



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 31, julio-diciembre 2014

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ERA DE LA TECNOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES: UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Alfredo GUTIÉRREZ ORTIZ MENA*

I

Uno de los temas más relevantes en las democracias constitucionales modernas es el que relaciona a los elementos del título de esta aportación: la esfera de libertades que se asocian a la intimidad o privacidad de las personas y el potencial de la tecnología comunicativa para develar aspectos importantes de la vida privada al conocimiento del público.

La pregunta por la correcta relación de ambos no solo es de suma importancia para la resolución de asuntos prácticos y concretos en una diversidad de temas, sino también, en general, para la definición del modelo de Estado que estamos dispuestos a defender, y en particular, la forma de interpretar su expresión jurídica al reflejarse en determinadas normas constitucionales; ¿cómo entender la forma en que habremos de defender dos triunfos de la actualidad?: lo que Isaiah Berlin denominó la libertad de los modernos, como la libertad negativa en la que se encuentra la intimidad o privacidad, y la gran aportación de la modernidad que es el aprovechamiento de los frutos de la ciencia.

Uno de los temas centrales de esta discusión general se encuentra en la pregunta sobre los límites del derecho a la intimidad frente a cierta actividad estatal que se sirve de ciertas herramientas tecnológicas para develar aspectos que las personas consideran del dominio privado, más aún, como

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

determinar cuándo un aspecto de la vida diaria debe reputarse como digna de protección jurídica frente a la actividad del Estado, y correlativamente, cuándo se trata de una actividad personal a la cual no cabe acordar una protección robusta, y por tanto, la interferencia estatal puede calificarse como legítima si no es arbitraria o caprichosa.

Esta discusión fue retomada por el Pleno de la Suprema Corte en las sesiones del 9 al 16 de enero del presente año, al resolver la acción de inconstitucionalidad 32/2012, interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra distintas disposiciones del Código Penal de Procedimientos Penales y de la Ley Federal de Telecomunicaciones que otorgan a la Procuraduría General de la República y a las procuradurías de los estados la facultad de solicitar, en el marco de una investigación ministerial y sin autorización judicial, que los permisionarios y concesionarios de telecomunicaciones informen sobre la ubicación de algún equipo de comunicación móvil. Y con motivo de la discusión detonada a partir de la decisión alcanzada —en el sentido de declarar la validez de las normas impugnadas—, estimo necesario compartir algunas reflexiones sobre el tema.

II

Mi premisa inicial es que existe una preocupación constitucional de proteger la privacidad, la cual se manifiesta en un mayor número de preceptos constitucionales (que el artículo 16 constitucional, observado por la mayoría de ministros) que es necesario considerar, pues solo reconstruyendo todos sus elementos normativos es posible establecer las condiciones de tutela del derecho de las personas a gozar de un espacio libre de interferencias en cada caso.

En específico, lo importante de esta visión que atiende a las distintas expresiones de la intimidad es apreciar las distintas condiciones de aplicación cuando, en cada caso concreto, se ha de identificar qué aspecto de la intimidad se encuentra en peligro y cuál es la naturaleza de la fuente de violación, pues existen distintas garantías de protección constitucional.

Así, por ejemplo, el derecho a la privacidad se puede reconstruir mediante la consideración de distintos derechos humanos: el derecho a la procreación del artículo 4, el de asociación del artículo 9, el de la protección del goce de los bienes, posesiones y libertades mediante el debido proceso en el artículo 14, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones en los

párrafos once y doce del artículo 16; por su parte, mediante el mandato de *incorporación* del artículo 1 constitucional, como lo ha sostenido la Corte, es necesario destacar las normas convencionales relevantes, pues integran un mismo parámetro de regularidad constitucional. Así, destaco el artículo 11 de la Convención Americana que protege al individuo frente a injerencias arbitrarias o abusivas en su vida, y protege su honra y dignidad.

Todas estas normas constitucionales apuntan inequívocamente a señalar una misma preocupación por tutelar un ámbito de privacidad e intimidad que el Estado debe garantizar, sin embargo, como se aprecia del contenido de todas esas normas, no todos los aspectos de privacidad tienen un mismo nivel de protección ni es indiferente para la Constitución la fuente de la probable vulneración, en otras palabras, es relevante identificar el “quién” y “el para qué” de la posible injerencia.

