



Métodhos. Revista Electrónica de  
Investigación Aplicada en Derechos  
Humanos

E-ISSN: 2007-2740

revistametodhos@cdhcm.org.mx

Comisión de Derechos Humanos de la  
Ciudad de México

Stpie, Barbara; Rivera León, Mauro Arturo

Eppur si muove: consulta previa y derecho internacional a propósito de la ley de movilidad  
en México

Métodhos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos, núm.

11, julio-diciembre, 2016, pp. 176-195

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=676172944008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ARTÍCULOS GANADORES

# ***Eppur si muove: consulta previa y derecho internacional a propósito de la ley de movilidad en México***

**Barbara Stępień\***

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad de México, México.  
barbara.stepien@hotmail.com  
@BAStepien

**Mauro Arturo Rivera León\*\***

Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Ciudad de México, México.  
arturo.riverale@gmail.com  
@MauroArturo

Recibido: 14 de octubre de 2016.

Dictaminado: 10 de noviembre de 2016.

\* Doctora en derecho por la Universidad Jaguelónica en Cracovia. Actualmente es investigadora postdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en donde desarrolla investigación sobre migración, derecho del mar y derechos humanos. Es autora de dos monografías y diversos artículos científicos. En 2013, fue galardonada con el premio Professor Stanisław Kutrzeba por la protección de los derechos humanos en Europa.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente labora en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y es profesor de derecho constitucional en la Universidad Iberoamericana. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva de los autores, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colaboran.



## Resumen

En el presente artículo se analiza el desarrollo de la obligación de consulta previa de las personas con discapacidad, especialmente motora. Se argumenta que la consulta previa tiene un origen en el derecho internacional. En México ha sido particularmente discutida a la luz de la obligación prevista por el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En ese sentido, la consulta previa en materia de discapacidad ha bebido de un brebaje jurídico de diverso origen material. La obligación de consulta establecida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido discutida ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo en dos ocasiones en 2016. A pesar de los recelos naturales, recientemente la discusión en torno a la acción de inconstitucionalidad 33/2015 (en que se impugnó la Ley de Movilidad de la Ciudad de México) mostró a una Suprema Corte dispuesta a dar consecuencias jurídicas a la omisión de la consulta previa. Analizamos por tanto el surgimiento, evolución y problemáticas de este derecho construido a golpe de sentencia.

*Palabras clave:* discapacidad, derecho de consulta previa, ley de movilidad, discapacidad motriz, proceso legislativo.

## Abstract

In this article we analyze the development of the right to prior consultation to persons with disabilities, particularly with mobility impairments. It is argued that the right to prior consultation derives from international law. In Mexico it has been particularly debated in view of the obligation foreseen by the International Labour Organization Convention No. 169. In this sense, prior consultation established by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities has nourished from various legal sources. In 2016, only two cases of prior consultation regarding disability have been discussed by the Supreme Court of the Nation. Despite the natural initial difficulties, recently the discussion regarding the unconstitutionality action 33/2015 (where Mobility Law of Mexico City was discussed) showed a Supreme Court prepared to grant legal consequences to the lack of prior consultation to people with disabilities.

*Keywords:* disability, right to prior consultation, mobility law, mobility impairment, legislative procedure.

## Sumario

I. La *discapacidad* en el derecho internacional; II. *Nothing about us without us*: consulta y participación; III. *Prior consultation* a la luz de la jurisprudencia mexicana: discapacidad y consulta; IV. A modo de conclusión; v. Bibliografía.

## 1. La discapacidad en el derecho internacional

*Don't be disabled in spirits as well as physically*

STEPHEN HAWKING

### a) Repensando la discapacidad

No existe una definición unívoca de la discapacidad; un concepto del que frecuentemente se ignora su vaguedad y amplitud. Históricamente, el paradigma definitorio de la discapacidad se limitó a un modelo exclusivamente biomédico. Empero, en la actualidad existen al menos dos modelos más que integran el estado del arte además del médico, a saber: funcional y social.<sup>1</sup> El entendimiento del modelo (bio)médico pone como foco de atención al cuerpo así como los problemas y daños que puede presentar un individuo. En este caso, la discapacidad (*disability*) se encuentra directamente en el cuerpo o la mente y tal discapacidad se limita sólo al problema de un particular.<sup>2</sup> Sin embargo, con el transcurso de los años el entendimiento de la discapacidad ha evolucionado y actualmente se centra en el modelo funcional o social.<sup>3</sup> Los referidos modelos basan su entendimiento conceptual tomando como eje el potencial, las capacidades, las oportunidades, el conocimiento y la experiencia de los individuos. Por otro lado, los daños, problemas físicos o enfermedades crónicas no representan un factor relevante para generar una discapacidad

<sup>1</sup> Mateusz Wiliński, *Modele niepełnosprawności: indywidualny-funkcjonalny-społeczny*, en Anna Brzezińska et al. (eds.), *Diagnoza potrzeb i modele pomocy dla osób z ograniczeniami sprawności*, Varsovia, Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2010, p. 15.

<sup>2</sup> Zbigniew Woźniak, *Niepełnosprawność i niepełnosprawni w polityce społecznej. Społeczny kontekst medycznego problemu*, Varsovia, Wydawnictwo Naukowe Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej Akademica, 2008, p. 73.

<sup>3</sup> Sobre los modelos puede consultarse Anne Waldschmidt, "Disability Studies: individuelles, soziales und/oder kulturelles Modell von Behinderung?", en *Psychologie und Gesellschaftskritik*, vol. 29, núm. 1, 2005, pp. 9-31.

