

IV. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 32/2012*

Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la acción de inconstitucionalidad 32/2012.

En sesión de fecha 16 de enero de 2014, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de ocho votos, reconocer la validez de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones en el asunto citado al rubro. Al respecto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, quién impugnó los artículos referidos, consideró que eran inconstitucionales por violar el derecho humano a la privacidad al otorgar facultades discrecionales e ilimitadas a los procuradores generales de la República y de las entidades federativas para ordenar

* *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.*, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, página 151; Registro digital: 41402.

la localización geográfica de una persona en tiempo real sin mediar mandamiento judicial, que funde y motive la causa legal.

El artículo 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales impugnado, otorga al procurador general de la República la facultad de solicitar a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas.

Por su parte, el artículo 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece la obligación de los concesionarios para colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones respecto de los delitos mencionados en el párrafo anterior.

I. Razones de la mayoría

A continuación expongo, en síntesis, los argumentos de la mayoría. En primer lugar, se afirmó que la medida establecida en los artículos impugnados al no tener como efecto disminuir o suprimir en forma definitiva un derecho no se trata de un acto privativo de los regidos por el artículo 14 constitucional sino de un acto de molestia. Por lo que los actos en ejercicio de la referida facultad deben regirse de acuerdo con lo que dispone el artículo 16 constitucional sin que sea necesaria la intervención judicial.

En segundo lugar, se consideró que con base en las "... facultades que la Constitución Federal y las leyes confieren al

Ministerio Público, cabe concluir que la localización de un equipo de comunicación móvil asociado a una línea se inserta dentro de las actividades y diligencias propias de la investigación de los delitos que la ley le confiere al Ministerio Público, mediante tecnologías disponibles en materia de telecomunicaciones, con las que deben contar los concesionarios o permisionarios del servicio, que tienden a facilitar y hacer más eficaz la persecución de delitos que lastiman de manera singular a la sociedad ..."

En tercer lugar, se argumentó que la medida impugnada se estableció para fortalecer las herramientas de la autoridad ministerial en el combate de los delitos previstos en el propio artículo y en busca de la consolidación de un marco legal que permita al Estado Mexicano investigar con mayor eficacia dichos delitos. En este sentido, consideraron que a esta medida subyace la protección al orden público y la paz social, así como la tutela a los derechos de la vida e integridad física y psicológica de las personas, lo que justifica a plenitud la facultad que se autoriza al procurador general de la República.

En cuarto lugar, en cuanto a la posible restricción del derecho a la privacidad, consideraron que este derecho debe ceder al interés de preservar el orden público y la paz social, garantizar la protección de los derechos de la vida e integridad física y psicológica de las personas y la eficaz investigación de los delitos. Adicionalmente, se argumentó que la medida impugnada no implica la intervención de comunicaciones ni registro de llamadas porque la misma únicamente se acota a la ubicación del lugar que proviene una llamada realizada a través de un equipo móvil asociado a una línea. En otras palabras, la localización geográfica de equipos de comunicación móvil asociados a una línea no se encuentra dirigida a una persona individualmente determinada,

por lo que no tiene alcance de vulnerar derechos humanos. Si bien la ubicación del lugar donde proviene una llamada encaminará la investigación hacia las personas que utilicen o detenten la posesión de los aparatos y su probable participación en el hecho que se indaga, de esto no se sigue la vulneración al derecho a la privacidad y otro derecho fundamental porque de proceder alguna otra medida en orden a dicho fin, la misma queda sujeta a las reglas y formalidades que las leyes respectivas establezcan.

Adicionalmente, en relación con el derecho a la privacidad, se dijo que aun cuando el artículo 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales pudiera implicar una intromisión a la vida privada de las personas, la misma resulta razonable y proporcional con el fin constitucionalmente legítimo que se busca y también justificada. En este sentido, i) el fin legítimo es facilitar la investigación y persecución de delitos; ii) se considera un medio tecnológicamente idóneo para la investigación del tipo de delitos para los que está establecida la medida; iii) la figura es necesaria porque de otra forma la investigación podría verse menoscaba o limitada; y, iv) es proporcional porque la posible restricción que supone se ve compensada por la importancia de los bienes jurídicamente protegidos y en aras de mantener el orden público y la paz social.

