



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

División de Estudios de Posgrado



Maestría en Derecho

Opción en Derecho Procesal Constitucional

**EL CONTROL RAZONABLE Y PROPORCIONAL DE LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA
PARA PROTEGER EL DERECHO HUMANO A LA PRIVACIDAD EN MÉXICO**

Tesis que para obtener el título de Maestro en Derecho con Opción
en Derecho Procesal Constitucional

Presenta:

Licenciado en Derecho Carlos Andrés Pérez López

Directora de tesis:

Doctora en Derecho María Teresa Vizcaíno López

Codirectora de tesis:

Doctora en Ciencias Olga Lilia Pedraza Calderón



Morelia, Michoacán, octubre de 2018

ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA

El Repositorio Institucional de Tesis Digitales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), creado para gestionar y mantener una plataforma digital de acceso libre y abierto para la difusión de la producción académica o científica, con fundamento en lo establecido en el artículo 3º, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 143 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo; artículos 64 y 69 de la Ley de Ciencia y Tecnología; artículos 27º, 30º y 148º de la Ley Federal del Derecho de Autor; artículos 1º, 2º y 4º de la Ley Orgánica de la UMSNH; artículo 44º del Reglamento General de Exámenes de la UMSNH; y artículos 4º, fracción II, y 12º fracción II, del Reglamento General de Bibliotecas de la UMSNH; manifiesta hacer cumplir lo descrito por el Aviso de Privacidad de la UMSNH en lo referente a los datos recabados en el presente documento. El OTORGANTE declara ostentar la condición de AUTOR en el sentido que le confiere la Ley Federal del Derecho de Autor y ser el titular de los derechos que se otorgan en la presente licencia, de igual forma manifiesta que se trata de una obra original. En caso de que existan coautores, el AUTOR declara que cuenta con el consentimiento de los otros titulares para conceder la presente licencia, cuyos datos se detallan en la HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA. Con el fin de dar la máxima difusión a la obra a través de este Repositorio Institucional de acceso abierto, el AUTOR otorga LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA a la UMSNH, de manera gratuita, con carácter irrevocable e ilimitado en el tiempo y con ámbito mundial para la divulgación, publicación, comunicación pública, reproducción y/o distribución de su obra, incluida su disposición electrónica para que pueda ser utilizada de forma libre y gratuita por todos los que lo deseen, a través del Repositorio Institucional de Tesis Digitales, así como cualquier otro repositorio con el que se inter opere; con fines de divulgación científica y docente, sin ningún propósito comercial. El otorgamiento de la presente licencia de uso no exclusiva se realizará bajo las siguientes condiciones: a) El Repositorio Institucional podrá transformar el soporte de la obra, para adaptarla a cualquier tecnología susceptible de incorporación a Internet; realizar las adaptaciones necesarias para su acceso y visualización permanente, aun por parte de personas con discapacidad; realizar las migraciones de formatos para asegurar la preservación a largo plazo; incorporar metadatos necesarios para realizar el registro de la obra; incorporar también “marcas de agua” o cualquier otro sistema de seguridad, protección, licenciamiento de uso e identificación de procedencia, sin alterar el contenido de la obra. b) Se permite al Repositorio Institucional reproducir la obra en un medio digital para su incorporación a sistemas de búsqueda y recuperación, incluyendo el derecho a reproducirla y almacenarla en servidores u otros medios digitales a efectos de seguridad y preservación.

c) El Repositorio Institucional permitirá a los usuarios la descarga de copias electrónicas de la obra en un soporte digital. d) El Repositorio Institucional podrá realizar la comunicación pública y puesta a disposición de la obra accesible de modo libre y gratuito a través de Internet. En virtud del carácter no exclusivo de la licencia, el AUTOR conserva todos los derechos de autor sobre la obra, y podrá ponerla a disposición del público en esta y en posteriores versiones, a través de los medios que estime oportunos. e) El AUTOR declara que la presente licencia no infringe ningún derecho de terceros, ya sean de propiedad industrial, intelectual o cualquier otro. f) En caso de requerirlo, el AUTOR puede solicitar un periodo de RESERVA DE PUBLICACIÓN, tal como se establece en la HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA. g) El AUTOR garantiza que el contenido de la obra no atenta contra los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de terceros. h) El Repositorio Institucional de Tesis Digitales estará exento de la revisión del contenido de la obra, que en todo caso permanecerá bajo la responsabilidad exclusiva del AUTOR. i) El AUTOR, como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la UMSNH se encuentra en todo caso, libre de todo tipo de responsabilidad civil, administrativa y/o penal, y que él mismo asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros. j) La obra se pondrá a disposición de los usuarios para que hagan de ella un uso justo y respetuoso de los derechos del autor y con fines de estudio, investigación o cualquier otro fin lícito y sin intenciones de lucro. El mencionado uso, más allá de la copia privada, requerirá que se cite la fuente y se reconozca la autoría. k) La UMSNH estará exenta de ejercitar acciones legales en nombre del AUTOR en el supuesto de infracciones a derechos de propiedad intelectual derivados del depósito y archivo de la obra. l) El AUTOR podrá solicitar el retiro de la obra del Repositorio Institucional sólo por causa justificada; debiendo manifestar su voluntad en forma fehaciente y acreditar debidamente la causa justificada ante los responsables directos del Repositorio Institucional. Asimismo, estos últimos podrán retirar la obra del Repositorio Institucional, previa notificación al AUTOR, en supuestos suficientemente justificados o en caso de reclamaciones de terceros. m) El Repositorio Institucional notificará al AUTOR de cualquier reclamación que reciba de terceras personas en relación con la obra en particular, relativa a los derechos de propiedad intelectual sobre ella. n) El AUTOR autoriza el registro de su CURP para fines de catalogación, sujeto siempre a las condiciones del AVISO DE PRIVACIDAD de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA

1. Datos del autor o autores:

Nombre completo: CARLOS ANDRÉS PÉREZ LÓPEZ	Matrícula: 1013610K
CURP: PELC920203HGTRPR01	
Nombre completo:	Matrícula:
CURP:	
Nombre completo:	Matrícula:
CURP:	
Nombre completo:	Matrícula:
CURP:	

HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA

Datos del trabajo de titulación:

Título del trabajo de titulación:	EL CONTROL RAZONABLE Y PROPORCIONAL DE LAS MEDIDAS DE VIGILANCIA PARA PROTEGER EL DERECHO HUMANO A LA PRIVACIDAD EN MÉXICO
-----------------------------------	--

(marcar con una X)

Tipo de documento:	TESIS	☒	TESINA	☐	MEMORIA	☐
	OTRO (especifique):	☐				
Grado académico:	LICENCIATURA	☐	MAESTRIA	☒	DOCTORADO	☐
	NIVEL TÉCNICO	☐	ESPECIALIDAD	☐		

Condiciones para el otorgamiento de licencia de uso no exclusiva:

(marcar con una X)

SÍ AUTORIZA	☒	RESERVA DE PUBLICACIÓN	☐
Acepta lo descrito en el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA y con base en ello AUTORIZA Y OTORGA LA LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA.		Después de haber leído el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA, SOLICITA UN PERIODO DE RESERVA DE PUBLICACIÓN.	

En caso de haber seleccionado "RESERVA DE PUBLICACIÓN" favor de llenar la siguiente tabla:

TIEMPO DE RESERVA REQUERIDO (en meses):				
Máximo de reserva de publicación:	TRÁMITE DE PATENTE	☐	PUBLICACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA OBRA	☐
OTRO:				

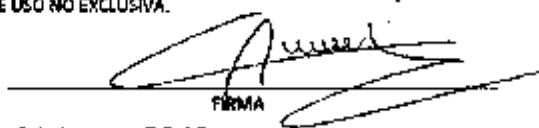
Al vencer el periodo de reserva, el Repositorio Institucional estará facultado para publicar la obra correspondiente. En caso de requerir una prórroga deberá comunicarse con anticipación al área del Repositorio Institucional o acudir personalmente a solicitarlo.

4. Otorgamiento de licencia de uso no exclusiva:

Declaro conocer, comprender y aceptar todo lo contenido en el ACUERDO DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA y, con base en ello, haber llenado el presente formato denominado HOJA DE LICENCIA DE USO NO EXCLUSIVA.

CARLOS ANDRÉS PÉREZ LÓPEZ

NOMBRE


FIRMA

Morelia Mich., a 08 de OCTUBRE del año 2018

Para mi hija Grecia Sofía

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente el apoyo de mi familia que durante este periodo me ha acompañado en los proyectos que he emprendido, sobre todo en la decisión de cursar la maestría previendo el éxito de esta; a mi madre Inés María de la Paz López Navarro y Saúl Navarro por el apoyo incondicional en todos los momentos en que he acudido a ellos.

A mi pareja Marisol Silva Prado por tenerme la paciencia necesaria y en ocasiones sacrificar tiempo de calidad para poder cumplir con mis compromisos académicos, gracias por eso.

A mis hermanos, Melissa, César, José. Gracias por todos esos buenos momentos que paso cuando estoy con ustedes, risas y bromas dan vitalidad a mi vida siempre.

A la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y a la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en su labor tan noble de la educación y servicio, por su visión e ideal humanista que la ha caracterizado a través de la historia. Considero a la institución desde los primeros años como estudiante como mi segundo hogar, en virtud de que en sus aulas y pasillos he pasado los mejores años de mi vida hasta hoy; conocí amigos y compañeros de grandes capacidades intelectuales y humanas, me forjó una mentalidad abierta y me dio las bases y elementos para enfrentar la realidad social imperante, dándome siempre un impulso para mejorarla y transformarla de manera positiva.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), por su noble labor en pro de la investigación científica, y que gracias a su apoyo fue posible la dedicación con la que realice la presente tesis, así como la estancia de investigación en la Universidad de Castilla La Mancha, en la ciudad de Toledo, España.

A mis profesores, a los que en cada clase transmiten con pasión sus conocimientos, comparten sus experiencias en el ejercicio de la profesión, en especial un agradecimiento sincero a mi directora y codirectora de tesis, Doctora María Teresa Vizcaíno López y Doctora Olga Lilia Pedraza Calderón respectivamente, así como a mi profesor de Metodología, Doctor Carlos Salvador Rodríguez Camarena que durante dos años han estado en constante revisión de mis avances con un rigor metodológico impresionante, en verdad que he aprendido mucho de ellos y agradezco sinceramente su interés y compromiso.

Al Maestro Eduardo Delgado Duran por su valioso apoyo en la lectura minuciosa y detallada del presente trabajo de investigación, correcciones de estilo y reflexiones de fondo sobre el presente trabajo, agradezco sinceramente su disposición y asistencia.

Al Doctor Francisco Javier Díaz Revorio, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha, que me aceptó para realizar una estancia de investigación dicha Universidad para el fortalecimiento de este trabajo de investigación; también al Maestro Luis Bourguet que me apoyó en diversas ocasiones durante mi estancia en España.

Agradezco a mis compañeros y amigos de la maestría que aprendimos juntos por el camino de la investigación, a veces por experiencias compartidas otras por ensayo y error. Por los momentos compartidos con ellos que hicieron muy amenas las horas de estudio, diversión y planeación del porvenir.