*per se*, como sí constituyen barreras relacionadas con la organización y el funcionamiento de las comunidades sociales.<sup>4</sup>

Estas consideraciones sobre los paradigmas y modelos de la discapacidad quizá pueden encontrar adecuado reflejo en la definición presentada por la propia Organización Mundial de la Salud:

an umbrella term, covering impairments, activity limitations, and participation restrictions. An impairment is a problem in body function or structure; an activity limitation is a difficulty encountered by an individual in executing a task or action; while a participation restriction is a problem experienced by an individual in involvement in life situations.<sup>5</sup>

En este contexto, resulta importante mencionar el entendimiento que otras organizaciones internacionales<sup>6</sup> han desarrollado, como el reflejado en The World Programme of Action Concerning Disabled Persons<sup>7</sup> o en The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities<sup>8</sup> que enfatizan que la discapacidad es un problema social que no debe verse como limitado a un solo individuo. Por tanto, resulta crucial entender que la discapacidad puede ser de hecho una relación entre la salud de la persona (incluyendo su edad, género y educación) y la sociedad o ambiente del que se encuentra rodeada. Esta definición constituye una muestra

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Véase <<http://www.who.int/topics/disabilities/en/>>, página consultada el 4 de octubre de 2016.

<sup>6</sup> Sobre el papel que han desempeñado las organizaciones internacionales respecto al estudio de la discapacidad véase Lysiane Rochat, *Les conceptions et modèles principaux concernant le handicap*, Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, marzo de 2008, pp. 8-9.

<sup>7</sup> De acuerdo con el Word Programme of Action Concerning Disabled Persons, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución A/37/351/Add.1 and Corr.1 del 15 de septiembre de 1982, annex, sect. VIII, recommendation 1 (iv), p. 20, la Organización Mundial de la Salud distingue entre *deficiencia*, *incapacidad* y *minusvalidez* (*impairment*, *disability* y *handicap*). De acuerdo con el punto C.6, la deficiencia es cualquier pérdida o anomalía permanente o transitoria—psicológica, fisiológica o anatómica—de estructura o de función. Por otro lado, incapacidad es cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad ocasionado por una deficiencia en la forma o dentro de un ámbito considerado normal para un ser humano. Finalmente, minusvalidez constituye una incapacidad que se traduce en una desventaja para una persona dada en cuanto que limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona de acuerdo con su edad, sexo y factores sociales o culturales. Al respecto véase la Resolución disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N82/238/48/PDF/N8223848.pdf?OpenElement>>, página consultada el 9 de octubre de 2016.

<sup>8</sup> De acuerdo con las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, párrs. 17 y 18, el término discapacidad engloba a una gran cantidad de limitaciones funcionales que suceden en cualquier población de determinado país. Una persona puede tener discapacidad física, intelectual o sensorial, condiciones médicas o enfermedades mentales; tales condiciones o dificultades pueden tener naturaleza permanente y transitoria. Por otro lado, el término *minusvalía*, significa la pérdida o limitación para tomar parte en la vida de la comunidad al mismo nivel que otras personas; es decir, una relación funcional con el entorno. El propósito del término es resaltar la insuficiencia dentro del entorno y las actividades sociales, por ejemplo, información, comunicación y educación, que imposibilitan que las personas con discapacidades participen en términos iguales a sus homólogos. Sobre ello véase <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx>>, página consultada el 9 de septiembre de 2016.

clara del modelo social de la discapacidad,<sup>9</sup> que es frecuentemente definido como una carencia o límite de la actividad humana causado por la organización social contemporánea que no toma en consideración las necesidades de personas con problemas físicos o dificultades de aprendizaje, excluyéndolas en consecuencia de aspectos medulares de la vida social.<sup>10</sup>

México ha adoptado el modelo social de la discapacidad en virtud de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De hecho, el propio modelo se sometió fuertemente a debate en el amparo en revisión 159/2013 en el cual se cuestionó la compatibilidad de la institución de la interdicción frente al modelo social consagrado en la Convención.<sup>11</sup> En el fallo, que tuvo al ministro Zaldívar como ponente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) realizó una interpretación conforme respecto a los cuestionados artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal declarando su constitucionalidad siempre y cuando se interpretasen al tenor del modelo social relativo a las personas con discapacidad. De tal suerte, se tuteló un modelo de asistencia en la toma de decisiones frente a un modelo de sustitución en éstas.<sup>12</sup>

## *b) Discapacidad y derechos: la regulación jurídica*

La discapacidad ha estado durante mucho tiempo constreñida al ámbito de la regulación puramente estatal. Eran los ordenamientos nacionales los que establecían reglas de exclusión e inclusión para las diferentes condiciones. La Constitución mexicana no es ajena al tema, y de hecho es el propio artículo 1º el que en su párrafo cuarto establece la prohibición de discriminación con base en *las discapacidades*, contemplándola en el elenco de lo que la doctrina ha denominado *categorías sospechosas*.<sup>13</sup> A efectos prácticos, ello se traduce en que las normas que utilicen a la dis-

<sup>9</sup> Véase Jorge Victoria, “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, Madrid, 2013, pp. 817 y ss.

<sup>10</sup> Mateusz Wiliński, *op. cit.*, p. 15.

<sup>11</sup> Del asunto derivó la tesis aislada de Primera Sala de la SCJN 1a. CCCXLI/2013 (10a.), con el rubro “Modelo social de discapacidad. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el esquema de asistencia en la toma de decisiones”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 1, t. I, diciembre de 2013, p. 531.

<sup>12</sup> La decisión, empero, suscitó críticas respecto a la metodología de utilizar la interpretación conforme. Véase Roberto Lara Chagoyán, “Estado de interdicción, modelos legales, sobre discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 42, abril de 2015, p. 194. De hecho, el propio ministro José Ramón Cossío Díaz votó en contra del proyecto argumentando que debía prevalecer la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma y no su interpretación conforme.

<sup>13</sup> El concepto proviene de la jurisprudencia estadounidense conocida y es conocido como *suspect classification* lo que da lugar a un *strict scrutiny*. Se emplea ante el alegato de vulneración de la *equal protection clause*. Varios tribunales latinoamericanos han hecho uso del concepto como Argentina (Guillermo Treacy, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 89, Buenos Aires, 2011, pp. 181-216) y Chile (Andrea Íñiguez, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia*

capacidad como criterio diferenciador serán sometidas a un escrutinio estricto en donde deberá acreditarse que obedecen a un fin legítimo bajo el requisito de necesidad y que son estrictamente proporcionales.