Por último, se afirmó que si bien es cierto que, por regla general, toda invasión al derecho a la privacidad requiere una orden judicial, conforme a los criterios de este Alto Tribunal y del sistema interamericano de derechos humanos, sólo puede prescindirse de dicho requerimiento en casos en los que se pongan en riesgo la vida o integridad física de las víctimas del delito o cuando exista riesgo de que se oculte o desaparezca el objeto

del delito. En este sentido, se afirmó que las normas impugnada son constitucionales si y sólo si se interpreta que las mismas tiene aplicación únicamente en estos supuestos de excepción, lo que deberá estar suficientemente motivado por la autoridad competente.

II. Razones del disenso

En primer lugar, mi divergencia general respecto de los argumentos de la mayoría parte de distintas concepciones de la Constitución y del entendimiento del artículo 1o. constitucional en vigor. Los argumentos en favor de la validez de los artículos parten de la existencia de la facultad de la PGR para solicitar la geolocalización en tiempo real de los aparatos celulares como parte de una investigación ministerial y, a partir de ahí entender los derechos establecidos en la Constitución como el derecho a la privacidad cómo un límite a la mencionada facultad. Mi entendimiento del asunto es en sentido completamente inverso. La facultad de solicitar la investigación no se encuentra otorgada como parte de la facultad de investigación de delitos contenida en el artículo 21 constitucional, sino que la entiendo como extensión, por la evolución tecnológica, de las facultades de irrupción en la vida privada expresamente establecidas en la misma (por ejemplo: el cateo o la intervención de comunicaciones).

En este sentido, creo que lo que la razonabilidad de esta intervención debió justificarse delito por delito y no en un listado de delitos como lo hace el artículo impugnado. Lo anterior, porque que los mismos obedecen a una razonabilidad diferenciada. Por ejemplo, cuando se menciona el delito de secuestro, donde existe una víctima concreta y determinada. Tal vez en relación con ese delito la argumentación de necesidad y urgencia pueda ser más

sencilla y requiera de menos elementos que los demás delitos del listado; sin embargo, la medida no está justificada así, sino en general, sin una especificación de la necesidad de cada uno de ellos. La estructura de la medida establecida en el artículo impugnado juega en contra de su posibilidad de justificación razonable y proporcional. Cada uno de los supuestos debería estar diferenciado y permitir una argumentación particular para su justificación por parte del legislador: una argumentación dedicada, específica y particular a cada uno de los delitos. De otro modo, entramos —como se hizo en la sentencia— en un falso juego de "ponderar" o "balancear" distintos derechos, cuando esta operación no puede hacerse dado el modo como está estructurada la medida.

En este sentido, el punto de partida no es la facultad, sino el derecho humano y debe ser el legislador ordinario el que justifique la necesidad constitucional, así como la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida. En cuyo caso debe referirse de manera específica a cada uno de los delitos y no simplemente a una autorización general para un listado de ellos. Es decir, el punto de partida debe ser el derecho humano; el cual no debe justificarse frente a una facultad otorgada por el legislador a una autoridad investigadora.

En segundo lugar, considero que el análisis en el sentido de que no estamos frente a actos privativos, sino a actos de molestia, porque la investigación ministerial y la autorización para la localización de equipos móviles, no priva de manera definitiva de sus derechos a los gobernados, no es el que debe realizarse para contestar la pregunta acerca de la afectación al derecho a la privacidad. Esto es así porque nos encontramos frente a una acción abstracta de inconstitucionalidad, donde la naturaleza

del acto y sus alcances en un caso concreto no trascienden al análisis de la norma en su contraste directo con la Constitución.

En este análisis abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas, la tesis de distinción entre actos privativos y actos de molestia, no me parece aplicable, ya que lo que debe analizarse de manera directa es la formulación de la norma y su potencial afectación a un derecho humano, así como su posible justificación constitucional, en donde no influye la naturaleza del acto de autoridad, en los términos que presenta la sentencia. En este sentido, si bien es cierto que la facultad genérica de investigación de delitos se encuentra en el artículo 21 constitucional, también es cierto que esta facultad no puede irrumpir en el ámbito de derechos del individuo de forma arbitraria sin que exista supuesto expreso en la Constitución, como en el caso de cateos o intervención de comunicaciones privadas o aun en casos en donde por extensión admitimos acciones de investigación, como es el caso de revisión de información en teléfonos celulares asegurados, caso similar al que nos ocupa. En este segundo tipo de casos en los cuales no existe facultamiento constitucional expreso, debemos ser aún más cuidadosos y mantener como condición mínima y fundamental las mismas salvaguardas que para los supuestos expresamente establecidos en la Constitución. Por ello, creo que lo que debió haberse justificado por el legislador ordinario que emitió la norma impugnada, no solamente en la exposición de motivos, sino en el texto mismo de la norma, o en su interpretación sistemática, es que la facultad que le otorga al Procurador General de la República, cumple con la exigencia general de la Constitución de someter los actos de investigación ministerial, específicamente establecidos en la Norma Suprema o por extensión a control judicial. Lo anterior me lleva a considerar que todo acto que pueda considerarse por