Carlos Andrés Pérez López

ÍNDICE

RESUMEN	xi
ABSTRACT	xi
ÍNDICE DE GRÁFICAS.....	xii
INTRODUCCIÓN	xiii

CAPÍTULO 1

LA PRIVACIDAD, LA SEGURIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

1.1. Evolución histórica-doctrinal del derecho a la privacidad	1
1.1.1. Concepto y evolución de la privacidad.....	1
1.1.2. El derecho a la privacidad.....	5
1.1.3. El derecho a la privacidad en la era de la tecnología.....	7
1.2. Configuración del derecho a la privacidad	12
1.2.1. Espacios que protege el derecho a la privacidad	14
1.2.2. Diferencias entre privacidad e intimidad	17
1.2.3. Colisión del derecho a la privacidad con otros derechos humanos o principios.....	19
1.3. Evolución histórico-doctrinal de la seguridad	20
1.3.1. El concepto de seguridad	22
1.3.2. La seguridad pública.....	25
1.3.3. La seguridad nacional.....	27
1.4. La razonabilidad.....	31
1.4.1. Distinción entre la razonabilidad y racionalidad en el derecho	32
1.4.2. El principio de proporcionalidad.....	34
1.4.3. Diferencia entre principios y reglas	38

CAPÍTULO 2

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PRIVACIDAD Y LA SEGURIDAD

2.1. La protección constitucional de la privacidad	42
2.1.1. La jurisprudencia nacional sobre el derecho a la privacidad.....	44
2.2. La protección convencional de la privacidad.....	46
2.2.1. El derecho a la privacidad en el sistema universal de derechos humanos	46
2.2.1.1. La jurisprudencia sobre el derecho a la privacidad en el sistema universal	47
2.2.2. El derecho a la privacidad en el sistema interamericano de derechos humanos	48
2.2.2.1. La jurisprudencia sobre el derecho a la privacidad en el sistema interamericano.....	49
2.3. La protección legal de la privacidad	50
2.4. Consideraciones personales	52
2.5. Los procedimientos de defensa del derecho a la privacidad.....	53
2.5.1. Mecanismos no jurisdiccionales de defensa del derecho a la privacidad	53
2.5.2. Mecanismos jurisdiccionales de defensa del derecho a la privacidad ..	54
2.5.3. El habeas data	57
2.6. Los preceptos constitucionales sobre seguridad pública y seguridad nacional	58
2.7. Los principales tratados internacionales sobre seguridad suscritos por México	61
2.7.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos	61
2.8. Legislación sobre seguridad nacional y seguridad pública en México	63
2.8.1. Ley de Seguridad Nacional	64
2.8.2. Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.....	66
2.9. Facultades del Estado para intervenir en la privacidad de las personas a través de las comunicaciones privadas.....	67

CAPÍTULO 3

LAS VIOLACIONES AL DERECHO A LA PRIVACIDAD CAUSADAS POR LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS UTILIZADOS POR EL ESTADO MEXICANO

3.1. Las autoridades con facultades para intervenir comunicaciones privadas..	75
---	----

3.2. Las medidas tecnológicas invasivas a la privacidad	80
3.3. Los potenciales peligros de los abusos en la vigilancia e incidencia tecnológica sobre la privacidad	85
3.3.1. Los clasificados revelados por Edward Snowden	88
3.3.2. La intervención legal de las comunicaciones privadas en las estadísticas nacionales	92
3.4. Casos de violación al derecho a la privacidad por parte del Estado mexicano con el uso indebido de tecnologías	100
3.5. La necesidad de asegurar la protección de la vida privada de los ciudadanos en el actual contexto de seguridad	104

CAPÍTULO 4

EL CONTROL RAZONABLE Y PROPORCIONAL DEL USO DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS COMO MÉTODOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

4.1. El Poder Judicial de la Federación como garante del derecho a la privacidad frente a los medios tecnológicos utilizados por el Estado mexicano	108
4.1.1 Los principales criterios jurisdiccionales europeos sobre protección a la privacidad	113
4.2. El análisis razonable y proporcional del uso de medidas tecnológicas como métodos de garantía del derecho a la privacidad	119
4.2.1. El control de legalidad	120
4.2.2. El control de constitucionalidad y convencionalidad	122
4.2.2.1. Los estándares de protección a la privacidad	123
4.2.2.2. Las restricciones al derecho a la privacidad	125
4.2.2.3. La ponderación entre el derecho humano a la privacidad y el principio de seguridad	127
4.3. Corrección razonable al control proporcional de constitucionalidad y convencionalidad	133
CONCLUSIONES	136
FUENTES DE INFORMACIÓN	140

RESUMEN

La privacidad del ciudadano del siglo XXI se ve amenazada por los cambios y avances en la tecnología; este nuevo contexto pone a disposición del Estado los medios informáticos con alta capacidad intrusiva en la vida privada de las personas.

El Estado tiene diversas necesidades informáticas para sus labores fundamentales, una de ellas es proporcionar seguridad, así los órganos de gobierno naturalmente se benefician de los avances en los medios tecnológicos que facilitan las tareas de investigación y persecución de delitos y en general en las tareas de inteligencia.

Por otro lado, el uso desmedido y sin un control efectivo de estas tecnologías pone en juego las libertades fundamentales de las personas al exponer sus datos sensibles y vida privada al escrutinio estatal, creando así una tensión entre la optimización de la seguridad y el derecho fundamental a la privacidad.

Un control de razonabilidad de las medidas de vigilancia a través del Poder Judicial de la Federación puede equilibrar la tensión del binomio seguridad-privacidad.

Palabras clave: Derecho. privacidad, Seguridad, Medios tecnológicos, Razonabilidad.

ABSTRACT

The privacy of the 21st century citizen is threatened by changes and advances in technology; this new context makes available to the State computer media with high intrusive capacity in the private lives of people.

The State has different information needs for its fundamental tasks, one of them is to provide security, so the government organizations naturally benefit from the advances in technological means that facilitate the tasks of investigation and persecution of crimes and in general in the tasks of intelligence.

On the other hand, the excessive use and without an effective control of these technologies puts at stake the fundamental freedoms of the people when exposing their sensitive data and private life to the state scrutiny, creating a tension between the optimization of the security and the fundamental right to privacy.

A control of reasonableness of the surveillance measures through the Judicial Power of the Federation can balance the tension of the binomial security-privacy.

Keywords: Right to privacy, Security, Technological media, Reasonableness.

ÍNDICE DE GRÁFICAS

Gráfica 1. Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2013.....	93
Gráfica 2. Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2014.....	94
Gráfica 3. Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2015.....	95
Gráfica 4. Solicitudes de acceso a datos conservados por empresas de telecomunicaciones con autorización judicial.....	96
Gráfica 5. Geolocalización en tiempo real con autorización judicial 2013-2015..	97
Gráfica 6. Averiguaciones previas en las que se ha autorizado alguna medida de vigilancia (2013 – 2016) vs. número de averiguaciones previas en las que se ha ejercido acción penal.....	98
Gráfica 7. Averiguaciones previas en las que se han utilizado alguna medida de vigilancia (2013- 2015) vs. número de averiguaciones previas en las que se ha ejercido acción penal.....	99

INTRODUCCIÓN

1984 de Orwell¹ llegó tarde: las medidas de vigilancia en México están fuera de control. Estamos expuestos a ser espiados por las autoridades del Estado que con tan solo un *click* pueden conocer al instante nuestros gustos, aficiones, preferencias políticas o religiosas, domicilio y familia, por decir lo menos.

El Estado mexicano cuenta con tecnología altamente intrusiva que le permite vigilar de forma desmedida a sus ciudadanos, quedando potencialmente vulnerable nuestro derecho a la privacidad y el de cualquier persona a violaciones sistemáticas.

Los contextos en México y en el mundo de inseguridad, violencia y terrorismo han provocado el incremento de medidas de seguridad y vigilancia, al encontrarse en un momento de miedo y paranoia. Algunos ciudadanos han rogado por estas medidas, pero se olvidan de que estamos regalando sin parpadear ese primer límite fundamental al actuar del Estado. La privacidad es un espacio personalísimo y auténtico y libre del “yo”; y como afirmaría Snowden, “el grifo de donde surgen los demás derechos”.

Sin duda es importante que el Estado garantice la seguridad en el país; y en ese sentido los medios tecnológicos, son un mecanismo que ayudan a la prevención e investigación de delitos. Es indudable que, algunas medidas tecnológicas deben ser utilizadas en casos urgentes, porque incluso permitirían salvar muchas vidas.

Pero, por otro lado, es realmente preocupante que se utilicen de forma incorrecta, violentando derechos fundamentales y contribuyendo a la formación de un estado de control y vigilancia, porque este tipo de tecnologías tienen una naturaleza invasiva de la privacidad. Sin un control efectivo de las medidas de

¹ Véase: Orwell, George, 1984, trad. de Rafael Vázquez Zamora, ed. electrónica de Utopía, s.l.i., Salvat Editores, 1980, <http://www.laorquestafilosofica.com/wp-content/uploads/2018/01/1984.pdf>.

vigilancia, ¿qué detiene al Estado a que implemente dichas medidas de forma excesiva?

La actividad de vigilancia estatal debe de tener sus límites claros en virtud del alto riesgo de abuso implícito en la secrecía de esta. El ciudadano a su vez debe tener la garantía de poder actuar con total libertad y autonomía que la privacidad le brinda, sin temor de que se vigile cada uno de sus movimientos. Entonces, ¿cómo garantizar el derecho humano a la privacidad frente al uso de tecnologías, aun cuando el Estado las utilice con motivos de seguridad? Dicha cuestión es la pregunta fundamental que respondo y el objetivo central del presente trabajo de investigación.

Para lo cual, como respuesta intuitiva o provisional sostuve que para garantizar la protección al derecho a la privacidad el Poder Judicial de la Federación en sus resoluciones debe aplicar análisis razonables y atender al principio de proporcionalidad en sus resoluciones, frente al uso de las tecnologías que el Estado utilicé incluso por motivos de seguridad.

El problema lo abordé a partir del análisis de algunas de las variables y que se encuentra en el cuerpo de la presente tesis. Cabe mencionar que con dichas variables construí los objetivos de investigación que a su vez me sirvieron como base del capitulado. Siguiendo el modelo metodológico trabajado, esta tesis cuenta con cuatro capítulos.

El capítulo 1 tiene por objetivo analizar el derecho a la privacidad, la seguridad y los principios de razonabilidad y de proporcionalidad. Constituye pues un capítulo histórico conceptual en el que el lector encontrará el desarrollo histórico doctrinal de la privacidad, la configuración de este derecho, los espacios que protege y por otra parte el desarrollo histórico conceptual de la seguridad, la seguridad pública, la seguridad nacional y finalmente los conceptos de la razonabilidad y la proporcionalidad.

El capítulo 2 a su vez tiene por objetivo principal analizar el contenido jurídico de la privacidad y la seguridad. Este apartado está compuesto por el análisis de los preceptos constitucionales, instrumentos internacionales, tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano, en lo relativo a la protección al derecho

a la privacidad, así como sus principales procedimientos de defensa en México. Asimismo, se encontrará en este título un análisis de los preceptos constitucionales relativos a la obligación del estado de brindar seguridad y de las facultades de sus órganos para realizar actividades de inteligencia o intervención en las comunicaciones privadas con los requisitos específicos en la materia.

A su vez en el capítulo 3 cuyo objetivo principal es la exposición de las violaciones al derecho a la privacidad causadas por los medios tecnológicos utilizados por el Estado, exhibo cuáles medidas tecnológicas pueden vulnerar la privacidad, las autoridades que están facultadas por la ley para manejarlas y cómo han hecho uso de estas tecnologías de vigilancia, evidenciado por un estudio estadístico.

Pero además pongo de manifiesto cómo en el ejercicio de estas atribuciones el Estado mexicano ha utilizado dichas tecnologías con objetivos diversos a los permitidos por la Constitución y las leyes, vigilando de manera ilegítima a periodistas, opositores políticos y defensores de derechos humanos. Expongo además los potenciales peligros para las sociedades democráticas del uso excesivo y sin control de medidas de vigilancia, por lo que detalló el significado de los clasificados revelados por Snowden en el plano internacional y a su vez advierto la necesidad de asegurar la protección de la privacidad de los ciudadanos en este contexto.

Finalmente, en el capítulo 4 cuyo objetivo es el de definir la razonabilidad y proporcionalidad como métodos para garantizar el derecho humano a la privacidad frente al uso de tecnologías. En este capítulo describo al Poder Judicial de la Federación como el órgano idóneo para garantizar el derecho a la privacidad frente al uso de medidas tecnológicas de vigilancia del Estado. Asimismo, describo el modelo de análisis razonable y proporcional que conlleva diversos grados de control judicial con el objetivo que se respeten y se garantiza el derecho humano a la privacidad.