Además, recientemente se ha despertado un renovado interés internacional en la tutela de los derechos de las personas con discapacidad. En el caso mexicano, la reforma constitucional de 2011 que *constitucionalizó* los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al integrarlos al parámetro de control abrió la puerta a la eficacia de tales derechos en sede nacional.<sup>14</sup>

Respecto a la arena internacional, el gran detonante en la discusión fue la adopción de la CDPD en diciembre de 2006.<sup>15</sup> El primer tratado sobre derechos humanos del tercer milenio (que entró en vigor en el sesenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) es también un instrumento de derechos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con una dimensión explícita<sup>16</sup> de desarrollo sostenible.<sup>17</sup>

---

*Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 43, Valparaíso, diciembre de 2014, pp. 495-516). En el caso mexicano se han emitido diversos criterios al respecto. Recientemente la jurisprudencia de Pleno P./J. 9/2016 (10a.), con el rubro “Principio de igualdad y no discriminación. Algunos elementos que integran el parámetro general”, en que se afirma “la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización en forma injustificada [...] El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112. El criterio derivó de la AI 8/2014. De igual forma la jurisprudencia de la Primera Sala 1a./J. 66/2015 (10a.), con el rubro “Igualdad. Cuando una ley contenga una distinción basada en una categoría sospechosa, el juzgador debe realizar un escrutinio estricto a la luz de aquel principio”, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1462.

<sup>14</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Disposiciones fundamentales”, en José Ramón Cossío Díaz *et al.*, *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015, p. 55.

<sup>15</sup> La Convención se adoptó en diciembre de 2006, durante la sexagésima primera sesión de la Asamblea General mediante Resolución A/RES/61/106 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Hasta el 6 de septiembre de 2016 tiene 160 signatarios y 167 partes (incluyendo 166 Estados y a la Unión Europea). Es, por tanto, uno de los tratados internacionales más ratificados del mundo. Véase Oddný Mjöll Arnardóttir y Gerard Quinn (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. xv. El tratado puede ser consultado en <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en)>, página consultada el 6 de octubre de 2016.

<sup>16</sup> La importancia de los problemas relativos a la discapacidad es una parte integral de las estrategias relativas al desarrollo sostenible como ha sido directamente enfatizado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, punto g.

<sup>17</sup> No existe una definición universalmente aceptada del desarrollo sostenible en el derecho internacional y el término tampoco ha tenido una definición precisa en algún tratado internacional. De hecho, el término fue introducido en el derecho internacional en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que se llevó a cabo en Río de Janeiro en 1992. Véase Janina Ciechanowicz-McLean, *Prawo i polityka ochrony środowiska*, Varsovia, Wolters Kluwer, 2009, pp. 43 y 44. La idea del desarrollo sostenible tuvo una consagración notable en el informe *Nuestro Futuro Común*, de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1987 –también llamada comisión Brundtland en atención a Gro Harlem Brundtland, presidente de la Comisión–. De acuerdo con el informe, el desarrollo sostenible es “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. Barbara Stępień, *Prawo międzynarodowe publiczne a bezpieczeństwo żeglugi morskiej*, Gliwice, JBS, 2016, p. 144.



La CDPD ha modificado completamente la concepción de las personas con discapacidad, cambiando la estigmatización tradicional de conceptualizarlos como objetos de caridad, tratamiento médico y protección social para tratarlos como miembros iguales de la sociedad, con dignidad y derechos humanos que deben ser respetados.<sup>18</sup> El objetivo de la CDPD es promover, respetar y asegurar un disfrute igualitario de los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, al impulsar el respeto a su dignidad humana inherente.<sup>19</sup>

## II. *Nothing about us without us: consulta y participación*

Desde hace muchas décadas la necesidad de garantizar el derecho de participación de los individuos, asociaciones no gubernamentales y minorías (la llamada *participación civil*) ha sido reconocida de forma amplia por la comunidad internacional. Esta participación implica no sólo los momentos electorales sino también en el proceso legislativo y la toma de decisiones o *policy making process*.<sup>20</sup> Ello ha tenido una expresión concreta en distintos documentos internacionales; por ejemplo, el Código de Buenas Prácticas para la Participación Ciudadana en el Proceso de Toma de Decisiones sostiene:

Una de las principales preocupaciones en las democracias modernas es el distanciamiento de los ciudadanos de los procesos políticos. En este contexto, al igual que en muchos otros, la sociedad civil constituye un elemento importante del proceso democrático porque ofrece a los ciudadanos una vía alternativa, paralela a las de los partidos políticos y grupos de presión, para canalizar puntos de vista diferentes y garantizar que se contemplen diversos intereses en el proceso de toma de decisiones.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Al pasar los años, pueden apreciarse dos fases distintas relativas al enfoque que tomó Naciones Unidas respecto a la discapacidad. Anteriormente, los derechos de las personas con discapacidad se contenían como normas generales en tratados o instrumentos de mayor amplitud de las Naciones Unidas. Empero, pareciera haberse demostrado que este enfoque no es suficiente. Por tanto, la ONU ha comenzado a tratar con problemas relativos a la discapacidad directamente en sus instrumentos normativos. Como resultado, se han establecido numerosos cuerpos destinados a representar los derechos de personas con discapacidad en países miembros de la ONU, tanto a nivel nacional como regional (como los llamados Comités de Representantes de Personas con Discapacidad, Servicios, Ministerios o Direcciones de la Discapacidad, etc.). Zbigniew Woźniak, *op. cit.*, p. 115.

<sup>19</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1º.

<sup>20</sup> Véase European Center for Non-for-Profit Law, *Civil Participation in Decision-Making Processes An Overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States*, Estrasburgo, mayo de 2016, p. 3 (elaborado por Ivana Rosenzweigova y Vanja Skoric con apoyo de Katerina Hadzi-Miceva).