En muchas ocasiones, a la Constitución le preocupa, por ejemplo, que el Estado garantice un espacio de intimidad familiar y religiosa no solo frente a injerencias estatales, sino también del público en general, en donde ha de existir un escrutinio estricto para permitir una injerencia de algún tipo; en otros casos, las regulaciones constitucionales se enderezan íntegramente a prevenir las injerencias arbitrarias del Estado, pero no a cancelar la posibilidad en sí, como son aquellas realizadas en el contexto de la materia penal. De manera simplificada, cabe decir que en todos estos casos, la intimidad como derecho general tiene distintos niveles de protección, dependiendo si el Estado se constituye como garante o protector del mismo frente a la sociedad o si, por el contrario, debe ser garante frente a su propia actividad, resultando relevante qué tipo de actividad se trata.

Pues bien, sobre la base de esta premisa complementada, estoy en condiciones de determinar que la intimidad sobre la que versan las normas impugnadas es una relacionada con las comunicaciones de las personas, y la fuente de la violación se identifica con la actividad del Estado en el contexto de la investigación de una actividad criminal. Por tanto, las condiciones de aplicación del derecho a la intimidad son las que regulan los instrumentos de investigación ministerial para la persecución de los delitos

Así, para la resolución del caso, resulta relevante considerar que el artículo 16 constitucional establece un derecho contra los actos de molestia para que estos sean emitidos por autoridad competente que funde y motive la causa legal. En otro apartado de ese mismo precepto se establece que las comunicaciones son inviolables, y que solo mediante una orden judicial, se

pueden intervenir si se satisfacen ciertas condiciones; lo mismo puede decirse de la orden de cateo para la inspección de lugares, objetos o personas.

La Constitución acuerda distintos niveles de protección a la intimidad de las personas frente a sus instrumentos de investigación de delitos dependiendo si se constata la existencia de una “expectativa de privacidad legítima” de las personas. La Constitución identifica dos espacios donde esta expectativa se presupone *prima facie* (ii) el contenido de las comunicaciones privadas (ii) y el espacio físico de los domicilios, inmuebles, objetos y personas. En el resto de posibilidades de intromisión imaginables, fuera de estos contextos, debe determinarse caso por caso si se constata una expectativa de privacidad.

Si el juez constitucional determina que efectivamente existe una expectativa de privacidad, la conclusión es la aplicabilidad de las garantías, instrumentada para evitar una injerencia arbitraria e injustificada: la emisión de una autorización judicial mediante el cumplimiento de determinados requisitos que acrediten la necesidad, idoneidad y proporcionalidad. De ahí que se exija la existencia de una orden judicial de intervención, en el caso de las comunicaciones privadas, y de una orden de cateo, para el caso de la intromisión de lugares o para la inspección de personas y objetos. De no existir una expectativa de privacidad legítima, entonces, el estándar de escrutinio constitucional se limita al exigido a un acto de molestia.

En efecto, la premisa interpretativa es que el derecho constitucional protege a personas y no lugares, esto es, la protección de las comunicaciones y de los domicilios y objetos es indirecta, pues mediante ellas lo que se busca tutelar es la privacidad de las personas. Por ello, estimo que el estándar aplicable requiere la determinación de si existe una “expectativa de privacidad legítima” para determinar cuáles son las condiciones de aplicación del derecho de privacidad o intimidad.

Así, se insiste, cuando se trata del domicilio de una persona, la relación intrínseca que existe entre este espacio y la persona es tal, que la expectativa de privacidad se presupone y no es materia de discusión, por ello basta acreditar que la autoridad pretende acceder a estas áreas de protección constitucional para concluir que se debe cumplir con las garantías respectivas. En este caso se requiere satisfacer todos los requisitos de emisión de una orden judicial de cateo.

Sin embargo, con las comunicaciones privadas, la perspectiva varía, pues es necesario una vez más determinar los contextos de las posibilidades de

injerencias. Los contenidos de las comunicaciones privadas para el artículo 16 constitucional son inviolables, pues ahí se genera una nítida expectativa legítima de privacidad. Sin embargo, las actividades realizadas incidentalmente en la actividad comunicativa requieren de precisión contextual. Si se realizan en estos espacios protegidos, es claro que la expectativa de privacidad se presupone, pero cuando se realiza en un contexto público, es relevante determinar las formas en que esa expectativa se puede generar de manera legítima, pues pueden existir aspectos en los que las personas no pueden esperar razonablemente que toda su actividad comunicativa sea mantenida al margen del conocimiento público.

Para determinar si se constata una “expectativa de privacidad legítima”, se requiere determinar si las expectativas subjetivas de los individuos de mantener algo como privado se pueden calificar como razonables y justificadas por las circunstancias en un Estado democrático de derecho.

III

Aplicadas las anteriores conclusiones al caso concreto, concluyo que la facultad otorgada a los ministerios públicos (federal y local) en las normas impugnadas recae sobre un ámbito en el que no cabe afirmar la existencia de una expectativa legítima de privacidad, como es la localización geográfica de los equipos móviles de comunicación.