Como puede observarse el control que se propone en esta tesis consiste en un control *a posteriori*. Una de las grandes limitantes que surgieron durante la investigación fue que era viable además explorar un control *a priori* para garantizar

el derecho a la privacidad; es decir, un modelo en el que sea posible la revisión constitucional de las normas antes de que se promulguen, ya sea atribuyéndole facultades a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el objetivo de que revise los proyectos de ley en la materia y así evitar que entren en vigencia normas contrarias a la Constitución o vulnerando los estándares mínimos de protección a los derechos, idea que me sugirió el Mtro. Eduardo Delgado Duran quien se desempeñó durante años como Secretario de acuerdos de dicho Órgano Constitucional.

Sin embargo, lo anterior implica un rediseño del modelo constitucional actual, debiéndose modificar algunos de los preceptos de la Carta Magna que rigen en el sistema de pesos y contrapesos. Si bien comparto que lo anterior fortalecería el papel de la Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional, también entendí que dicha investigación implicaba otro estudio profundo y complejo sobre el tema, cuyas limitantes fueron las cuestiones de tiempo para concluir en tiempo el presente trabajo de investigación.

Aun así, el modelo que propongo en esta tesis, si bien es *a posteriori*, es decir, después de la existencia de la norma o del acto, para proteger al derecho a la privacidad no considero necesario modificar el modelo constitucional ni tampoco reformas legislativas, sino que con los elementos ya existentes en el propio sistema se lleven a cabo procesos de interpretación constitucional de las normas generales y de los actos que faculden la vigilancia con medios electrónicos, como medio de control y regularidad de los mismos, aplicando la razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto a los métodos utilizados en la investigación cabe destacar que se utilizaron los métodos deductivo, inductivo, analítico, comparativo, y en cuanto a las técnicas de investigación predomina en esta tesis la técnica documental.

La presente investigación fue guiada en su construcción metodológica por el Dr. Carlos Salvador Rodríguez Camarena, durante el curso de las materias de Seminario de Actualización Metodológica I, II, III y Seminario de Tesis, cursadas durante mi trayecto en la Maestría en Derecho con terminal en Derecho Procesal Constitucional; en cuanto al fondo, por mi directora y codirectora de tesis Dra. María Teresa Vizcaíno López y Dra. Olga Lilia Pedraza Calderón respectivamente.

También, se fortaleció el presente trabajo con la estancia de investigación realizada en el Área de Constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha, campus Toledo, España; en la que con la tutela del Dr. Francisco Javier Díaz Revorio rediseñé, fortalecí y trabajé en la redacción de parte del capítulo 4.

Finalmente, cabe destacar que esta tesis se orientó por el proyecto diseñado de conformidad a los *Lineamientos para la elaboración de proyectos de investigación de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, mientras que el estilo de citación y referencias a los *Lineamientos y criterios del Proceso Editorial* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.²

² Véase: Márquez Romero, Raúl y Hernández Montes de Oca, Ricardo, *Lineamientos y criterios del Proceso Editorial*, 2ª ed., México, UNAM, 2013, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3349>.

CAPÍTULO 1

LA PRIVACIDAD, LA SEGURIDAD Y LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

SUMARIO: 1.1. *Evolución histórico-doctrinal del derecho a la privacidad*; 1.2. *Configuración del derecho a la privacidad*; 1.3. *Evolución histórico-doctrinal de la seguridad*; 1.4. *La razonabilidad y la proporcionalidad*.

1.1. *Evolución histórica-doctrinal del derecho a la privacidad*

Los cambios tan abruptos que implica la era de la información y telecomunicaciones plantean nuevos desafíos y reflexiones para la humanidad, ¿cómo enfrentarlos?; todavía se desconocen los alcances e implicaciones que las tecnologías tienen sobre la vida moderna, una de las principales aristas que se deben considerar es el cambio en la manera en que hoy en día se ven comprometidos nuestros derechos y libertades, entre ellos nuestra privacidad y, por consiguiente, que respuestas nos puede traer el derecho.

Es importante tener presente la configuración del derecho a la privacidad, su origen y desarrollo. En este sentido, debe situarse en el contenido del aludido derecho, así como de las bases teóricas que le dieron origen. Por lo anteriormente expuesto, para llegar al derecho a la privacidad, previamente explico lo que es la privacidad propiamente. Por tal motivo, este apartado se subdivide en dos subapartados que refieren a la privacidad en particular para después entender con más claridad su protección y tutela jurídica, es decir, el derecho a la privacidad.

1.1.1. Concepto y evolución de la privacidad

El *Diccionario de la lengua española* define la “privacidad” como “la cualidad de privado” o como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de

cualquier intromisión”, mientras que si se remite a la palabra “privado” el mismo *Diccionario* la define como aquello “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna” o bien “particular y personal de cada individuo”.³

Desde la antigüedad se hacía referencia a conceptos que definían dos tipos de espacios vitales en la vida social. Los atenienses por ejemplo, al distinguir entre la *oikos* y la *polis*, hacían referencia de dos zonas fundamentales para el ser humano, la primera relativa al espacio del hogar y la segunda al conjunto público y político de las ciudades Estado.⁴ Este par de conceptos diferencian acertadamente la naturaleza misma del ser humano, el ser individual con el ser social intrínsecos en nosotros mismos, nuestro espacio propio en el cual nos desenvolvemos con soltura, y el espacio que compartimos y somos copartícipes con la sociedad en su conjunto.

En esta tesitura, se da lugar al espacio público como la zona “de las personas donde su participación y vínculos de relación tienen un carácter conocido y manifiesto en la sociedad, dando lugar a posibles relaciones y regulaciones por parte de las autoridades gubernamentales”⁵, y ámbito privado como al:

Espacio individual o particular de la vida de las personas donde se generan relaciones personales, familiares y domésticas. En este espacio los individuos tienen todo el derecho de mantenerse alejados del escrutinio público, de manera que puedan construir libremente su vida sin ningún tipo de intervención social o gubernamental.⁶

Durante siglos, la historia nos muestra cómo la relación entre sociedad e individuo fue clasificada en estratos sociales. En la edad media por ejemplo en relación con la vida privada, cita Muñoz de Alba Medrano que el aislamiento era un privilegio al que solo accedía la alta nobleza o bien, una necesidad o elección de

³ Real Academia Española, lemas consultados “privacidad” y “privado”, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014, <http://dle.rae.es/?id=TlvEXgq>.

⁴ Véase: Talciani, Hernán Corral. “Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: Origen, Desarrollo y Fundamentos”, en *Revista chilena de derecho*, 2000, vol. 27, p. 51.

⁵ García Ricci, Diego, *Para entender el derecho a la privacidad*, México, Nostra, 2017, p. 59.

⁶ *Idem*.

quienes renunciaban a la vida en comunidad.⁷

Se tiene pues que existen dos espacios para el desarrollo de la vida humana; ambos espacios son fundamentales y coexisten de manera conjunta, pero con características propias que las distinguen la una de la otra. La vida pública por ejemplo tiene como elemento la transparencia en las decisiones e ideas, ya que son decisiones que impactan al conjunto social. Por el contrario, la vida privada se define por una característica de opacidad relativa, toda vez que, se refiere a decisiones que solamente conciernen al individuo en su persona.⁸

Ahora bien, el ejercicio del poder público ha llegado a sobrepasar su ámbito, es decir, ha tendido muchas veces en la historia a invadir la esfera privada de los gobernados. Después de la Revolución Francesa se postuló un límite formal al ejercicio del poder público; la consolidación del Estado de derecho significó el sometimiento del poder a la razón del derecho, y consecuentemente un ámbito de libertades para los individuos. De ese modo, surge la doctrina liberal que es muy importante para el desarrollo conceptual de la privacidad y posteriormente su reconocimiento y tutela jurídica.

Benjamín Constant argumenta que mientras la libertad para los antiguos consistía en ser partícipes directos y constantes de la soberanía y las decisiones de Estado; para ellos, el sometimiento del individuo a la autoridad del conjunto es una cuestión compatible con esa libertad. Por consiguiente, “las acciones privadas estaban sometidas a una vigilancia severa”.⁹

Por otro lado, la libertad entendida por los modernos constituye un dejar de hacer por parte del Estado para dejar hacer al individuo; la independencia individual para gozar pacíficamente de la libertad privada.¹⁰ El fundamento de la libertad de los modernos es a su vez la esencia de la idea de tutelar la privacidad, ambos conceptos están íntimamente ligados, pues no hay libertad sin privacidad ni

⁷ Véase: Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “La protección de la persona frente a las tecnologías de la comunicación”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2006, p. 2.

⁸ Véase: Garzón Valdés, Ernesto, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, México, IFAI, 2010, pp. 19-20.

⁹ Constant, Benjamín, “Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Revista de Estudios Públicos*, 1995, vol. 59, p. 53.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 57-61.

privacidad sin libertad.¹¹

Emmanuel Kant postuló en su obra *¿Qué es la ilustración?*, que dicha etapa (la ilustración) llega cuando el ser humano es capaz de alcanzar un estado de libertad como consecuencia de la emancipación de toda tutela, intrusión o injerencia de agentes externos en la voluntad del individuo, exhorta al hombre a que se sirva de su propia razón sin la guía de otro.¹²

Un autor clásico de vital importancia en la doctrina liberal, John Stuart Mill en su obra *Sobre la libertad*, plantea lo siguiente:

¿Dónde está, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde comienza la autoridad de la sociedad? ¿Qué parte de la vida humana debe ser atribuida a la individualidad y qué parte a la sociedad? Cada una de ellas recibirá su debida parte, si posee la que le interesa de un modo más particular. La individualidad debe gobernar aquella parte de la vida que interesa principalmente al individuo, y la sociedad esa otra parte que interesa principalmente a la sociedad.¹³

Carlos Nino reflexiona al respecto que un ambiente libre de las injerencias del Estado paternalista dio como fruto la conformación de hombres y mujeres libres de conciencia, que contribuyen de manera positiva al desarrollo de su entorno en donde “el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”, por lo que de esta libertad surgen además otras libertades fundamentales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión.¹⁴

La libertad en la esfera privada dice Matthias Herdegen, es amenazada por

¹¹ Si se entiende la libertad de los modernos que expone Constan, se puede apreciar que la misma libertad que refiere es el límite formal al Estado para abstenerse de interferir en la vida del individuo, en la cual éste pueda desenvolverse sin obstáculos. La privacidad a su vez entendida como el ámbito reservado al individuo en la que no existen intervención de terceros, ni del Estado ni de particulares. En este sentido, se puede concluir que, si no hay ese espacio privado en la vida del hombre moderno, por ejemplo, cuando el Estado interviene en las decisiones personales, no hay libertad en dichas decisiones. Por otro lado, si no existe esa garantía de libertad, no sería posible tampoco la privacidad como derecho, ya que se necesita de la no intervención del Estado para que esta se constituya.

¹² Véase: Kant, Emmanuel, *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, 2ª ed., trad. de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2013, pp. 25-28. <https://es.scribd.com/document/354735042/Kant-Que-es-la-ilustracion-pdf>.

¹³ Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, trad. de Josefa Sainz Pulido, Aguilar, p. 88, <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>.

¹⁴ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 223.

tendencias paternalistas que buscan convertir toda virtud y toda buena moral en ley. Cuando más imponga el Estado comportamientos socialmente aceptados a los particulares, que van más allá de la debida protección a los bienes jurídicos fundamentales y más allá de equilibrar a través de la protección de los más débiles, menor será el espacio para la autonomía y la voluntad privada.¹⁵

Considero pues que tales postulados sustentan el núcleo esencial de la idea de tutelar la privacidad y de la importancia de garantizar un espacio propio y libre de injerencias de terceros en el que se puede acceder y salir de manera voluntaria.