<sup>21</sup> Adoptado por la Conference of International Non-Governmental Organizations (INGO) en su reunión de 1 de octubre de 2009. De hecho, INGO tienen un estatus consultivo desde 1952 y un estatus participativo desde 2003 que le permiten abiertamente participar en el programa de trabajo y diseño de políticas del Consejo de Europa como representantes de la sociedad civil, véase <[http://www.coe.int/t/t/democracy/migration/bodies/ingo\\_en.asp](http://www.coe.int/t/t/democracy/migration/bodies/ingo_en.asp)>, página consultada el 7 de octubre de 2016.

De hecho, el derecho a la participación –autodeterminación– en el proceso decisorio es una de las reglas más antiguas de la historia.<sup>22</sup> Tradicionalmente, la autodeterminación se encuentra asociada a un concepto nacional y la posibilidad de secesión e independencia (frecuentemente relacionadas con la descolonización y fuertemente influenciada por la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945). Empero, desde hace tiempo existe también un diverso entendimiento de este principio, un giro conceptualizador *interno* en lugar de exclusivamente *externo*<sup>23</sup> del contenido concreto. Actualmente, en su faceta interna el principio podría asociarse a un derecho de gobernabilidad democrática<sup>24</sup> a nivel nacional. Estas consideraciones resultan fundamentales desde la perspectiva de participación en el proceso decisorio porque actualmente el poder estatal tiene como fundamento legítimo la voluntad popular. Dicha construcción se encuentra implícita en los postulados del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que postula que todos tienen el derecho a participar en el gobierno nacional, directamente o a través de sus representantes; o el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho ciudadano a participar en asuntos públicos, votar y ser votado,<sup>25</sup> y el acceso en igualdad de condiciones a los cargos públicos nacionales.<sup>26</sup>

A la luz de lo anterior, podría argumentarse que la obligación de consulta, entendida como la posibilidad de involucramiento en el proceso decisorio, respecto a grupos afectados por cierta legislación o política es un requisito necesario para la legitimidad de la norma. En el ámbito comparado, particularmente en Europa existen diversos instrumentos que lo establecen expresamente. Por ejemplo, podríamos mencionar el Tratado de Lisboa en su artículo 8º (que establece el derecho de todos los ciudadanos a participar en la vida democrática de la Unión Europea) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en sus artículos 10 (libertad de expresión) y 11

<sup>22</sup> Inclusive podríamos argumentar que la propia parábola bíblica del éxodo hebreo de Egipto constituye una muestra de autodeterminación (Éxodo 1:2). Así afirma Thomas Franck en “The Emerging Right to Democratic Governance”, en *The American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 1, enero de 1992, p. 53.

<sup>23</sup> Para un estudio más profundo sobre la autodeterminación véase Daniel Thürer y Thomas Burri, “Self-Determination”, en Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edición en línea de Oxford Public International Law, disponible en <<http://opil.ouplaw.com>>, página consultada el 12 de octubre de 2016.

<sup>24</sup> *Idem*, Sobre gobernabilidad democrática véase Jan Klabbers, “The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2006, pp. 186-206.

<sup>25</sup> El Estado mexicano ha hecho, *inter alia*, una reserva respecto al artículo 25 a la luz del artículo 130 de la Constitución mexicana que establecía una prohibición de asociación con fines políticos y voto activo y pasivo para los ministros de culto (actualmente, tienen derecho al sufragio activo).

<sup>26</sup> Como lo postuló el propio Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, General Comment núm. 25: The Rights to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (art. 25), CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 27 agosto de 1996: “The rights under article 25 are related to, but distinct from, the right of peoples to self determination. By virtue of the rights covered by article 1 (1), peoples have the right to freely determine their political status and to enjoy the right to choose the form of their constitution or government. Article 25 deals with the right of individuals to participate in those processes which constitute the conduct of public affairs. Those rights, as individual rights, can give rise to claims under the first Optional Protocol”, párr. 2.

(libertad de reunión y asociación).<sup>27</sup> Por lo tanto, es posible ver que la participación popular en el proceso decisorio es un elemento fundamental que ha sido tomado en consideración por distintos tratados internacionales.

Sin embargo, la obligación de consultar a las personas (pueblo, ciudadanos, *demos*) no sólo ha sido incluida en general en tratados y convenciones relativas a derechos humanos y libertades políticas y sociales, sino también directamente en tratados que conciernen a personas con discapacidad.

De acuerdo con la CDPD, los Estados tienen la obligación de asegurar y promover la plena realización de los derechos humanos para todas las personas sin distinción alguna sobre su discapacidad.<sup>28</sup> Por ello, entre otras obligaciones, la Convención establece que en la elaboración y aplicación de legislación, políticas y decisiones relativas a las personas con discapacidad, los Estados deben celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos las niñas y los niños, a través de las organizaciones que los representen.<sup>29</sup>

Finalmente y como *soft law* podemos mencionar el informe *Agenda 22: local authorities. Disability policy planning instructions for local authorities*.<sup>30</sup> Este documento, elaborado por la Federación Sueca de Personas con Discapacidad en 1995, es un método de implementación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de las Naciones Unidas. Particularmente, la regla 15 se dirige a establecer lineamientos sobre la legislación en la materia y textualmente señala que los Estados deben procurar que las organizaciones que representen a las personas con discapacidad “participen en la elaboración de leyes nacionales relativas a los derechos de las personas con discapacidad, así como en la evaluación permanente de esas leyes”; es decir, una intervención en el proceso legislativo.

Finalmente, y hablando del marco europeo, podemos mencionar la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec(2011)14 del 12 de junio de 2015, que sugiere a los Estados evitar la discri-

<sup>27</sup> Ambos derechos configurar un sistema de pesos y contrapesos que garantizan las precondiciones para la participación activa de la sociedad civil en la toma de decisiones. Véanse Secretary General of the Council of Europe, *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law in Europe. A shared responsibility for democratic security in Europe*, Estrasburgo, 2015, p. 49; y European Center for Not-for-Profit Law, *op. cit.*, p. 11.

