

V. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 32/2012*

Voto concurrente que formula el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de dieciséis de enero de dos mil catorce.

Coincido con la decisión de la mayoría de los Ministros de que los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales, 16, fracción I, apartado D y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones no violan el derecho a la intimidad de las personas; sin embargo, estimo necesario precisar las consideraciones que me llevan a separarme de algunos de los razonamientos suscritos por la mayoría.

* *Gaceta...* op. cit., Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, página 156; Registro digital: 41403.

I.

En cuanto a los presupuestos procesales, si bien coincido con la determinación de la ejecutoria de que la acción de inconstitucionalidad es procedente respecto de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 Bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones, porque se trata de normas con un contenido novedoso introducidas mediante reforma publicada en el DOF el 17 de abril de 2012, ya que se impugnaron dentro del plazo de 30 días que establece la ley reglamentaria, no puedo coincidir en que esta causal también deba desestimarse respecto del artículo 16, fracción I, apartado D, de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

Como se concluye en la sentencia, este último precepto legal si bien fue introducido en el decreto de reformas publicado el 17 de abril de 2012, lo cierto es que no se trata de una reforma normativa genuina, porque ese contenido normativo ya existía en el sistema jurídico desde la reforma publicada el 9 de febrero de 2009. Por tanto, no existió un nuevo acto legislativo por lo que respecta a esa porción normativa; de ahí que su impugnación debió realizarse cuando esa norma fue recién promulgada, pues sería una contradicción lógica afirmar que una norma vigente a lo largo del tiempo ha sido promulgada dos veces.

Ésta es la posición que he sostenido en diversos asuntos, por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad 24/2012 y en la controversia constitucional 89/2009, en los que he afirmado una misma concepción de lo que debe entenderse un nuevo acto legislativo para los efectos de la oportunidad de una acción de inconstitucionalidad. En mi opinión, no es una condición suficiente, aunque sí necesaria de un acto legislativo su promulgación

y publicación, sino la aprobación de un contenido normativo que no existía previamente.

La premisa del razonamiento que me lleva disentir de la mayoría en este apartado de la oportunidad de la acción, es que, desde mi perspectiva, una norma jurídica no se define por su naturaleza sintáctica (una norma no es un enunciado lingüístico), sino por su naturaleza semántica (se trata de un enunciado lingüístico con significado), por tanto, al no existir un acto legislativo en este sentido —porque no se ha reformado un enunciado normativo lingüístico con un significado distinto—, ya que el contenido se ha mantenido constante en el tiempo, no puedo coincidir en que la presente acción de inconstitucionalidad sea procedente en ese aspecto.

II.

No obstante, vinculado por la votación de la mayoría, mi posición fue a favor del proyecto en reconocer la constitucionalidad de todas las normas impugnadas, las que, en lo principal, establecen la facultad de la Procuraduría General de la República y de las Procuradurías de los Estados 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. Como lo sostuve en las sesiones, suscribo la conclusión de la mayoría de que esta facultad no viola el derecho humano a la privacidad o a la intimidad; sin embargo, con una aproximación interpretativa distinta.

Mi premisa inicial es que existe una preocupación constitucional de proteger la privacidad que se manifiesta en un mayor

número de preceptos constitucionales que el artículo 16 constitucional considerado por la mayoría de Ministros, los que son necesarios considerar, pues sólo reconstruyendo todos sus elementos normativos es posible establecer las condiciones de tutela del derecho a 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 4o., el de asociación del artículo 9o., 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, todos de la Constitución Federal; por su parte, mediante el mandato de *incorporación* del artículo 1o. 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 sólo 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 versa 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 sólo 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 (i) el contenido de las comunicaciones privadas; y, (ii) 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, como son aquellas comunicaciones llevadas en un espacio público, donde la exposición de las acciones propias es tan alto, que no se puede esperar que las comunicaciones ahí realizadas sean mantenidas sin que sean conocidas por las personas ahí presentes.

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 justificados 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 sólo 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 sólo 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 policíacos de equipos o tecnologías que permita la vigilancia de las personas de una forma más comprensiva, 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, es-timo, 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 posi-bilidades 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 éste llegara a ser el caso, la expectativa de privacidad legítima habría, a diferencia de este caso, de ameritar una pro-tección constitucional mayor y, por tanto, la aplicación de un escrutinio estricto, que no sólo 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, éste no es el caso que tenemos que resolver en este asunto y forma parte de una discusión aún abierta.

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