La privacidad es considerada como una necesidad humana, toda vez que todas las sociedades observan prácticas encaminadas a resguardarla de una u otra manera, y los individuos a su vez encuentran las formas de autodeterminación en la participación social.

Aunque durante la antigüedad y la edad media existió el concepto de privacidad nunca se tuteló como un derecho, sino que solamente era visto como un privilegio, del que sólo algunos podían gozar. En los albores de la época moderna se empezaron a dibujar confines más claros entre las actividades del Estado y el límite con el actuar privado, cuestión que influyó para que en el siglo XIX se lograra tutelar con normas jurídicas y consolidar como un derecho humano, el derecho a la privacidad.

1.1.2. *El derecho a la privacidad*

En la era moderna es curioso que no se incluyera expresamente la privacidad en los primeros catálogos de derechos humanos como en la Declaración de los Derechos Hombre y Ciudadano de 1789 o en las enmiendas a la Constitución Norteamericana de 1781; ordenamientos pilares del constitucionalismo moderno y que posiblemente sea ésta la causa de que muchas constituciones, que se basaron en dichos catálogos de derechos, tampoco contengan de manera expresa el derecho a la privacidad. Tal derecho más bien se ha configurado a través de la doctrina y del desarrollo jurisprudencial de diversos países.¹⁶

¹⁵ Véase: Herdegen, Matthias, *Estado y Racionalidad*, trad. de Luis Felipe Vergara, Bogotá, Grupo Editorial y Depalma, 2012, p. 122.

¹⁶ Véase: García Ricci, Diego, *op. cit.*, p.15.

Uno de los momentos esenciales para el desarrollo de este derecho se dio en los Estados Unidos a finales del siglo XIX. Los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandéis en el ensayo titulado *The Right to Privacy*¹⁷ (*El Derecho a Privacidad*), que apareció publicado en la revista *Harvard Law Review*, describieron los abusos por parte de la prensa sensacionalista, que difundió de manera indiscriminada y detallada sobre un episodio de la vida familiar del primero de los autores mencionados, aludiendo de manera reiterada una invasión que consideraron afligió de manera mental y emocionalmente al afectado.

Fundamentan el reconocimiento de un nuevo derecho. Y con la naturaleza progresiva de los derechos humanos, argumentaron que los cambios políticos y sociales exigían soluciones a los problemas que antes no existían, y, por tanto, se requería que el derecho titulara la privacidad del individuo. En palabras de los propios autores:

Los cambios políticos, sociales y económicos implican el reconocimiento de nuevos derechos, y la ley común, en su eterna juventud, crece para satisfacer las nuevas demandas de la sociedad... la ley dio un remedio sólo para la interferencia física con la vida y la propiedad, por delitos *vi et armis*. A continuación, el "derecho a la vida" sirve sólo para proteger al sujeto de la batería en sus diversas formas; la libertad significaba la libertad de restricción real; y el derecho a la propiedad asegurada al individuo sus tierras y su ganado. Más tarde, llegó un reconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y su intelecto. Poco a poco el alcance de estos derechos legales amplió; y ahora el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar de la vida, el derecho a ser mucho menos; el derecho a la libertad asegura el ejercicio de amplios privilegios civiles...¹⁸

Poniendo en contexto lo anterior, en el año de 1890 en la ciudad de Boston, época en la que se desarrollaba de manera masiva la distribución de la prensa, de

¹⁷ Véase: Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Boston, vol. IV, núm. 5, 1890, <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm> y <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

¹⁸ *Ibidem*, p. 194. "Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses *vi et armis*. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened." Traducción propia.

manera tal que se difundieron noticias sobre una boda de las consideradas “importantes en la sociedad”, pero más que eso, se publicaron datos que solamente concernían a la familia en cuestión; consecuentemente dichas publicaciones causaron afectaciones morales y psicológicas al honor y estima de la aludida familia. La prensa, escriben los citados autores “está sobrepasando en todos los sentidos los obvios límites de la propiedad y la decencia”¹⁹.

Las circunstancias anteriores motivaron a crear el ensayo *the right to privacy*. Se trata de una argumentación de gran relevancia para la jurisprudencia norteamericana, y un legado al mundo, en virtud de que su publicación configuró las bases para el reconocimiento de una prerrogativa que no existía en Estados Unidos ni en el mundo en el año de 1890, y que a raíz de su divulgación en el ámbito jurídico, logró influir en las decisiones de los tribunales para después reconocer la existencia de un derecho inherente al ser humano, que debía ser tutelado para resguardar un ámbito propio de las injerencias externas, es decir, el derecho humano a la privacidad.

Así es factible apreciar que el derecho a la privacidad es la protección y tutela jurídica del ámbito privado del individuo, que si bien, ese estado existe independientemente de su reconocimiento o no en el orden normativo, las condiciones sociales fácticas cambiantes a través del tiempo, hicieron que llegara un punto en el cual era necesaria dicho reconocimiento y protección legal para que hoy se puede contar expresa o implícitamente con el derecho a la privacidad en diversos cuerpos normativos.

Esas mismas condiciones fácticas cambiantes le exigen al derecho al día de hoy que tutele nuevas problemáticas que han surgido a raíz de la implementación de nuevas tecnologías que tienen efectos invasivos a la privacidad, en este sentido, la privacidad esta hoy expuesta a nuevas formas de invasión cuestión que el derecho debe prever y solucionar.

1.1.3. *El derecho a la privacidad en la era de la tecnología*

En la actualidad, la nueva era de la tecnología ha revolucionado la manera de

¹⁹ *Ibidem*, p. 196.

entender y convivir con nuestro entorno, se ha creado un espacio digital a través de una serie de sistemas electrónicos, que nos permite comunicarnos de manera instantánea con otras personas. “La informática como medio, se convierte en un poder, al eliminar las barreras del tiempo y el espacio, constituyendo un elemento útil para el acopio y uso de todo tipo de información”.²⁰

Javier Bastamente advierte sobre la complicidad entre la tecnología y el poder, en virtud de que aquellos que tienen las posibilidades de manejar los medios tecnológicos son quienes a su vez pueden influir en las voluntades de las personas de manera masiva.²¹ Lo anterior implica un incremento en el dominio de quienes controlan los medios tecnológicos. Además, en el ciberespacio se encuentran infinidad de datos concernientes a la privacidad de los usuarios.

En esta tesitura, “la informática como medio, se convierte en un poder, al eliminar las barreras del tiempo y el espacio, constituyendo un elemento útil para el acopio y uso de todo tipo de información”²², estableciéndose además en una forma de ejercicio del poder y control similar al que describe Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*²³, aludiendo al panóptico descrito en la obra aludida.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación tienen una capacidad de acopio de datos cada vez mayor. En este sentido, el derecho debe intervenir en cuanto a la protección de los datos sensibles que forman parte de la esfera jurídica del individuo, así como combatir el uso del espacio cibernético que menoscaba los derechos, proveyendo en contracorriente el propio uso de la informática para ejercer las facultades de defensa, desarrollo y ejercicio de los derechos humanos.

Las tecnologías como producto mismo del conocimiento humano, se convierte en una herramienta adecuada e idónea para la divulgación de información,

²⁰ García González, Aristeo, “Nuevas tecnologías, un nuevo derecho: su reconocimiento en la norma constitucional, un estudio comparado”, en Da Cunha Lopes, Teresa et al. (coords.), *Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*, México, Lulu. com, 2009. p. 237.

²¹ Véase: Bustamante Donas, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.”, *Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e innovación*, 2001, vol. 1, núm. 3, p. 4.

²² García González, Aristeo, *op. cit.*, p. 237.

²³ Véase: Foucault, Michael, *Vigilar y Castigar nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, pp. 180-210.

por lo que se deduce que estas tecnologías revolucionaron la forma de vida del hombre tan profundamente que incluso se habla de la nueva era de la información o era digital. Realmente se está viviendo un cambio radical en la manera de relacionarnos. A continuación, se explica la trascendencia del fenómeno cibernético desde la teoría de los tres entornos.

El filósofo Javier Echeverría explica que el ser humano, en virtud de su capacidad de raciocinio ha experimentado durante siglos con dos entornos distintos, hoy con las nuevas tecnologías de la información y comunicación argumenta el autor, ha creado y experimenta un tercer entorno.²⁴

El primer entorno, el natural, al igual que los animales el ser humano lo experimenta a través de sus sentidos elementales²⁵, es decir, lo material, el mundo físico en el cual se desarrolla. En este entorno el ser humano convive con la realidad, es uno con la naturaleza y en este sentido le permitió la evolución biológica que más adelante lo dotaría de la capacidad de observación que lo llevaría a agudizarla y tener la facultad de abstracción²⁶, y por otro lado el desarrollo de la capacidad social que constituiría el segundo entorno.

Ahora bien, con la evolución de la parte intuitiva y social del hombre, este obtuvo la capacidad para representar la realidad a través de símbolos, constituyendo así el entorno social, en el que se comunica con sus semejantes a través del lenguaje, surge así el segundo entorno, el simbólico social o entorno urbano. En este entorno el ser humano ha desarrollado las ciencias, el arte y en si todas las ramas del conocimiento humano, así como las distintas formas de poder como el político, militar, religioso y económico.²⁷

Además, este entorno implica un desapego psicológico de lo corpóreo, es decir, del primer entorno, pues se puede pensar en un mundo abstracto de representaciones mentales, la creación del imaginario colectivo, con características de lo artificial y lo natural.²⁸

²⁴ Véase: Echeverría, Javier. *Los señores del aire: Telépolis y el tercer entorno*. Barcelona, Destino, 1999, pp. 27-56.

²⁵ *Ibidem*, pp. 27-34.

²⁶ Véase: Greene, Robert, *Maestría*, trad. de Enrique Mercado, México, Océano, 2012, p. 28.

²⁷ Echeverría, Javier, *op. cit.*, pp. 41-47.

²⁸ *Idem*.

A raíz de un intenso desarrollo del segundo entorno, el hombre ha modificado su medio, ha construido una civilización, ha descubierto he inventado todo lo que se conoce, e inclusive en el avance de las ciencias y la técnica, logró crear un tercer entorno, el entorno digital.²⁹

Con el avance en la informática, el hombre creó un espacio con la capacidad de almacenar y distribuir datos a niveles impresionantes, que implican la posibilidad de crear una fuente que imita el mundo real. Ahora este entorno artificial no solamente representa la realidad como el segundo, sino que la simula. “La importancia filosófica de algunas tecnologías de la información y telecomunicación proviene de que afecta las propiedades universales de los seres humanos”.³⁰

“Conforme surjan nuevos avances tecnocientíficos, las propiedades del tercer entorno se irán modificando, por ser básicamente artificial”, aunque algunas de sus características son estructurales.³¹ En esta tesitura, en el tercer entorno se encuentran datos importantes de los individuos; prácticamente los hechos y acontecimientos de la vida del siglo XXI se escriben en un libro digital, el cual se lee y funciona a través de algoritmos matemáticos, capaces de interpretar a partir de datos seleccionados, datos pertenecientes a un individuo o corporación, e incluso predecir tendencias del comportamiento humano. De ahí que se esté avanzando tan rápidamente en el desarrollo de la inteligencia artificial.

En este contexto, el tercer entorno, aunque es un espacio recientemente creado, crece a niveles asombrosos y la regulación legal que conlleva no es completa, surgen algunas cuestiones de carácter ético, sociológico, político, económico e incluso filosófico, que nos llevan a reflexionar sobre la manera de regular el espacio digital, lo que nos obliga a repensar las fórmulas en las que el uso de la red puede incidir en la esfera jurídica del individuo.

En este sentido el ser humano ha desarrollado tanto la tecnología, que en el derecho se han replanteado las categorías jurídicas, es decir, el nacimiento de nuevos conceptos y la debida adecuación de los existentes para incluir los nuevos supuestos de hecho, surgidos del entorno tecnológico.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

³⁰ *Ibidem*, p. 35.

³¹ *Ibidem*, p. 48.