<sup>28</sup> Así sostiene el artículo 4º de la Convención. De hecho, el fraseo de este artículo es bastante significativo en contraste con otros tratados internacionales de derechos humanos. Sobre esta comparativa, véase Marianne Schulze, *Understanding the UN Convention on The Rights Of Persons with Disabilities*, Nueva York, Handicap International, 2009, p. 34.

<sup>29</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 4º. Obligaciones Generales, numeral 3.

<sup>30</sup> El nombre “Agenda 22” se refiere a “Agenda 21”, el documento de *soft law* adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro. A pesar de no poseer un carácter vinculante, sí ha tenido un gran impacto a nivel global en material de políticas públicas. Véase Barbara Stępień, *op. cit.*, p. 167.

minación en la legislación y fomentar la participación de las personas con discapacidad en la vida pública buscando proveer una igualdad participativa en la toma de decisiones.<sup>31</sup>

### **III. *Prior consultation a la luz de la jurisprudencia mexicana: discapacidad y consulta***

#### ***a) Los orígenes del debate mexicano: Convenio núm. 169 de la OIT y el préstamo conceptual***

Como veremos con posterioridad, la discusión judicial de la obligación de consulta previa respecto a personas con discapacidad tiene un origen muy reciente y ha sido discutida ante la SCJN sólo en dos asuntos en 2016. Sin embargo, la SCJN ha discutido previamente la obligación de consulta previa en materia indígena a la luz del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Aunque la obligación proviene de un tratado diverso, es similar en su fondo (consulta como mecanismo de participación de grupos específicos).

En 1980 la OIT adoptó el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.<sup>32</sup> Ése contiene importantes previsiones relativas a la obligación de consulta que constituyen una piedra angular en la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que les conciernen.<sup>33</sup> El artículo 6º del Convenio establece una obligación general para que los gobiernos, mediante procedimientos adecuados, consulten a los pueblos indígenas a través de sus representantes cuando puedan verse afectados por medidas administrativas o legislativas. De acuerdo con el Convenio, la consulta debe ser realizada de buena fe y su objetivo debe ser buscar un acuerdo o consenso en torno a las medidas propuestas. La influencia del Convenio no ha sido menor en el ordenamiento mexicano, pues tanto los elementos definitorios relativos a los pueblos indígenas como la auto-

<sup>31</sup> El Consejo de Europa ha sido insistente en la promoción de la participación de ciertos grupos dentro de la sociedad. Véanse también los siguientes documentos: Declaration on equality between women and men as a fundamental criterion of democracy MEG-4(1997)018; Recommendation CM/Rec (97)3 on youth participation and the future of civil society; Recommendation CM/Rec (2006)1 on the role of national youth councils in youth policy development; Recommendation CM/Rec (2012)2 on the participation of children and young people under the age of 18; y, finalmente el Framework Convention for the Protection of National Minorities.

<sup>32</sup> El Convenio entró en vigor en 1991. Hasta el 12 de octubre de 2012 ha sido ratificado por 22 países. México lo ratificó el 5 de septiembre de 1990, siendo el segundo país en ratificarlo después de Noruega: véase <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314)>, página consultada el 12 de octubre de 2016.

<sup>33</sup> Véase International Labour Standards Department. International Labour Organization, *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Handbook for ILO Tripartite Constituents*, Génova, 2013, p. 11.

adscripción<sup>34</sup> como mecanismo identificador, previstos en el artículo 2º constitucional, fueron incorporados del propio Convenio núm. 169 de la OIT.<sup>35</sup>

A través de los años, el cumplimiento de la obligación de consulta se ha encontrado en el centro del debate. Por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT estableció que el gobierno de Brasil violó el derecho de consulta previa en la región Xingú del Amazonas durante el proyecto de construcción de la represa de Belo Monte.<sup>36</sup> Lo propio ocurrió respecto a la comunidad indígena U'wa por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia y la Sociedad Occidental del Colombia Inc. (caso que, por cierto, fue llevado a la Corte Constitucional por el Defensor del Pueblo colombiano, convirtiéndose en un *leading case* en consulta previa).<sup>37</sup>

En México, el precedente más importante lo constituye la controversia constitucional 32/2012, también conocida como caso Cherán. En este precedente se discutió medularmente la constitucionalidad de una reforma a una Constitución de una entidad federativa por no haber respetado el derecho de consulta previa y autodeterminación de los pueblos indígenas involucrados. La sentencia, citando el Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, estableció la obligación de consulta previa incorporada al ordenamiento nacional y, por tanto, estimó que había una vulneración de este derecho en el caso concreto en tanto que no constaba la celebración de una verdadera consulta al municipio accionante. En ese sentido, la obligación de consulta prevista por el Convenio núm. 169 de la OIT no se agota con una serie de requisitos pro forma sino que debe buscar verdaderamente la obtención del consentimiento a través de una consulta previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.<sup>38</sup> De hecho, a través de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia podemos constatar que incluso en ciertos casos límite la obligación de consulta puede llegar a convertirse en una obligación de obtención del consentimiento, posibilidad que parece haber sido también esbozada por la SCJN.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Sobre ello véase María Nieto, “Identidad y autoadscripción. Una aproximación conceptual”, en *Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 9, 2016, p. 53.

<sup>35</sup> En ese sentido Rodrigo Brito y Luis Guerrero, *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a 100 años de reformas*, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 73.

<sup>36</sup> Sobre ello véase Observation of Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, adoptada en 2011, disponible en <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID:2700476](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2700476)>, página consultada el 13 de octubre de 2016.

<sup>37</sup> Véase SU-039/97, 3 de febrero de 1997.

<sup>38</sup> Juan Góngora, “El artículo 2º constitucional. ¿Prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?”, en Luis Guerrero y Carlos Pelayo (coords.), *100 años de Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2016, p. 277.

