

## VOTO CONCURRENTE

### QUE FORMULA EL MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.

1. En sesión de veintiséis de abril de dos mil veintidós, el Tribunal Pleno resolvió el asunto citado al rubro. Su materia consistió en analizar la regularidad constitucional de diversas reformas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión; en particular, la creación del Padrón Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil (PANUT).
2. El presente documento es para explicar las razones que me llevaron a compartir diversas decisiones adoptadas en este fallo. Para ello, expondré mis argumentos siguiendo la metodología de la sentencia, enfocándome únicamente en los temas donde considero necesario hacer comentarios.

#### **Apartado sexto: análisis del procedimiento legislativo.**

3. En este apartado se reconoció la regularidad constitucional del procedimiento legislativo del Decreto reclamado. Aunque compartí esa conclusión, pero me separo de lo expuesto en los párrafos 83 a 86 de la sentencia.
4. A mayor abundamiento, en esta sección del fallo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, a pesar de ciertas vicisitudes en el procedimiento legislativo, no se dio una violación a las reglas y principios que rigen el procedimiento legislativo con potencial invalidante. En específico, porque la discusión de la reforma reclamada se llevó a cabo en cada Cámara del Congreso conforme a su normatividad interna. En todas sus etapas se permitió la participación de todas las fuerzas políticas y el Decreto se aprobó públicamente y con los votos exigidos constitucional y legalmente.
5. Como lo adelanté, estoy de acuerdo con esa decisión, separándome de los párrafos anunciados. En éstos, se implica que el Reglamento del Senado no

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

requiere el trabajo conjunto y en un solo acto de las comisiones dictaminadoras (en el caso el dictamen se asignó a varias comisiones).

6. No me queda claro este punto. Más bien, creo que existe un conflicto interpretativo en torno a las propias normas del Reglamento que rigen el trabajo en comisiones: pues por un lado parece ser que presuponen que cuando es un dictamen conjunto, las comisiones trabajaran en esa misma forma, pero por otro lado no hay una norma que expresamente señale tal situación.

7. No obstante lo anterior, creo que dicho dilema interpretativo no trasciende de ninguna forma en el producto legislativo. Si bien no se hizo un trabajo conjunto de las comisiones en todo momento, de las constancias del expediente se advierte que dentro del trabajo en cada comisión se permitió la participación de todas las fuerzas políticas y el texto final del Dictamen se aprobó por los votos requeridos legalmente para ello; sin que en la discusión del Pleno la supuesta deficiencia en el trabajo en comisiones haya tenido alguna trascendencia en el conocimiento del respectivo dictamen o en su votación. Por ende, conforme a nuestra jurisprudencia, estimo que no se afectó el principio de democracia deliberativa que rige en esta parte del procedimiento legislativo. Lo que es relevante para nuestra doctrina jurisprudencial es la genuina participación en pie de igualdad de las mayorías y minorías legislativas, lo cual ocurrió en el caso concreto.

**Apartado séptimo: estudio de fondo.**

8. Por mayoría de nueve votos, se declaró la invalidez de las normas reclamadas. Esto, porque la incorporación del mencionado PANAUT, tal como fue hecho, no supera un examen de proporcionalidad en relación con los derechos a la privacidad y protección de datos personales.

9. Coincidí con esta postura; sin embargo, lo hice separándome de ciertas consideraciones y a partir de argumentos adicionales. En primer lugar, me separo de lo expuesto en los párrafos 65 y 214, en donde se alude a que

## **VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

existe tres tipos de escrutinio constitucional en relación con el principio de proporcionalidad: uno laxo o de mera razonabilidad, uno ordinario y uno estricto.