El tercer entorno no sólo transforma las acciones públicas o las interrelaciones privadas. También modifica profundamente los espacios íntimos, como queda claro en el caso del teléfono, de la televisión y de las redes telemáticas, incluidas las redes teledinerarias. Así como el E1 y E2 han permitido el desarrollo de relaciones íntimas, privadas y públicas, lo cual ha contribuido mucho a la consolidación de numerosas relaciones humanas, E3 también puede hacerlo, y por tanto puede ser visto como un espacio tele-urbano posible, aunque todavía no lo sea.³²

Lo anterior representa un problema jurídico muy importante, en virtud de establecer los límites necesarios para mantener el orden social, así como de cumplir con la finalidad de proteger la dignidad de la persona, que se pudiera ver afectada por los cambios en el entorno antes mencionado. El derecho a la privacidad tiene un enorme desafío en esta nueva era para mantener el límite a su bien jurídico tutelado, el cual está siendo afectado de maneras que antes no se hubieran podido imaginar.

Hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo, se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio de registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso se pueden confesar los propios pensamientos sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente. Estas circunstancias en especial la utilización masiva de la informática, han determinado que para la opinión pública y el debate político de nuestro tiempo constituya un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos de la agresión tecnológica de su intimidad.³³

Precisamente, los efectos de las nuevas tecnologías y su repercusión en la privacidad obligan al derecho a evolucionar; en este sentido, el Estado no sólo debe dejar de hacer o no injerir en la privacidad de las personas, sino que también debe garantizar la vida privada en un sentido amplio, es decir, conferir facultades al individuo para seguir y controlar sus datos más sensible con el objeto de que sin existir una violación previa a su privacidad, éste tenga la posibilidad de disponer y

³² *Ibidem*, pp. 157-158.

³³ Pérez Luño Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 361.

decidir sobre su información y, por tanto, evitar un perjuicio en su derecho. Esto a grandes rasgos implica un doble enfoque de protección, un aspecto negativo y de abstención del Estado de no hacer y otro rol positivo de acción, en el cual, debe actuar y facultar al individuo para garantizarle su derecho humano a la privacidad.³⁴

Los riesgos de vulneración a la vida privada en la era informática evidentemente han aumentado, sobre todo por el uso indebido y perjudicial de la información personal, como lo es la relativa a la identidad, profesión, salud, datos económicos, fiscales, por mencionar solo algunos, que pueden ser utilizados con una finalidad no deseada por la persona titular³⁵.

La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional alemán en 1983 pone énfasis en los riesgos de la recogida de datos personales aparentemente irrelevantes y su agrupación que puede conformar un perfil determinado del individuo diferente al deseado o autorizado por éste, así como su cesión a terceros y concluye que la autodeterminación informativa es un elemento indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, ya que la persona no puede participar libremente en la sociedad si desconoce qué datos personales son manejados y utilizados por otros.³⁶

1.2. Configuración del derecho a la privacidad

Una vez que han quedado precisados la configuración histórico y conceptual de lo que son tanto la privacidad como el derecho a la privacidad, es necesario limitar los alcances y comprender con más precisión la conformación del derecho a la privacidad.

El derecho a la privacidad tutela cuatro estados fundamentales: la solitud, el anonimato, la reserva y la intimidad.³⁷

³⁴ Véase: Martínez de Pisón, José, "Vida Privada sin Intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 37, 2017, pp. 62-63.

³⁵ *Ibidem*, p. 63.

³⁶ *Ibidem*, pp. 64-65.

³⁷ Véase: García Ricci, Diego, *op. cit.*, pp. 20-21. Esta modalidad de clasificación es compartida con autores como: Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 334. A su vez tomada de la doctrina italiana en Frosinni Vitorio, *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffré, Milano, 1978, pp. 279-280.

La solitud se refiere a la parte de la privacidad que le permite a la persona tener soledad, es decir, carecer de compañía. Existen momentos en que el individuo desea estar solo, separado de los otros; en dicho estado el ser humano tiene la posibilidad de entablar un diálogo consigo mismo, reflexionar en soledad. Es el estado de más privacidad al que se puede acceder.³⁸

El anonimato se da en el espacio público y se refiere a la posibilidad de que una persona no sea identificada por los demás. Esto sucede, por ejemplo, cuando se publica algún escrito o trabajo de forma anónima o bien cuando salimos al espacio público y mantenemos un halo de privacidad, ya que somos completamente desconocidos para los demás, estado que desaparece cuando nos encontramos con alguien al que conocemos.³⁹

La reserva a su vez implica a la creación de una barrera psicológica frente a los demás, es decir, a la decisión propia para frenar la intrusión de terceros a información concerniente solamente a nuestra persona. Se refiere, pues, a la facultad subjetiva de controlar la información personal.⁴⁰

La intimidad se refiere a una categoría más reducida de la privacidad relativa a espacios en los que el individuo puede mantener relaciones francas, cercanas y relajadas con otros individuos, las que pueden categorizarse en los espacios de la familia, el círculo cercano familiar, de amigos o bien un equipo de trabajo.⁴¹

Existe además la confusión reiterada en la doctrina en lengua española y la jurisprudencia en México sobre la privacidad y la intimidad, incluso tratando a ambos conceptos como sinónimos. Por tal motivo explicaré en el subapartado de este trabajo de investigación denominado *diferencias entre privacidad e intimidad*; para tener más claridad en dichos conceptos.

A su vez, es necesario precisar que la intimidad es parte de la privacidad, no puede existir aquella sin un estado protegido por la esfera privada.

³⁸ *Ibidem*, p. 20.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁴¹ *Ibidem*, p. 20.

1.2.1. *Espacios que protege el derecho a la privacidad*

Diego García Ricci explica que el derecho a la privacidad tutela naturalmente aquellos espacios que se refieren a la vida privada, principalmente el domicilio, las comunicaciones, la familia, el cuerpo, el honor, reputación e imagen y la información personal.⁴²

El domicilio es uno de los espacios donde se puede tener mayor privacidad; es un lugar donde el individuo realiza las actividades tendientes a la realización personal y un lugar de aislamiento de la labor comunitaria. Las constituciones han establecido la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental, y para poder ingresar en los supuestos que la ley contemple es estrictamente necesario contar con autorización judicial. Los códigos penales prevén una sanción a quienes entren sin el consentimiento del poseedor o dueño del inmueble. De aquí que se sustente la máxima jurídica “la casa de todo individuo es para él su castillo y su fortaleza”.⁴³

Las comunicaciones son otro ámbito protegido por el derecho a la privacidad. La correspondencia, la mensajería, la paquetería y las telecomunicaciones, tales como las conversaciones telefónicas, el servicio de telégrafo, los mensajes de texto, la transmisión de datos de internet son manifestaciones de nuestra persona y de nuestra privacidad, por tanto, están tuteladas por el derecho. Al igual que para una intromisión al domicilio, cuando la autoridad requiere intervenir las comunicaciones privadas es necesario, hablando de sociedades democráticas, que aquella esté facultada por un órgano jurisdiccional que supervise la medida, para proceder conforme a derecho.⁴⁴

La familia, desde luego, es un espacio que tutela el derecho a la privacidad, ya que es en el núcleo esencial de la sociedad, donde se puede mantener relaciones interpersonales más cercanas y donde el desenvolvimiento de los miembros requiere una autorrealización plena, cuestión por la que el derecho ha impuesto límites a las intromisiones tanto del Estado como de la sociedad. Sobre este espacio se ha criticado la protección de la privacidad en el sentido de que ha encubierto

⁴² *Ibidem*, pp. 21-28.

⁴³ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

abusos por parte de los miembros de la familia, como el histórico sometimiento de la mujer hacia el hombre que el Estado permitió con el argumento de no intervención en las cuestiones de los cónyuges. Sin embargo, por otro lado, se reconoce que la privacidad tuvo una importante utilidad en el desarrollo de las mujeres para determinar sus propias decisiones, ya sea en su opción de vida, sobre su cuerpo o sobre su proyección como persona a futuro.⁴⁵

El cuerpo también es un espacio que el derecho humano a la privacidad tutela. De hecho, es el vehículo más básico de la individualidad y por ende el lugar donde debe partir la referencia para el control de la identidad personal. Nuevamente hago referencia a John Stuart Mill quien sostiene que “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”⁴⁶. Cuestiones como el estado de salud, son concernientes, salvo excepciones, al propio individuo. Además, aspectos como las decisiones sobre la propia sexualidad son cuestiones igualmente privadas. Sobre esa premisa en Estados Unidos, los casos como *Griswold vs. Connecticut*, *Roe vs. Wade* y *Lawrence vs. Texas*, han sido el fundamento constitucional para permitir el uso de anticonceptivos, para que las mujeres tengan la opción de decidir abortar o para que las personas del mismo sexo puedan tener relaciones sexuales sin que sean criminalizadas. En dichos casos se concluyó que no se justificaba la intervención estatal en la vida privada del individuo y se ha construido la dimensión de la privacidad decisional relacionada con la capacidad del individuo para tomar sus decisiones sobre los aspectos de su vida privada.⁴⁷

Por otro lado, el honor, la reputación e imagen es otro aspecto distinto protegido por el derecho a la privacidad. En estos casos, el derecho pretende evitar la difusión o circulación no autorizada de información, datos o imágenes personales. Se busca pues, dar a la persona el control de lo que hace público o mantiene privado, la peculiaridad de este espacio protegido es que comúnmente son los particulares y no el Estado los que lo violentan, por lo que se han diseñado mecanismos para evitar este tipo de conductas, principalmente cuando resultan falsas o son utilizadas de forma maliciosa con la finalidad de causar un daño a la

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 23-25.

⁴⁶ Stuart Mill, John, *op cit*, p. 27.

⁴⁷ García Ricci, Diego, *op cit*, pp. 25-26.

persona en su honor o reputación.⁴⁸

Finalmente, la información personal es un rubro más que está protegido por el derecho a la privacidad. El derecho a la privacidad protege la capacidad de control del individuo sobre la información que de su persona produce. Dicho rubro se refiere a la capacidad que tiene el individuo de controlar con quién comparte y con quién no aspectos como su nombre, edad, domicilio, estado civil, si tiene hijos, en qué trabaja, cuánto gana, su ideología política, religión, salud, sexualidad, pertenencia a grupos, entre otros. En los casos en que los datos son difundidos por alguien más, el derecho a la privacidad da a su titular la facultad para controlar la circulación de sus datos. Así, por ejemplo, si alguien difundió los datos de otro, ese otro tiene la capacidad para impedir que se sigan divulgando esos datos. Los datos sensibles incluyen textos, imágenes, ADN, datos genéticos, biométricos como las huellas digitales, reconocimiento facial y de iris y demás análogos. Cabe destacar que en este aspecto se han creado algunos instrumentos y leyes sobre la materia en particular; además se ha avanzado en el desarrollo de la protección de los datos personales como una rama independiente.

Luis Javier Mieres sostiene que la configuración de la privacidad tiene dos dimensiones básicas. La privacidad territorial y la privacidad informacional. La primera protege espacios o zonas de aislamiento frente a la intrusión de extraños. La privacidad informacional, tiene por objeto la información relativa a la vida privada de las personas. EL autor indica que la titularidad del derecho a la privacidad corresponde a toda persona física, no se extiende a las personas fallecidas; y sigue estando abierta la cuestión de si las personas jurídicas pueden tener ese derecho. Considera que estos espacios están estrechamente ligados con los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.⁴⁹

En ese sentido, Celis Quintal piensa que no es suficiente proteger los derechos tradicionales como el derecho a la vida, sino que es necesario también garantizar el buen desarrollo de ésta y, en consecuencia, remover las intromisiones que obstaculicen tal objetivo. Menciona además que tales obstáculos en contra de

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 27-28.

