrafos 62 y 64).

Como forma de garantizar esa participación, el informe expone la necesidad de establecer mecanismos y protocolos oficiales, en todos los niveles de gobierno, para celebrar consultas sistemáticas con las organizaciones que representan a personas con discapacidad (párrafos 66 a 70).

Resalta el informe que la accesibilidad es una condición que debe garantizar en relación con todo tipo de instalaciones y procedimientos relacionados con la adopción de las decisiones y las consultas en la esfera pública (párrafos 75 a 77). Asimismo, el Estado debe mantener consultas y contactos de buena fe con las organizaciones que representan a personas con discapacidad (párrafos 78 a 80). Aunado a ello, los Estados deben crear conciencia en la sociedad sobre la importancia de que las personas con discapacidad participen en las decisiones públicas y la influencia positiva que tienen en el proceso de adopción de decisiones (párrafos 81 y 82).

³ A/HRC/31/62. Consejo de Derechos Humanos, 31er. Período de sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. 12 de enero de 2016.

**VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.**

Tomando en cuenta un parámetro amplio de protección, que es acorde con la finalidad de la Convención, la adopción de la medida legislativa impugnada exige la consulta estrecha y colaboración activa de las personas con discapacidad.

Dado que no está demostrado que el legislador haya garantizado ese derecho, debió tenerse por actualizada la vulneración al artículo 4.3 de la mencionada Convención.

No obstante, estimo que la consecuencia de esa conclusión es suficiente para restar legitimidad a la norma impugnada, mas no implica de manera absoluta un vicio que conduzca a invalidar en todos los casos el decreto legislativo en su integridad.

Como lo expresa el Comité internacional, en este tipo de casos el Estado debe demostrar que la cuestión examinada no tiene un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad y, en consecuencia, que no se requirió la celebración de consultas.

Cabe destacar que el propio Comité reconoce que el recurso efectivo no siempre se traduce en la reposición del procedimiento o en la invalidez total de la norma, sino que la falta de consulta es plausible remediarla mediante la invalidez parcial, con los efectos de expulsión del ordenamiento o de interpretación manipulativa que ha reconocido el Tribunal Pleno, con la condición de que el legislador se encuentra obligado a efectuar la consulta ordenada en los instrumentos internacionales, ante cualquier ajuste o modificación que pretenda remediar la situación generada por la declaración de invalidez.

Por su parte, la consulta previa a los pueblos indígenas ha sido abordada por diversos organismos internacionales, entre los que destacan los correspondientes al Sistema de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

La Organización Internacional del Trabajo adoptó en 1989 el “Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” en cuyo artículo 6º establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los

**VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.**

medios para que puedan participar libremente en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; así como para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Además, prevé que las consultas de que se trata deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT se constituye en una de las principales normas internacionales en materia de consulta previa, al establecer dos elementos centrales:

1. El deber de los gobiernos a consultar a los pueblos indígenas a través de instituciones representativas de éstos y,
2. La finalidad de las consultas llevadas a cabo mediante las directrices del Convenio, consistente en lograr consentimiento entre gobiernos y pueblos indígenas sobre las medidas planteadas por los primeros y que puedan afectar a los segundos.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169, el cual exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados respecto de los temas que los afectan.

Además, el derecho a la consulta previa también tiene como fuente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en septiembre de 2007, de la cual destaca la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ante cualquier medida que pueda afectarlos.

En los artículos 18 y 19 dispone:

“Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.

procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.”

“Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”

Asimismo, el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, el cual también es parte del Sistema de las Naciones Unidas⁴ en su artículo 27 dispone que *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”*

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió la Observación General N° 23 en 1994, en la que desarrolló el alcance del artículo 27, afirmando que los derechos consagrados en dicho precepto sí implican el derecho de los grupos indígenas a participar en las decisiones que los afecten.⁵

Con sustento en lo anterior, la consulta previa es un derecho de fuente convencional, el cual se encuentra integrado al parámetro de regularidad constitucional en términos del artículo primero de la Constitución.

Además, el derecho a la consulta previa es consistente con el sentido de la reforma al artículo 2° constitucional, en la cual se reconoció a los pueblos indígenas como sujetos de derechos, dignos de especial reconocimiento y protección.

Así, en términos de lo dispuesto en la Constitución Federal y en los estándares internacionales, considero que la sentencia debía referir que las autoridades debían llevar a cabo los correspondientes

⁴ Adoptado a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976

⁵ “Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo.”

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.**

procedimientos de consulta tanto a las personas con discapacidad como a los indígenas, a efecto de cumplir con los compromisos que el Estado mexicano ha adoptado al respecto, de tal manera que en mi opinión, debía exhortarse al legislador para que realizara la consulta.

Además, me parece importante destacar, como lo he sostenido en diversos asuntos que, en este caso, la falta de consulta no constituía un vicio que condujera a invalidar la ley en su totalidad, pues no todos sus preceptos tienen un efecto desproporcionado sobre las personas con discapacidad o las personas indígenas. Aunado a que debe ponderarse que se trata de un ordenamiento que reglamenta y hace posible el ejercicio del derecho a la protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, por lo que su invalidez general o inejecución causaría mayores perjuicios, incluso en contra de las propias personas con discapacidad y personas indígenas.

Esta propuesta resulta acorde con lo que he sostenido en materia de consulta previa, sea de personas con discapacidad o de pueblos indígenas. He expresado reiteradamente que la exigencia de consulta previa ante la afectación que se produce con la emisión de un acto legislativo, debe ser prudencial y tomar en cuenta las circunstancias de cada caso y el contenido de las normas impugnadas.

Así en el voto concurrente que formulé en la acción de inconstitucionalidad 151/2017, expresé que el análisis de afectación, en mi opinión, no debe realizarse necesariamente de manera sistemática, sino precepto por precepto, de tal manera que se tenga claro que puedan llegar a dañarse los derechos e intereses de la comunidad indígena.

Estas son las reservas y aclaraciones que justifican el presente voto concurrente.

ATENTAMENTE

MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS

ACC

**VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL
MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO
GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 47/2018 Y SU
ACUMULADA 48/2018.**

En términos de lo dispuesto en los artículos 3, fracción XXI, 73, fracción II, 111, 113, 116, Octavo y Duodécimo Transitorios de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como en el segundo párrafo de artículo 9º del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se testa la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.