Sobre la base de la aclaración anterior, coincido con la decisión mayoritaria cuando concluye (i) que la medida de localización geográfica de equipos móviles no tiene el efecto principal ni incidental de acceder a los contenidos de las conversaciones, (ii) ni proceder a la identificación específica de una persona, sino a la identificación limitada de un equipo que puede estar relacionado con la comisión de un delito, el cual puede llevar a cualquier persona relacionada con el mismo.

Por tanto, la pregunta relevante es si existe una expectativa de privacidad legítima sobre la señal generada por un equipo de comunicación móvil para su ubicación en un momento preciso y efímero, señal que no se obtiene mediante el acceso a un lugar protegido constitucionalmente, sino que se obtiene mediante el registro de un dato generado en la infraestructura de telecomunicaciones.

En mi opinión, son tres las razones que justifican una respuesta negativa:

1) Las señales de ubicación que envía un equipo móvil forman parte de un ámbito de información disponible para los permisionarios o concesionarios de telecomunicaciones para muy distintos propósitos comerciales, por tanto, a diferencia de los contenidos de las conversaciones, no cabe esperar que esas señales de ubicación no sean conocidos por nadie; más bien lo contrario se presupone. Esta identificación es importante para contabilizar en alguna forma las llamadas locales y de larga distancia y distintos servicios. Esta razón, sin embargo, no es suficiente por sí misma para justificar la conclusión, pero ayuda a ilustrar que el espacio de intimidad del que se trata no es uno que pertenezca a una intimidad en sentido fuerte de las personas.

2) Las señales de ubicación de los equipos móviles de comunicación forman parte de un ámbito disponible de información no solo para propósitos comerciales, sino también para una potencial regulación del Estado, por tanto, no puede esperarse razonablemente que esa señal de identificación sea de conocimiento privado de quien lo usa. Incluso el artículo 27 constitucional otorga facultades al nuevo Instituto Federal de Telecomunicaciones para “la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones”.

3) Sobre la base de lo anterior, cabe afirmar que las redes de telecomunicaciones sobre las cuales se generan las señales de identificación de los equipos móviles son las autopistas del siglo XXI, por lo que si en otras circunstancias no se ha considerado que la identificación de las placas de los automóviles o demás rasgos de identificación de una unidad por parte de un agente policiaco sea equivalente a entrometerse en un espacio en el que exista una expectativa de privacidad legítima —a diferencia de la intromisión en las comunicaciones que tienen lugar en el interior de los automóviles—, no veo razón para afirmar lo contrario en este caso. Esta analogía es inevitable, pues como lo estableció este Tribunal Pleno en la jurisprudencia 65/2007, el espectro radioeléctrico forma parte del espacio aéreo que constituye un bien nacional de uso común sujeto al régimen de dominio público de la Federación.

Por tanto, al no existir una expectativa de privacidad legítima, debe concluirse que la identificación del equipo de comunicación móvil no exige autorización judicial. En este caso, el artículo 16 constitucional solo exige que la utilización del instrumento de investigación no sea arbitraria

y, por tanto, basta con que se funde y motive la causa legal y sea emitido por autoridad competente.

IV

Finalmente, por la importancia que tiene el criterio de la mayoría creo pertinente aclarar que el límite de mi posición se encuentra en la evaluación de una facultad de identificación de un equipo de comunicación móvil en un momento preciso y efímero.

Por tanto, no adelanto mi posición para evaluar la constitucionalidad de la utilización por parte de autoridades ministeriales o policiacas de equipos o tecnologías que permita la vigilancia de las personas de una forma más comprehensiva, al grado de habilitar la generación de un expediente de sus movimientos públicos que refleje una gran cantidad de detalles de su vida familiar, política, profesional, religiosa o sexual.

En casos futuros que involucren tecnología equivalente, estimo que los jueces constitucionales deberán analizar con igual visión integral la preocupación constitucional de proteger la intimidad de las personas, y habrá de analizarse nuevas posibilidades de abuso en el almacenamiento de datos que revelen aspectos de la identidad de las personas sobre los cuales podría existir una expectativa de privacidad legítima.

Si este llegara a ser el caso, la expectativa de privacidad legítima habría, a diferencia de este caso, de ameritar una protección constitucional mayor y, por tanto, la aplicación de un escrutinio estricto que no solo amerite verificar los pasos de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad, sino también requiera de la participación de una autoridad judicial para su utilización.

Sin embargo, este no es el caso que tenemos que resolver en este asunto, y forma parte de una discusión abierta.