⁴⁹ Véase: Mieres Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar, prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 25.

la vida privada son las intervenciones telefónicas, acechanza, revelar información íntima, o grabaciones desautorizadas.⁵⁰

1.2.2. Diferencias entre privacidad e intimidad

En el enfoque conceptual de la propia privacidad o intimidad, no existe consenso entre la diferencia o similitud entre los propios términos aludidos. Como se verá algunos autores los tratan como sinónimos. En este sentido, Meins al aseverar que no existe diferenciación jurídica entre ambos conceptos y que la noción de privacidad lleva implícito el de intimidad.⁵¹ En la misma tesitura, también se pronuncia Suárez Crothers, que utiliza en su artículo los términos intimidad y vida privada indistintamente.⁵²

Contrariamente, Martí de Gidi asevera que la privacidad es diferente de la intimidad, en virtud de que la vida privada apunta a aquellas expresiones de la vida de una persona que ofrecen alguna relación o trato con lo social, ya sea por cuestiones de cualidad laboral, profesional o comercial, o por aspectos que rebasan a su juicio el ámbito íntimo, el cual, lo delimita al ámbito únicamente familiar y personal.⁵³

Montoya Chávez comenta que tanto la vida privada como la intimidad permiten reconocer un poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.⁵⁴

Ernesto Garzón Valdés hace una aportación diversa para distinguir dichos

⁵⁰ Véase: Celis Quintal, Marcos Alejandro, "La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. México, UNAM, 2006, p. 72, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>.

⁵¹ Véase: Meins Olivares, Eduardo, "Derecho a la Intimidad y a la Honra en Chile", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 6, núm. 001, p. 304, <http://www.redalyc.org/pdf/197/19760117.pdf>.

⁵² Véase: Suárez Crothers, Christian, "El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo" *Rev. Derecho*, Valdivia, Universidad Austral, 2000, vol. 11, <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v11/art10.pdf>.

⁵³ Cfr. Martí De Gidi, Luz del Carmen, "Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derechos humanos". *Letras Jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, núm. 8, 2003, p. 238, <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/8/luz8.pdf>.

⁵⁴ Véase: Montoya Chávez, Víctor Hugo, "Los medios tecnológicos informáticos y el derecho fundamental a la vida privada, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 22, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/13.pdf>.

conceptos, pues considera que la característica de lo íntimo es la opacidad, de lo público es la transparencia y que entre los dos extremos cabría ubicar el ámbito de lo privado como aquel en el que impera una transparencia relativa. Precisa pues dicho autor que “lo íntimo es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación de lo reprimido”. En el ámbito íntimo que maneja dicho autor es donde el individuo ejerce plenamente su autonomía personal; es el reducto último de la personalidad y en consecuencia es donde decide la forma de comportamiento en lo público, privado o social.⁵⁵ Para el citado autor, el ámbito privado se compone exclusivamente de las relaciones interpersonales situaciones y participantes que a libre decisión del individuo elija, además precisa que los límites de la privacidad están sujetos al contexto cultural y social.⁵⁶

Para Garzón Valdés la privacidad es una especie de frontera que, determinada por el contexto social y cultural, divide el ámbito público del ámbito íntimo de las personas. Contrario a lo anterior, Nino⁵⁷ hace su propia distinción entre privacidad e intimidad y entiende por el primer concepto “la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer” mientras que por intimidad dicho autor sostiene que “es una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”.⁵⁸

En la construcción conceptual del derecho a la privacidad seguido en esta tesis, la privacidad es un concepto mucho más amplio que incluye entre sus elementos a la intimidad, la solitud, el anonimato y la reserva. Además, en mi perspectiva cabe mencionar la distinción entre privacidad o vida privada y acciones privadas; la primera configura un ámbito de exclusión y respeto que impide o regula las injerencias de terceros, es decir, delimita un contorno donde, en principio, la

⁵⁵ Garzón Valdés, Ernesto, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, México, IFAI, 2010, pp. 18-20.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁷ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 327.

⁵⁸ *Idem*.

persona no puede ser molestada. Por su parte, “las acciones privadas son conductas que por sus características no pueden ser susceptibles de reproche normativo.”⁵⁹

De modo que existe el espacio que formalmente está protegido por el derecho a la privacidad de manera formal y que dentro de dicho espacio se pueden desarrollar acciones que comúnmente son privadas o gozan de dicha presunción, pero que no necesariamente pueden serlo, por constituir afectaciones a terceros, es decir, acciones que si tengan reproche normativo.⁶⁰

Se puede concluir entonces, que la privacidad es un derecho humano que protege nuestra esfera jurídica y espacio vital de injerencias externas, vinculado estrechamente con el concepto de dignidad de la persona y, por lo tanto, tutelado por el Estado. Asimismo, la intimidad forma parte de la privacidad siendo ésta su último reducto y el espacio más personal e interior del individuo, refiere a sus gustos, ideologías y preferencias.

Cabe mencionar que ambas categorías son estrictamente dispositivas del individuo, es decir, que está en la voluntad del sujeto decidir qué parte de sus acciones privadas o intimas compartir con las demás personas, eligiendo además con quiénes compartirlas y a quiénes excluir de esa esfera.

Finalmente, las acciones privadas a su vez son aquellas conductas que solamente conciernen al individuo que las realiza; desde luego, sin que afecten a terceros, las cuales pueden llevarse a cabo en el espacio íntimo, privado y público sin que exista en consecuencia un reproche normativo.

1.2.3. Colisión del derecho a la privacidad con otros derechos humanos o principios

El derecho humano a la privacidad, como todos los derechos humanos, no es absoluto, es posible que su ejercicio llegue a conflictuar con otros derechos humanos. El derecho a la privacidad ha colisionado en casos reales y concretos con el derecho a la información, con el derecho a la libre expresión, con la libertad de

⁵⁹ Eidem, E. Matias, *Afectación de la vida privada en la vía pública, Vigilancia con cámaras de seguridad y restricción de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, p. 59.

⁶⁰ *Idem*.

imprensa o con el principio de seguridad.

Cuando estos choques llegan a ocurrir es usual, que uno de los derechos tenga que ceder y dejarse de aplicar, para aplicar el otro.

Sin embargo, no necesariamente se tiene que resolver este conflicto de derechos humanos anulando completamente uno de ellos. La justicia constitucional, concepto surgido desde el desarrollo del Estado constitucional, ha evolucionado en el sentido de sostener la existencia de principios (concepto poco usual con el modelo del Estado legislativo de derecho), y la concepción del principio de proporcionalidad utilizado también como método para resolver la tensión entre principios.

Cabe destacar que el uso de la técnica de ponderación implica un fuerte discurso justificativo, necesario para sostener con razones la afectación que se pudiera llegar a dar al ejercicio de un derecho fundamental o bien porque no debe darse ese menoscabo.

En esta tesis me enfocaré al fenómeno que se da con el choque entre el derecho a la privacidad con el derecho de seguridad cuando el Estado utiliza medios tecnológicos con el fin de optimizar esta última. En otras palabras, se pondrá énfasis en la delgada línea que suponen las restricciones a la privacidad generadas por el uso de tecnologías invasivas por parte del Estado para potencializar su obligación de brindar seguridad, sea ésta nacional o pública.

Antes de profundizar en el mencionado fenómeno es necesario incursionar en el principio de seguridad para luego enfrentarlo con el derecho a la privacidad, pues el fundamento para la intervención del derecho humano a la privacidad cuando se hace con fines de seguridad está precisamente en esa obligación y bien jurídico al que también tiene derecho como individuos y como colectividad.

1.3. Evolución histórico-doctrinal de la seguridad

Desde la aparición de la sociedad, la congregación del ser humano en grupos tuvo la finalidad de preservar la integridad de cada uno de los miembros del conjunto, con la intención de la subsistencia y preservación, tanto de la vida humana como de la misma organización social. Toda organización política tiene como función

primaria la de brindar seguridad a sus miembros.

La seguridad que ofrece un gobierno va desde luego, estrechamente vinculado con el desarrollo de toda civilización. Desde las murallas que rodeaban una ciudad de la antigüedad, hasta las más sofisticadas formas de inteligencia contemporáneas, han tenido como finalidad la protección y salvaguarda de la integridad de los miembros de la colectividad de las amenazas latentes.

En este sentido, se encuentra también el desarrollo para la preservación del orden social interno; por ejemplo, el derecho como expresión cultural de cada pueblo, en general ha establecido amplias facultades a los órganos encargados de la investigación de los delitos y conductas lesivas en contra de terceros o en contra del conglomerado social con el objetivo de prevenir, investigar y sancionar dichas conductas, sobre esas bases el autor Max Weber refieren al Estado como el detentador del monopolio de la violencia legítima.⁶¹

Las teorías contractualistas sostienen que la creación del Estado tiene la finalidad de mantener el orden social; a partir de ceder parte de nuestra libertad originaria, se constituye un ente abstracto que garantizará el ejercicio de las otras libertades. “La seguridad, junto a la propiedad pública y privada, se convierte en el bien primario y vinculado fuertemente con las principales tareas del gobierno”.⁶²

Aun en el Estado ultra mínimo⁶³ descrito por Robert Nozick, se sostiene que la necesidad de existencia del Estado por sobre las formas anarquistas, es precisamente mantener el orden y salvaguardar la seguridad, la cual, asume el propio Estado como su obligación preponderante.⁶⁴ O como lo señala Bobbio “El

⁶¹ Véase: Weber, Max, *La Política como vocación*, Valencia, NoBooks, p. 2, https://books.google.com.mx/books/about/La_politica_como_vocacion.html?id=c8jGCwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.

⁶² Ibarra Sánchez, Ernesto, “Videovigilancia. Punto de colisión entre derechos fundamentales, seguridad y protección de datos personales en México”, Ibarra Sánchez, Ernesto y Téllez Valdés, Julio A. (coords.), *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, 25 al 30 de octubre, 2010, México, UNAM, 2010, t. 1, p. 241*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2958/17.pdf>

⁶³ No se entra al debate sobre la conveniencia del Estado mínimo o del Estado de bienestar, se puede o no estar de acuerdo con sus postulados, el punto es, ilustrar que aún en el Estado más simple (Estado ultra mínimo), la seguridad es esencial y justifica la existencia del propio Estado, empero desde luego, la seguridad en el estado de bienestar guarda la misma y esencial importancia.

⁶⁴ Véase: Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de la cultura económica, 1988, pp. 94-122.

fin del Estado solamente es la seguridad entendida como la certeza de la libertad en el ámbito de la ley”.⁶⁵

Hoy en día, los desarrollos tecnológicos ofrecen un avance exorbitante en las técnicas de investigación e inteligencia que son útiles al Estado para responder con su obligación de seguridad, pues existen instrumentos, herramientas y demás técnicas que la tecnología ofrece, puestas a su disposición y servicio para llevar a cabo esta tarea.

Ahora bien, es menester adentrarnos en el concepto de la seguridad, para así comprender la complejidad de dicha tarea y percibir que dicha función, como todas las del Estado, deben estar sujetas al principio de legalidad, es decir, a cumplir con lo establecido por la Constitución y las leyes.

1.3.1. *El concepto de seguridad*

El *Diccionario de la lengua española* define seguridad como “la cualidad de seguro” y su vez define seguro como “libre y exento de riesgo”, “cierto indubitable”, “seguridad, certeza, confianza”, “lugar o sitio libre de todo peligro”.⁶⁶

El termino seguridad está a su vez compuesto etimológicamente de los vocablos latinos “se” que significa sin y “cura”, que hace referencia a cuidado o procuración, lo que se traduce a sin temor, despreocupado o sin temor a preocuparse.⁶⁷

El concepto de seguridad es amplio. El vocablo seguridad tiene varias acepciones y generalmente entra en combinación con otras palabras. Sin embargo, para efectos del presente trabajo de investigación partiré de una concepción general de la seguridad, entendida como un servicio básico que debe prestar el Estado, e iré distinguiendo entre los significados específicos que en la rama jurídica se desglosa.

⁶⁵ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 26.

⁶⁶ Real Academia Española, lemas consultados “seguridad” y “seguro”, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014, <http://dle.rae.es/?id=TIvEXgq>.