<sup>39</sup> Al respecto, la Primera Sala de la SCJN afirmó en el amparo de revisión 631/2012 que “esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en *algunos casos*, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las

Además de ello, en la acción de inconstitucionalidad 83/2015, donde discutió la constitucionalidad de la Ley de Sistemas Electorales Indígenas para el Estado de Oaxaca, volvió a reafirmar el carácter vinculante de la obligación de consulta y se declaró la invalidez del sistema normativo por vulnerar el derecho a la consulta previa. De igual forma, la obligación de consulta se ha discutido en el amparo en revisión 631/2012 (acueducto Independencia) y en los amparos relativos a la soya transgénica, *inter alia* amparos en revisión 241/2015, 498/2015, 270/2015, etcétera.

Estos pronunciamientos a nuestro juicio sentaron bases metodológicas que facilitaron que la SCJN pudiese aproximarse a otros tratados internacionales que contuviesen igualmente obligaciones de consulta previa. En ese sentido, si bien es cierto que no hay un vínculo jurídico entre la consulta previa en materia indígena y la consulta previa en materia de discapacidad, el hecho de que ya se haya producido esta discusión facilitó el análisis de una obligación análoga prevista en un tratado diverso, como veremos a continuación.

### *b) Asperger y la primera aproximación a una obligación novedosa*

La consulta previa específicamente referida a los grupos con discapacidad en México es una discusión bastante reciente que fue iniciada en la acción de inconstitucionalidad 33/2015 respecto a la ley del espectro autista y continuada en la acción de inconstitucionalidad 96/2014.

En la acción de inconstitucionalidad 33/2015, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) cuestionó la constitucionalidad de ciertas disposiciones de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición de Espectro Autista. Concretamente, se objetaba el establecimiento de certificados de habilitación, es decir de documentos expedidos por una autoridad médica que demostraran que una persona con síndrome de Asperger podía desempeñar determinadas actividades laborales, productivas u otras (artículo 3º de la norma impugnada); además de otras disposiciones relativas al tratamiento médico.

Aquí sucedió algo curioso. El proyecto presentado por el ponente ministro Pérez Dayán entraba al análisis de los conceptos de invalidez propuestos bajo la óptica del modelo de discapacidad subyacente a la norma y las condiciones médicas. Sin embargo, el primer día de discusión el ministro José Ramón Cossío se pronunció por la invalidez de toda la norma por violación a la obligación de consulta previa establecida en el artículo 4.3 de la CDPD. Este argumento no fue presentado

---

acciones correspondientes”. Es decir que a pesar de haberse dejado en claro que la consulta no representaba consentimiento, el fraseo parece indicar que, en ciertos casos *contrario sensu* podría interpretarse el consentimiento como requisito posible de la consulta.



por la CNDH sino traído a la discusión por la facultad de suplencia existente a consecuencia de la naturaleza *objetiva* <sup>40</sup> de la acción de inconstitucionalidad como proceso de control. Concretamente se argumentaba la vulneración de la siguiente disposición:

4.3. 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.

A pesar de que anteriormente la SCJN había discutido en diversas ocasiones el deber de consulta previa, ello había sido específicamente en relación con personas indígenas y la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, por lo que discutir la consulta previa en materia de discapacidad era algo sin precedentes.

Ésta era la primera vez que se traía a colación dicha obligación y más aún con la pretensión de invalidez total de la norma. El argumento tuvo tal impacto que por petición expresa del resto de los ministros se difirió la sesión para poder estudiar el planteamiento. En la siguiente sesión varios ministros no sólo se abstuvieron de intentar refutar la existencia de la obligación postulada por el ministro Cossío sino que inclusive terminaron decantándose por tener acreditada la celebración de consultas previas, con lo cual tácitamente aceptaron que dicha obligación era jurídicamente vinculante y pudo haber acarreado la invalidez normativa, a excepción del ministro Medina Mora.<sup>41</sup>

Aun cuando finalmente la sentencia definitiva de la acción de inconstitucionalidad 33/2015 no se decantó por la invalidez total de la norma en los términos planteados por el ministro Cossío, su argumento tuvo tal repercusión que en el engrose se incluyeron párrafos justificativos de la celebración de la consulta e incluso una exhortación al Estado mexicano para la reglamentación de tal obligación:

<sup>40</sup> En ese sentido, podemos decir que la acción abstracta de inconstitucionalidad es un proceso objetivo porque, fuera de las pretensiones individuales del sujeto legitimado, se defiende el ordenamiento constitucional como *ultima ratio* sistémica. Véase Eckart Klein y Ernst Benda, *Verfassungsprozessrecht*, Munich, Müller, 2012, p. 275. Este control abstracto era de hecho el planteamiento inicial del propio Kelsen: Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, IIJ-UNAM, 2001, p. 59.

<sup>41</sup> De hecho en el engrose de la acción de inconstitucionalidad 33/2015 se señaló que se realizó un encuentro en el que participaron diversos expertos en el tema de espectro autista (p. 21). Además de ello, se estableció que “A través de la Secretaría de la Comisión de Grupos Vulnerables de la Cámara de Diputados, se comunicó a más de cien organizaciones representativas de personas con autismo, la referida iniciativa de ley, a efecto de que analizaran dicha propuesta, al considerarse una medida necesaria para que las personas con la referida condición sean oídas, atendidas y respetadas por la sociedad y el gobierno”.

De ahí que, en atención a la referida intervención de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, es dable colegir que se ha cumplimentado con el artículo 4.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin perjuicio de hacer notar a las autoridades del Estado mexicano, la pertinencia de reglamentar el referido mandato internacional.<sup>42</sup>

La complejidad de la discusión puede notarse por el hecho de que, aparejados a la sentencia definitiva, se emitieron sendos votos particulares de los ministros Aguilar Morales, Pardo Rebolledo, Cossío Díaz, Zaldívar, Franco y Gutiérrez.