10. El test de proporcionalidad es una herramienta de análisis ampliamente utilizada por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. En nuestro país, y en el derecho comparado, existe una extensa discusión sobre su contenido y su forma de aplicación. Partiendo de esta dificultad, claramente no estoy en contra de que se haya utilizado en el caso concreto este tipo de test, lo que no comparto es la distinción conceptual realizada en los referidos párrafos.
11. A diferencia de lo que se expone en el fallo, no es mi apreciación que esta Corte haya señalado en precedentes que existen tres niveles de escrutinio en relación con el test de proporcionalidad. Incluso, en un asunto resuelto tan solo uno día antes al que nos ocupa (acción de inconstitucionalidad 139/2019, párrafos 310 a 317), sólo se señaló que existían dos niveles: uno ordinario y otro estricto.
12. Siendo importante aclarar que, según nuestra jurisprudencia, no deben confundirse el test de igualdad con el test de proporcionalidad. El primero se enfoca únicamente en analizar la violación al derecho a la igualdad, sobre el cual ya es criterio reiterado de que existen dos niveles de escrutinio (ordinario y estricto). Por su parte, el test de proporcionalidad no ha sido utilizado en nuestros precedentes para analizar transgresiones a la igualdad, sino a otro tipo de derechos: como lo puede ser el acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho a la información, etcétera. La diferencia entre estos test no es solo formal (uno versa sobre un derecho y otro sobre otros derechos), sino que los requisitos para analizar las medidas legislativas varían de acuerdo al tipo de test.
13. En ese sentido, con independencia de lo que acabo de aclarar y de que comparta o no la posibilidad conceptual de que existan diferentes niveles de intensidad también para el test de proporcionalidad (no adelanto criterio),

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

estimo que esa discusión no tenía que ser necesariamente saldada para resolver el caso concreto. La primera duda que nos plantearon los accionantes es si el padrón por sí mismo, en cuanto medida legislativa, afectaba o no los derechos a la privacidad, protección de datos personales, legalidad y seguridad jurídica. Para dar respuesta a esa pregunta, bastaba con anunciar la aplicabilidad de un test de proporcionalidad, sin una exigencia agravada de intensidad. Esto, dado que no nos encontramos ante una medida legislativa que afecte, de manera directa, a una categoría sospechosa o especialmente protegida constitucionalmente.

14. Ahora bien, dicho lo anterior, comparto el estudio que se hace en la sentencia de las dos primeras etapas del test de proporcionalidad: la concurrencia de una finalidad legítima e idoneidad. Asimismo, coincido con la mayor parte de los argumentos de la resolución en los que se expone porqué la regulación normativa del Padrón de Usuarios de Telefonía no es una medida legislativa que supere la grada de necesidad.
15. Sin embargo, considero imprescindible poner énfasis en ciertas razones, que me llevaron a tomar la determinación de invalidez. Por un lado, como se implica en el propio fallo, cuando se hace referencia a otros mecanismos de investigación como la localización geográfica o el acceso a datos de telefonía, no se está presuponiendo o validando el alcance normativo de estas otras medidas legislativas. Es decir, no se está validando la constitucionalidad de estas otras medidas.
16. Por otro lado, considero que en complemento al ejercicio de comparación del Padrón con otras medidas ya legisladas, es posible argumentar que, visto en sí mismo y partiendo de la propia idea de incorporar un Padrón, el Congreso de la Unión tuvo otras muy diferentes modalidades de regulación menos lesivas. Para mí este razonamiento imprescindible, pues podría existir la postura argumentativa de que eliminando la necesidad de recabar datos biométricos, el Padrón podría convertirse en una medida menos gravosa que la localización en tiempo real o el acceso a datos de telefonía.