⁶⁷ Véase: Valencia Ramírez, Verónica Guadalupe, “La seguridad pública como un derecho humano”, en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Santoveña García, Jesús Alberto. *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho humano*, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, p. 8, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.

Seguridad pública, seguridad nacional, seguridad social, seguridad preventiva, seguridad jurídica entre muchas otras, son connotaciones vastas generalmente utilizadas en el lenguaje jurídico y cuya garantía constituye una obligación del Estado. Sin embargo, para los efectos de esta tesis me avocaré al estudio de las primeras dos mencionadas en este párrafo, ya que son el punto de partida de la justificación más aceptable para la intervención a la privacidad por medio de tecnologías. Además, los organismos encargados de salvaguardarlas son quienes están facultados por la ley para hacerlo.

El autor Fernández Ruiz entiende la seguridad como:

Un anhelo del ser humano nacido de su aspiración de estar a salvo de todo peligro, daño o riesgo proveniente de la naturaleza, del azar o sus semejantes; es además, un valor instalado en los cimientos mismos del Estado, en especial del Estado de derecho, en cuya búsqueda sacrificamos parte de nuestros derechos y libertades originales con el propósito de disfrutar pacíficamente de los restantes, por ello, la seguridad es un valor inscrito en el catálogo de los derechos humanos.⁶⁸

Se puede decir que la protección jurídica a la seguridad vista como la protección de la integridad de los miembros de la sociedad, persigue proteger aspectos tan fundamentales como la vida y la integridad del ser humano.

Algunos tratadistas sostienen que el concepto seguridad, al igual que conceptos como orden público, interés general, justo precio, urgencia, buenas costumbres, interés general, moral pública, entre otras, son tan complejos para definir, que han optado por tratarlo como un concepto jurídico indeterminado, lo cual implica que “el sentido concreto para la aplicación de la norma no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley”.⁶⁹

Lo anterior, constituye un problema importante ya que significa que dichos conceptos sean susceptibles a una aplicación discrecional de la norma por parte del actuar de las autoridades; para evitar esto, se necesita definir en la mayor medida

⁶⁸ Fernández Ruiz, Jorge, “Reflexiones en torno a la seguridad” en Cisneros García, German, *et al.* (coords.), *Seguridad Pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 73.

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan R. “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (Ley Resorte)*, 2006, p. 100, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/12.pdf>.

posible los actos del Estado, y someterlos al principio de legalidad que garantiza la certeza jurídica de todo ciudadano.

En esta sintonía y con el afán de delimitar el sentido de seguridad, me enfocaré a explicar tanto la seguridad pública como la seguridad nacional; y para fortalecer más la delimitación, analizaré en el capítulo 2 del presente trabajo de investigación, las definiciones legales de dichos conceptos, mientras que en el presente capítulo se analizan las nociones teóricas y doctrinarias.

Cabe mencionar que con la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Interior publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2017, también sería preciso estudiar el contenido doctrinal de la “seguridad interior”, en virtud de que se confieren facultades de vigilancia tecnológica y recogida de información a algunas autoridades, sustentando dichas atribuciones en la necesidad de mantener la propia seguridad interior; cuestión por demás relevante para este trabajo de investigación, sin embargo, dicho concepto de seguridad interior no encuentra un desarrollo conceptual sólido, tal como expresamente lo expone una de la sentencias de amparo indirecto que declaró a la ley aludida como inconstitucional y que a continuación me permito transcribir para ilustrar este punto:

...la ausencia de límites conceptuales en el término “seguridad interior”, es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 que lo prevé.⁷⁰

Lo que nos indica que el propio Juez constitucional advirtió que no existe desarrollo conceptual o doctrinario de la seguridad interior, y que dicha indeterminación vulnera el principio de seguridad jurídica.

“seguridad interior”, contravienen los derechos de legalidad y seguridad jurídica de los quejosos, porque producen la falta de cauces definidos sobre el ámbito de actuación material de las autoridades que aplicarán las disposiciones de la ley.⁷¹

El Juez advierte, asimismo, que de *facto* la seguridad interior combina elementos de la seguridad pública y de la seguridad nacional.

⁷⁰ Juicio de amparo indirecto 73/2018-II y sus acumulados 75/2018-III y 76/2018-IV, resuelto por el Juzgado Noveno de Distrito del Estado de Guanajuato, p. 52.

⁷¹ *Ibidem*, p. 51.

Ya se dijo que la vaguedad y falta de identidad conceptual del artículo 2 de la ley reclamada conlleva el riesgo de que las fuerzas armadas desarrollen funciones que, aun cuando formalmente se clasifiquen como de seguridad interior, materialmente correspondan a las de seguridad nacional y, más aún, de seguridad pública.⁷²

Por tal motivo, a pesar de que la Ley de Seguridad Interior sí confiere facultades a las autoridades que restringen el derecho humano a la privacidad (dichas facultades si las analizaré en el capítulo 2 relativo a las normas), en el terreno de lo conceptual me limitaré a estudiar a la seguridad pública y a la seguridad nacional.

1.3.2. La seguridad pública

La seguridad pública se entiende como la garantía que debe brindar el Estado para el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos.⁷³ Como obligación del Estado, éste debe emprender una serie de actividades y aplicar determinados instrumentos para hacerla fácticamente posible.

En este sentido, la seguridad pública es el conjunto de acciones promovidas y organizadas por la autoridad que tienen como finalidad guardar el orden, la credibilidad y confianza de los actos públicos, particularmente garantizando la protección de la integridad física de las personas y de los bienes jurídicos, culturales, políticos y sociales de la comunidad.⁷⁴

Estas acciones *grosso modo* consisten en la prevención, investigación, persecución y sanción de delitos, la conservación del orden público y la paz pública; lo anterior a través del mando de las fuerzas de seguridad en los tres niveles de gobierno.

Las fuerzas de seguridad pública, según mandato constitucional, serán de carácter civil, disciplinada y profesional; además deben coordinarse para las

⁷² *Ibidem*, p. 70.

⁷³ Valencia Ramírez, Verónica Guadalupe, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁴ Véase: Tapia Flores, Fausto Enrique, "Los derechos humanos en las democracias modernas", en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Santoveña García, Jesús Alberto. *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho humano*, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, p. 57, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.

funciones relativas a la policía preventiva, ministerio público, tribunales, responsables de la prisión preventiva, ejecución de penas, tratamiento de menores, protección de instalaciones, servicios estratégicos y todas las que la ley faculta para preservar el orden social en la federación, estados y municipios.⁷⁵

La era de la informática y las nuevas tecnologías, como ya se explicó, ha permeado profundamente en todos los ámbitos de nuestra sociedad desde luego deben ser aprovechados por el Estado para hacer más efectivas sus tareas. En el caso de la seguridad pública, las nuevas tecnologías están a disposición de las autoridades desde luego reguladas por la ley.

Para el caso de interferencias al derecho humano a la privacidad de las personas, las autoridades encargadas de la prevención, investigación y persecución de delitos tienen facultades para utilizar medios tecnológicos que les faciliten dicha tarea, pero tratándose de un derecho humano, se ponen determinados requisitos para que estas puedan utilizarlos.

Cabe destacar que no todas las autoridades tienen dicha competencia, ni todos los casos admiten restricción o interferencias, es en la ley donde se delimitan precisamente las competencias y procedimientos para que se permita su uso. Es importante enfatizar que, al referirse a una limitación de un derecho humano, las medidas que lo restrinjan deben ser adoptadas por las autoridades de manera excepcional.

Así, por ejemplo, uno de los requisitos para intervenir las comunicaciones privadas es precisamente la de tener una orden judicial, que le compete solicitar a la autoridad investigadora ante un juez federal. Lo anterior, constituye un requisito formal que controla precisamente las intervenciones a un derecho fundamental como lo es la privacidad, al contemplar una medida de supervisión por parte de un órgano distinto e independiente de quien la utiliza.

Otros requisitos que son estrictamente necesarios en las interferencias a la

⁷⁵ Véase: Carmona Tenorio, Ana Paola, "Trascendencia de la seguridad pública como derecho humano en el Estado de México, en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Santoveña García, Jesús Alberto. *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho humano*, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, p. 33, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.

vida privada son la temporalidad de las medidas y la precisión de sus alcances.

1.3.3. *La seguridad nacional*

Otro concepto fundamental en este trabajo de investigación es el de seguridad nacional, ya que en esta materia se ha desarrollado una gran cantidad de inteligencia que tiene como finalidad la recolección de datos para detectar las posibles amenazas que pudieran suscitarse en un Estado. Dicha información se obtiene con la secrecía idónea para que tengan eficacia las investigaciones, no obstante, las autoridades y agencias de inteligencia también están sometidas a la ley y a la Constitución y, por ende, están obligadas a respetar los derechos humanos en su actuar.

La noción seguridad nacional toma relevancia en los albores de la segunda guerra mundial, como herramienta de análisis ante la compleja realidad geopolítica que se vivía en aquel momento, lo cual exigió a las naciones hegemónicas tener una herramienta de análisis de los peligros que amenazaban a las propias potencias. Surge pues como un concepto predominantemente militar.⁷⁶

Sin embargo, posterior a la segunda guerra mundial, durante la guerra fría, analistas estadounidenses reformularon dicho concepto al incluir elementos económicos y sociales⁷⁷ como factores importantes para la estrategia del bienestar de la nación, alejándose del enfoque de seguridad militar seguido hasta entonces.⁷⁸

En este contexto, se desarrollaron las agencias de inteligencia nacional como la Agencia Central de inteligencia *CIA* en Estados Unidos, el Comité para la Seguridad del Estado *KGB* en la URSS, que se caracterizaron por la sofisticación de la tecnología y un espionaje sin precedentes, por no mencionar la estrategia de desestabilización política, económica y social en contra de terceros países, en las

⁷⁶ Véase: Hurtado Gonzales, Luis Eduardo, *Introducción al marco jurídico de la inteligencia para la seguridad nacional*, México, Porrúa, 2008, p. 2.

⁷⁷ La guerra fría fue ante todo una guerra ideológica, en la cual se dividió el mundo en dos bloques económicos predominantes, encabezados por Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y las cuales representaban, cada una, modelos económicos antagónicos.

⁷⁸ *Idem*.

que dichas agencias se vieron involucradas.⁷⁹

Actualmente puede mencionarse que las agencias de inteligencia más influyentes y con mayor capacidad política, tecnológica y presupuestaria del mundo son: El Departamento Central de Inteligencia *GRU* de Rusia, *Ala de investigación y análisis de la India*, *Pakistan's Inter-Service Intelligence*, *Anonymous*, *China's MSS*, *Israel's Mossad* *USA's Central Intelligence Agency*⁸⁰, por no mencionar otras tantas como la Agencia de Seguridad Nacional por sus siglas en inglés *NSA* o el Buró Federal de Investigaciones *FBI* en los Estados Unidos que también tienen funciones de inteligencia definidas.

En México, el concepto de seguridad nacional estuvo vinculado hasta 1980 con los temas de “la defensa de la soberanía nacional, la independencia política frente a los bloques de poder mundial, la promoción del desarme, el control sobre los recursos del país y el rechazo a las injerencias extranjeras en la política nacional.” Hasta ese año nuestro país no desarrollo una doctrina explícita sobre seguridad nacional.⁸¹

Posteriormente se determinó el contenido de dicho concepto en la actividad programada en cada sexenio en el Plan Nacional de Desarrollo, pues por causa de la atomización constitucional en la materia provoco su definición más en el ámbito administrativo que en el constitucional.⁸²

De ese modo, en cada sexenio el ejecutivo federal presentaba su programa de desarrollo nacional, en el que exponía su visión en materia de seguridad nacional. Por ejemplo, en el Plan de desarrollo del sexenio de Vicente Fox Quesada la seguridad nacional se entendió así:

Entre las tareas de la Secretaría de Gobernación destacan las relativas a la seguridad nacional, entendida como la preservación de la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano; la gobernabilidad democrática; la reforma democrática del Estado; el fortalecimiento de las instituciones de gobierno; el federalismo y las relaciones intergubernamentales; la participación ciudadana; la ampliación del ejercicio

⁷⁹ Véase: O'Brien, Kevin A, “Interferencia con la sociedad civil: La CIA y la KGB encubrieron la acción política durante la Guerra Fría”, *Revista Internacional de Inteligencia y Contra Inteligencia*, 1995, vol. 8, núm. 4, p. 431.