extensión como facultad constitucional de investigación de las procuradurías, debe tener como salvaguarda mínima el control judicial previo, y no puede soslayarse o superarse esto mediante una consideración de razonabilidad o ponderación como se hace en la última parte del considerando quinto de la sentencia.

Si bien es correcta la afirmación de la sentencia, de que los derechos no son ilimitados, la irrupción o limitación de un derecho como es el de la privacidad, cuando esta facultad no se encuentra expresamente establecida en la Constitución, sino que se considera posible por extensión de las existentes, no puede considerarse constitucional, si la misma no cuenta con un mínimo control para evitar su uso indiscriminado por parte de la autoridad persecutora. Para mí justamente la potencial vulneración a un derecho fundamental, lo que me lleva en el análisis abstracto de la medida y en el análisis de la estructura constitucional del derecho a la privacidad, a sostener no la inconstitucionalidad en todos los casos de la medida, sino en la necesidad de su control por parte de un Juez, evitando que el control sea posterior, una vez que ya ha sido vulnerado el derecho y existen elementos que ya no son restituibles en su goce.

En tercer lugar, me parece que la distinción entre el objeto y la persona para determinar que no puede haber vulneración de derechos fundamentales, en este caso del derecho a la privacidad, no hace sentido. Cuando se está localizando a un aparato celular a través de una línea determinada, no estamos localizando solamente al aparato, como si se tratara de un servicio de localización de objetos perdidos (como funcionan ciertos servicios de localización en caso de robo de teléfonos o tabletas), sino que la finalidad es localizar a la persona portadora del aparato asignado a una línea. Cuando las líneas se convierten

en un accesorio de la persona gracias a la portabilidad numérica, es muy difícil afirmar que la localización del aparato que le corresponde a través de la línea telefónica es simplemente la localización de un "objeto". Esto sería como afirmar que cuando la Constitución en su artículo 16 protege la correspondencia que circula bajo cubierta por estafeta, lo que está protegiendo es al sobre y a la carta y no el derecho a la privacidad de la persona que emite la comunicación que se encuentra dentro de ese sobre.

Por último, decir que la norma impugnada no es inconstitucional si se entiende que en la aplicación de la norma la autoridad sólo puede actuar en los casos de excepción y siempre que exista motivación y fundamentación, no resuelve el problema de que la autoridad no tiene facultades constitucionales, y sigue fundándose en la idea central de la facultad de investigación del Ministerio Público y no en el derecho humano a la privacidad.

En conclusión, en mi opinión el punto de partida del análisis debe ser el derecho humano que protege la Constitución y no la facultad de la autoridad. En abstracto, este derecho nos tiene que llevar hacia la consideración de que toda medida legislativa es inconstitucional siempre que potencialmente vulnere este derecho y no exista una justificación de su necesidad constitucional, razonabilidad y proporcionalidad, no en un conjunto de casos, supuestos o delitos, sino razonado para cada uno de ellos, permitiendo a este Tribunal un control particular con el que se permita su examen pormenorizado y se evite una justificación de un supuesto por otro.

Aun siendo sensible a las condiciones sociales y políticas, y en particular, de seguridad del Estado Mexicano como condición

fáctica, éstas no pueden llevarme a constituir una razón de justificación general de la medida impugnada, menos aún como una facultad del legislador ordinario. En un momento dado, esta situación podría explicar una eventual modificación de la propia norma constitucional, o la declaración de suspensión de garantías o derechos humanos ahora, pero nunca la justificación de la norma ordinaria que va más allá del propio sistema de derechos y facultades que la Constitución reconoce y pretende hacer operativas y eficaces.

Es por todo lo anterior que voté en contra de declarar la validez del artículo 133 Quáter del Código Federal de procedimientos penales y el artículo 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Este voto se publicó el viernes 30 de mayo de 2014 a las 10:40 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.