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

17. No creo que sea viable dicha postura. Esto, a la luz de mi valoración del contenido de los derechos involucrados, así como de sentencias de la Corte Interamericana y de otros fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que a mi juicio resultan relevantes como insumos de la interpretación del alcance de los derechos humanos a la vida privada, intimidad y datos personales.
18. De este parámetro de regularidad y resoluciones jurisdiccionales, se desprende el criterio de que la necesidad de un padrón generalizado de datos a cargo del Estado debe analizarse con especial cuidado. En México, existen diferentes bases de datos de los ciudadanos para muy diferentes fines. Por ejemplo, la base de datos relacionados con el nacimiento y el estado civil, la relacionada con la Clave Única de Registro Población, la base de datos con la que cuenta el Instituto Nacional Electoral.
19. No obstante, todas estas bases de datos generalizadas responden a la necesidad y obligación del Estado de respetar y proteger algún derecho humano o de cumplir alguna obligación constitucional; por ejemplo, el acceso a las actas de nacimiento, el acceso a prestaciones de seguridad social, el ejercicio del derecho a votar y ser votado.
20. El problema con el Padrón que ahora se cuestiona es que no se relaciona directamente con la prestación o satisfacción directa de un derecho humano para toda la población. En realidad, su finalidad se circunscribe al ejercicio de competencias en materia de seguridad y justicia en torno a la comisión de delitos. Por ello, la propia idea de un Padrón de Usuarios de Telefonía generalizada y a cargo del Estado con miras a la investigación o el proceso criminal resulta bastante debatible.
21. Es paradigmático que en una de las últimas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos relacionada con esta materia, en el caso *Breyer vs. Alemania*, se hizo un recuento de las modalidades existentes en varios países de las base de datos de usuarios de telefonía. Lo peculiar es que se destacó que, en ninguno de los Estados democráticos que la integran, se

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

regula que el Gobierno cuente con su propia base de datos personales de todos los usuarios de telecomunicaciones. Más bien, esos datos se encuentran a cargo de los diferentes prestadores de servicios; por lo que el acceso a los mismos se hace a partir de peticiones particularizadas motivadas por una investigación administrativa o criminal concreta.

22. Aunado a esto, y por si lo anterior fuera poco, estimo que los alcances que se le dio a la regulación del Padrón a cargo del Estado incluyen características más gravosas que otras imaginables e igualmente idóneas. Por ejemplo, la base de datos es atemporal y la petición de acceso a los datos personales no cuenta con una verificación judicial.
  
23. A mi parecer, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de medidas de investigación de delitos, en este caso y aun en el supuesto hipotético de que se prescindiera del requisito de datos biométricos, se permitiría el acceso y uso de datos personales sin ningún tipo de control judicial que asegure criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Datos personales como el domicilio o el esquema de contratación, cuando se encuentran en manos del Estado, sí tienen una expectativa de privacidad cuando van a ser usados en materia penal. Estos datos permiten delinear ciertas características particulares del sujeto investigado. Lo anterior evidencia que, aun si se aceptara que el Estado puede contar directamente con este tipo de Padrón, medidas como el control judicial son menos gravosas que la ausencia del mismo.
  
24. Adicionalmente, considero que varias de las normas reclamadas exigen que todos los usuarios de telefonía otorguen los datos exigidos para poder continuar con su línea telefónica; lo que lleva necesariamente a que los concesionarios incumplan los contratos que puedan estar vigentes con los usuarios y que no requieran la aportación de esos datos personales.
  
25. Con esto, a mi parecer, se transgrede de manera directa el principio de legalidad y el principio de no retroactividad de la ley; además, se incumple el deber impuesto en el artículo 6 de la Constitución del Estado de garantizar

**VOTO CONCURRENTENTE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 82/2021 Y SU ACUMULADA 86/2021.**

que todas las personas puedan acceder a servicios de telecomunicación. Las personas no podrán continuar con su línea telefónica si se niegan a proporcionar ciertos datos personales como su domicilio o, en su caso, los biométricos, que van a dar directamente al Estado y que no son necesarios para la satisfacción o cumplimiento de un derecho humano o una obligación constitucional para toda la ciudadanía. Son todas estas razones adicionales las que me llevan a apoyar la postura de inconstitucionalidad.

26. Finalmente, me separo de los párrafos 419 a 422 de la sentencia, pues no considero que la Evaluación de impacto en la protección de datos personales que prevé la Ley General sea aplicable para el procedimiento legislativo. Asimismo, me separo de lo expuesto en los párrafos 393 a 402, dado que ni siquiera era necesario hacer alusión a la posibilidad conceptual de realizar un test de proporcionalidad más intenso, al ser suficiente los argumentos previamente detallados para declarar la inconstitucionalidad.

**MINISTRO**

**ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA**

**SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS**

**LICENCIADO RAFAEL COELLO CETINA**