El ministro Cossío emitió un incisivo voto particular respecto del considerando quinto, alegando vicios en el procedimiento legislativo. En primer término enfatizó que, de hecho, la SCJN ya se había pronunciado en diversos asuntos respecto a la obligación de consulta previa, aunque en materia indígena.<sup>43</sup> En su opinión, la consulta previa no podía ser considerada una simple formalidad sino un verdadero mecanismo de defensa de los derechos de determinados colectivos al permitirles incidir en el diseño de políticas públicas que los afectan. Ante la ausencia de un mecanismo unívoco, el voto del ministro Cossío acude a diversos precedentes internacionales como las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ante ello concluye que en el proceso legislativo no se satisficieron los requisitos para la consulta interna, por lo que el Tribunal debió haber declarado inválida la totalidad de la norma. Este argumento encontró apoyo en el voto particular del ministro Zaldívar al considerar que nos encontramos en presencia de una obligación jurídicamente vinculante y que la sentencia debió haber elaborado un estándar para verificar si el Congreso cumplió con el deber de consulta estrecha y colaboración activa. En su opinión, la marginación política de tales grupos a la luz de la obligación internacional hacía necesario no sólo la existencia de contactos informales con tales organizaciones sino también un cauce formal por parte del órgano legislativo para su participación. Opinión similar mereció el voto particular del ministro Franco, quien además citó diversos precedentes de consulta previa en el derecho comparado. Finalmente, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena se pronunció igualmente por la invalidez en su voto particular.

### *c) El debate en la ley de movilidad*

El debate reseñado anteriormente cobró nueva fuerza en la discusión sobre la Ley de Movilidad del Distrito Federal. Si en el caso de la ley sobre el espectro autista la SCJN reconoció la existencia de una obligación internacional de consulta estrecha y colaboración derivada del artículo 4.3

<sup>42</sup> Suprema Corte de la Nación, acción de inconstitucionalidad 33/2015, p. 28.

<sup>43</sup> *Ibidem*, controversias constitucionales 32/2012 y acción de inconstitucionalidad 83/2015.



de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la acción de inconstitucionalidad 96/2014, fallada en agosto de 2016, por primera vez hubo un voto mayoritario respecto al incumplimiento de la recientemente aceptada obligación.

En esta acción de inconstitucionalidad, interpuesta de nueva cuenta por la CNDH, se cuestionaban distintas disposiciones de la mencionada ley de movilidad de la Ciudad de México. Al contrario de la referida acción de inconstitucionalidad 33/2015, esta norma no regulaba exclusivamente a grupos con discapacidad sino que también preveía disposiciones relativas al tránsito capitalino, aviso previo en caso de manifestaciones, renovación de permisos de conducir, así como diversas temáticas. En este caso, el ministro ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena propuso en un primer proyecto declarar la invalidez de diversos preceptos que regulaban situaciones de personas con *movilidad limitada* en tanto que no existió una consulta previa. Ahora el argumento no era traído tangencialmente al tema sino que se había asentado directamente en el ideario de la Corte y era planteado desde el propio proyecto de sentencia.

De hecho, una mayoría de seis ministros (de los 10 presentes en la discusión) consideró que debía declararse una invalidez parcial o total de la norma por la ausencia de consulta. En la sesión del 9 de agosto de 2016 se dio una discusión sin precedentes. La ministra Piña Hernández, a pesar de haber votado en contra en la acción de inconstitucionalidad 33/2015, fue de las primeras en apuntar que no sólo debían invalidarse los preceptos impugnados sino toda la ley en tanto que la ausencia de consulta era un vicio de procedimiento legislativo (como lo sería la falta de mayorías requeridas). Ello tuvo repercusiones notables; en tanto, el ministro ponente Gutiérrez Ortiz Mena propuso modificar el proyecto para anular toda la ley, argumento que fue secundado por el ministro Laynez. Congruente con su postura anterior, el ministro Cossío Díaz también se pronunció a favor de invalidar la totalidad de la norma al igual que los ministros Zaldívar y Franco.

El resultado fue una mayoría de seis votos por la invalidez de la norma frente a una minoría de tres votos formada por los ministros Pardo, Medina Mora y Aguilar Morales. Empero, la propia Constitución en su artículo 105 prevé que sólo se puede declarar la invalidez de normas impugnadas cuando haya una mayoría de al menos ocho votos. Por tanto, a pesar de que una mayoría propugnó la invalidez, el veto minoritario constitucional se impuso.

#### **IV. A modo de conclusión**

A lo largo de este artículo se ha mostrado que el derecho a la consulta previa de las personas con discapacidad es un concepto que enfrenta un momento crucial de construcción de su contenido dogmático en México. La conjunción de un derecho inherente a la participación en los asuntos

públicos y las condiciones de vulnerabilidad histórica de ciertos grupos ha permitido que poco a poco los tribunales nacionales den un contenido efectivo y palpable a este mecanismo.

En el caso mexicano, paradójicamente, la obligación de consulta relativa a las personas con discapacidad se ha beneficiado de una construcción jurisprudencial elaborada en torno al derecho netamente indígena y prevista en diversos tratados. La SCJN en su carácter de tribunal constitucional material<sup>44</sup> ha tenido que enfrentarse en diversas ocasiones con la problemática de dar un contenido preciso a un concepto aún en ciernes. Para determinar la obligación de consulta previa es también necesario analizar las reglas generales de interpretación de los tratados. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuando exista duda en la interpretación de los términos de un tratado debe acudir a su objeto y propósito. En ese sentido debe atenderse al contexto del tratado, su preámbulo<sup>45</sup> y otros elementos que lo integren. Luego entonces la obligación de consulta y colaboración puede verse como un mecanismo tendiente a asegurar el disfrute igualitario de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Las interrogantes han sido amplias. ¿Debemos pensar que la consulta implica la convocatoria abierta o la persecución de un verdadero diálogo directo o con representantes claros? ¿El derecho a la consulta se agota con la intermediación o es necesario demostrar verdaderamente que se ha buscado llegar a un acuerdo de forma razonable? ¿La consulta tiene que ser efectiva o adicionalmente debe quedar plasmada dentro del proceso legislativo? ¿Cuál es el punto medio posible entre la consulta como veto y la teatralización absurda a la que puede llevar la falta de voluntad política? ¿La obligación de consulta se actualiza con una norma de materia única o aún ante puntos tangenciales? Es decir, una norma que no se dirija exclusivamente a personas con discapacidad, pero que sí afecte indudablemente su esfera (como normas de tránsito o reglamentos de construcción de edificios), ¿debe ser consultada?

El caso de la Ley de Movilidad del Distrito Federal representa un magnífico ejemplo de los vaivenes de la consulta previa en el caso de grupos con discapacidad. En tal sentido, en la mayoría de los casos son las normas ordinarias las que inciden con mayor rigor —ya sea por un actuar positivo u omisivo— en las personas con discapacidad; los ejemplos de normas con destinatario único de estos grupos vulnerables son reducidas.<sup>46</sup> Sin embargo, la cerrada votación que se llevó a cabo en la SCJN respecto a la ley de movilidad sorprendió por la determinación mostrada por una mayoría

<sup>44</sup> Entendido bajo la perspectiva de Louis Favoreau, *Les Cours Constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 16-22.

<sup>45</sup> Sobre la importancia de los elementos interpretativos del tratado véase: Jarosław Sozański, *Prawo traktatów: Zarys współczesny*, Poznań, Polskie Wydawnictwo Prawnicze, 2009, p. 156.

<sup>46</sup> Un claro contraejemplo lo constituye la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición de Espectro Autista.

de ministros que propugnaron la anulación de la norma *in toto* por vulneración al derecho de consulta previa. Sólo la mayoría agravada requerida para la declaratoria general de inconstitucionalidad de ocho ministros evitó un pronunciamiento de gran envergadura. Nos encontramos, por tanto, frente a un derecho en constante construcción a golpe de sentencia.

Algunas de las dudas que se han planteado para el caso de la consulta previa en materia indígena se plantean en el caso de las personas con discapacidad. Ante este margen de indeterminación, son los tribunales los que sin duda alguna dictarán las reglas del juego.

Creemos que una opción que se debe considerar podría ser incluir el proceso consultivo dentro de la discusión de las comisiones legislativas o, como en el caso de otros países, prever un proceso consultivo legislativo abierto que quede reflejado en los antecedentes legislativos de la norma.

Los casos descritos han remarcado el carácter normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Independientemente de que la construcción jurisprudencial haya abierto una gran cantidad de cuestionamientos, es indudable que ha despertado una merecida atención en la obligación de consulta y ha creado condiciones fácticas e importantes incentivos institucionales para que los distintos cuerpos legislativos cumplan con un mandato internacional que, de lo contrario, sería abiertamente ignorado.

En resumen, éste es el caótico contexto en que se centra el debate de la consulta previa respecto a las personas con discapacidad. Un derecho naciente entre titubeos, cambios de jurisprudencia, cuestionamientos, recelos y claroscuros, cal y arena. *Eppur si muove*.

## **v. Bibliografía**

- Arnardóttir, Oddný Mjöll, y Gerard Quinn, (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- Brito, Rodrigo, y Luis Guerrero, *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a 100 años de reformas*, México, IIJ-UNAM, 2016.
- Ciechanowicz-McLean, Janina, *Prawo i polityka ochrony środowiska*, Varsovia, Wolters Kluwer, 2009.
- European Center for Non-for-profit Law, *Civil Participation in Decision-Making Processes. An Overview Of Standards And Practices In Council Of Europe Member States*, Estrasburgo, mayo de 2016.
- Favoreau, Louis, *Les Cours Constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1996.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Disposiciones fundamentales”, en Cossío Díaz, José Ramón, *et al.*, *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.
- Franck, Thomas, “The Emerging Right to Democratic Governance”, en *The American Journal of International Law*, vol. 86, núm. 1, enero de 1992.
- Góngora, Juan, “El artículo 2º constitucional. ¿Prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?”, en Guerrero, Luis, y Carlos Pelayo (coords.), *100 años de Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, IIJ-UNAM, 2016.
- Íñiguez, Andrea, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 43, Valparaíso, diciembre de 2014.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- Klabbers, Jan, “The Right to be Taken Seriously: Self-Determination in International Law”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2006.
- Klein, Eckart, y Ernst Benda, *Verfassungsprozessrecht*, Munich, Müller, 2012.
- Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos legales, sobre discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 42, abril de 2015.
- Nieto, María, “Identidad y autoadscripción. Una aproximación conceptual”, en *Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 9, 2016.
- Rochat, Lysiane, *Les conceptions et modèles principaux concernant le handicap*, Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, marzo de 2008.
- Schulze, Marianne, *Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Nueva York, Handicap International, 2009.
- Sozański, Jarosław, *Prawo traktatów: Zarys współczesny*, Poznań, Polskie Wydawnictwo Prawnicze, 2009.
- Stępień, Barbara, *Prawo międzynarodowe publiczne a bezpieczeństwo żeglugi morskiej*, Gliwice, JBS, 2016.
- Thürer, Daniel, y Thomas Burri, “Self-Determination”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* disponible en <<http://opil.ouplaw.com>>, página consultada el 12 de octubre de 2016.
- Treacy, Guillermo, “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y ensayos*, núm. 89, Buenos Aires, 2011.
- Victoria, Jorge, “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, Madrid, 2013.
- Waldschmidt, Anne, “Disability Studies: individuelles, soziales und/oder kulturelles Modell von Behinderung?”, en *Psychologie und Gesellschaftskritik*, vol. 29, núm. 1, 2005.

- Wiliński, Mateusz, “Modele niepełnosprawności: indywidualny –funkcjonalny– społeczny”, en Brzezińska, Anna, *et al.* (eds.), *Diagnoza potrzeb i modele pomocy dla osób z ograniczeniami sprawności*, Varsovia, Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2010.
- Woźniak, Zbigniew, *Niepełnosprawność i niepełnosprawni w polityce społecznej. Społeczny kontekst medycznego problemu*, Varsovia, Wydawnictwo Naukowe Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej Academica, 2008.