⁸⁰ <http://www.top100arena.com/news/292/las-10-mejores-agencias-de-inteligencia-del-mundo>.

⁸¹ Hurtado Gonzales, Luis Eduardo, *op. cit.*, p. 4.

⁸² *Ibidem*, p. 10.

y el respeto de los derechos y libertades ciudadanas; el impulso de la cultura política democrática; la libre circulación de información; la libertad de cultos; el control migratorio; la protección civil; los derechos humanos, y el fortalecimiento del sistema de partidos.⁸³

Es oportuno señalar que el termino seguridad nacional fue incluido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Mediante la reforma constitucional del 5 de marzo de 2004⁸⁴, un año antes de la creación de la Ley de Seguridad Nacional.

Siguiendo la línea del Plan Nacional de Desarrollo, en el sexenio de Felipe Calderón se estableció un apartado de especial importancia para garantizar la seguridad nacional, la cual se entendió como:

Salvaguardar la integridad del territorio y preservar la soberanía de la nación es objetivo y obligación irrenunciable del Estado mexicano. La larga lucha por erigirnos en una nación libre, en una nación de derecho no puede entenderse sin las Fuerzas Armadas.⁸⁵

Finalmente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 aún vigente:

El concepto jurídico de Seguridad Nacional condensa una serie de objetivos e intereses estratégicos nacionales, tales como la protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos; la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio; el mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno; la preservación de la unidad de las partes integrantes de la Federación; la defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional; y el desarrollo económico, social y político del país como ejes en la preservación de la democracia.⁸⁶

Por su parte, José Luis Pineyro sostiene que la seguridad nacional comprende elementos sociales, culturales y materiales que deberán ser

⁸³ Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, *Diario Oficial de la Federación*, p. 46, <http://www.sagarpa.gob.mx/ganaderia/Publicaciones/Lists/Otros/Attachments/4/PND0106.pdf>.

⁸⁴ Véase: Decreto por el que se adiciona la fracción XXIX-M al artículo 73 y se reforma la fracción VI del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de abril de 2004, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_156_05abr04.pdf.

⁸⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, *Diario Oficial de la Federación*, p. 67, http://www.sagarpa.gob.mx/ganaderia/Publicaciones/Lists/Otros/Attachments/1/PND_0712.pdf.

⁸⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5299465&fecha=20/05/2013.

resguardadas por la acción del Estado y de sus instituciones.

Entendemos por seguridad nacional una situación en la que la mayoría de los sectores y clases sociales de la nación tengan garantizadas sus necesidades culturales y materiales vitales a través de las decisiones del gobierno nacional de turno y de las acciones del conjunto de las instituciones del conjunto del Estado.⁸⁷

Como se puede observar, existe variabilidad y falta de límites definidos del concepto de seguridad nacional en la puesta en práctica de políticas públicas por parte del Ejecutivo, lo que puede ocasionar en mi opinión, que dichos conceptos al estar enunciados en términos tan generales puedan incluir elementos que no son propios de la seguridad nacional e invadir injustificadamente derechos humanos.

En el afán de encontrar una definición más restringida para los alcances de la seguridad nacional, atenderé las definiciones legales, en el entendido de que uno de los principios a los que la autoridad está sometida es al de legalidad, que implica que todo acto de autoridad debe estar expresamente señalado en la ley, que la faculte para realizarlo y del que emana su validez formal.

Legislar en materia de seguridad nacional resulta delicado, pues al ser un concepto indeterminado, se suelen legitimar acciones restrictivas de derechos humanos por seguir fines en esta materia. Desde luego, es fundamental en estos casos someter dichas leyes a un control de constitucionalidad y convencionalidad a la luz de los derechos humanos, con la finalidad de resguardar el buen ejercicio de estos.

Ahora bien, estos ejercicios de control contienen una serie de razonamientos que las doctrinas modernas han desarrollado para resolver problemas en los que entran en conflicto derechos humanos con la seguridad. Los métodos de solución que los tribunales en el mundo han seguido es someter los actos de autoridad al escrutinio o análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad, mismos conceptos que desarrollaré a continuación.

⁸⁷ Pineyro, José Luis, *Seguridad Nacional en México, ¿Realidad o Proyecto?*, México, Pomares, 2006, pp. 20-21.

1.4. La razonabilidad

La razonabilidad en el ámbito jurídico tiene sus orígenes tanto en el derecho continental como en el derecho anglosajón con alcances similares; es decir, “la producción de criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional”.⁸⁸ No obstante, cada uno cuenta con diferencias y particularidades que se irán precisando en la presente investigación.

Como principio, la razonabilidad es una herramienta del control de la constitucionalidad de las leyes que hunde sus raíces en la Carta Magna, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan Sin Tierra en 1215, pero su actual perfil es el resultado de una larga jurisprudencia de diversísimos tribunales con jurisdicción constitucional: se aplica en Estados Unidos, Alemania, España, Italia y, en la práctica, en la totalidad de los países occidentales.⁸⁹

La tradición norteamericana distingue entre tres niveles de análisis de razonabilidad legal, vinculados con el nivel de intensidad del control que pretende mantener el orden económico, preservar la seguridad jurídica y evitar el subjetivismo judicial, cuando se ponga en análisis el debido proceso sustantivo o la protección a la igualdad (incluidos en la enmienda XIV).⁹⁰

El escrutinio más débil es el *rational basis review*, el cual consiste en un control donde la medida sujeta a control se presume constitucional y basta con que contenga una relación racional válida con su fin; es decir, legitimidad, y que los medios resulten acordes al mismo, se utiliza regularmente para las leyes que regulan la propiedad.⁹¹

El análisis intermedio controla las actuaciones estatales que regulen los derechos humanos con la finalidad de atender intereses estatales legítimos de relevancia categorizada como importante. En este tipo de control, la norma en cuestión se presume inconstitucional, lo que implica que el Estado debe probar la

⁸⁸ Sapag, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite al poder del Estado: Un estudio comparado*, Tesis Doctoral, Buenos Aires, Universidad de la Sabana, 2008, p. 163. En la tradición del derecho anglosajón la razonabilidad es conocida como el principio de razonabilidad o estándar de *substantive due process of law*, que le da facultad a los jueces para que ejerzan dicho análisis a través de control judicial de los actos.

⁸⁹ Rendon Huerta Barrera, Teresita, “La constitucionalización de la razonabilidad como imperativo”, *Ciencia Jurídica*, México, vol. 3, núm. 1, 2003, p. 46.

⁹⁰ Sapag, Mariano A. *op. cit.*, p. 169.

⁹¹ *Ibidem*, p. 168.

existencia de una relación sustancial frente a una necesidad importante y legítima, asimismo, ha de acreditar que los medios para alcanzar esa finalidad legítima son los adecuados, es decir, el juicio de necesidad, lo que implica que, si en dicho examen el tribunal advierte que existían otros medios más eficaces para llegar a la misma finalidad, los actos no pasarían el test.⁹²

El escrutinio estricto por su parte es similar al examen descrito anteriormente, los actos en escrutinio de igual forma tienen una presunción de inconstitucionalidad, la diferencia radica en el grado de intensidad del control, generalmente se utiliza cuando se pretenden regular las llamadas “libertades preferidas”, entre las que se encuentra el derecho a la privacidad, pues este medio de control exige que la finalidad que el Estado debe probar sea legítima y no importante sino imperiosa.⁹³

Se puede observar que dicho examen de razonabilidad se aplica en diferentes grados y controla los actos de autoridad, lo que de alguna manera garantiza que dichos actos sean acordes con el estándar de protección, por lo cual considero que es un método idóneo para proteger el derecho a la privacidad en el problema planteado en la presente tesis.

1.4.1. *Distinción entre la razonabilidad y racionalidad en el derecho*

Tanto la racionalidad como la razonabilidad son derivados del concepto de razón, el cual *grosso modo* es la acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, o bien, la “facultad de conceptuar, juzgar, ordenar, relacionar y estructurar nuestras ideas, pensamientos y conocimientos”.⁹⁴

En ese sentido, existen diversas formas de construir un razonamiento o un juicio lógico de nuestros conceptos y pensamientos, por lo que es posible, siguiendo esa línea categorizar entre el pensamiento racional y el pensamiento razonable.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Ibidem*, pp. 168-169. El autor considera que las “libertades preferidas” son aquellas que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación; son derechos de los llamados ‘personalísimos’, que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad y los derechos de participación política.

⁹⁴ Cuno Cruz, Humberto Luis, “Razón, Racionalidad y Razonabilidad ¿Qué los identifica y diferencia?”, *A Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho*, Belo Horizonte, 2010, vol. 51, núm. 81, p. 206, http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/humberto_luiz_cuno_cruz.pdf.

La racionalidad se puede identificar con el pensamiento lógico formal, “un sistema de coordenadas dotado de la máxima objetividad y universalidad posibles, sobre el que se fundan todos los juicios validos o correctos”⁹⁵, en este sentido, la racionalidad nos brinda un conjunto de reglas lógicas para obtener inferencias válidas.

En el derecho continental, la pretensión por racionalizar y sistematizar el sistema jurídico dio como consecuencia que el razonamiento jurisdiccional predominante para la solución de los conflictos jurídicos por parte de los jueces fuera la subsunción, en la que el juez resuelve fundamentalmente con un método deductivo, donde la premisa normativa hace de premisa mayor, la premisa menor es el elemento empírico, al cual, si se logra acreditar, se le atribuirán las consecuencias normativas (conclusión o resolución).⁹⁶

En el esquema descrito anteriormente se intentó dar al sistema jurídico las respuestas a cada una de las situaciones hipotéticas que pudieran resultar de la aplicación de la ley, no se contemplaba la existencia de lagunas legales y se prohibió a los jueces que interpretaran el derecho, pues solamente debían aplicar la ley de forma literal. Montesquieu lo resumió con claridad en su obra *Del espíritu de las leyes*: “los jueces de la nación como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma”.⁹⁷

No obstante, la complejidad de la realidad supera a la del derecho y no pudiendo proveer todas y cada una de las situaciones que en los hechos se llegan a dar, la interpretación judicial se haría inevitable.

La interpretación de los textos legales implica pues la atribución de significado a las palabras, lo que le representa al interprete una carga argumentativa, valorativa y decisoria importante⁹⁸, y es precisamente en este punto donde la razonabilidad es de gran ayuda, pues se debe disminuir la discrecionalidad

⁹⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁹⁶ Véase: Malen Seña, Jorge F., “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Foro jurídico*, núm. 7, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 44, <file:///C:/Users/75883/Downloads/18455-73136-1-PB.pdf>.

⁹⁷ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, 14ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 151.

⁹⁸ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 7.

y el subjetivismo en los que el juez pudiera caer, imponiéndole así la obligación de motivar y fundamentar debidamente.

Ahora bien, existen ocasiones en la que el juzgador debe resolver a partir de juicios de valor, los cuales, no pueden ser comprobados por el pensamiento puramente racional, es decir, sus contenidos son inabordables por los criterios meramente formales, por lo cual es necesario complementarlos con criterios de razonabilidad.

Los juicios de razonabilidad están orientados a los valores, la razonabilidad en sí está estrechamente vinculada con la noción de aceptabilidad, y la idea central se encuentra en la sustitución de la prueba racional de las proposiciones valorativas por el requisito de la aceptación, el cual conlleva la no pretensión de encontrar una verdad demostrable sino aceptable.⁹⁹

Así por ejemplo, Neil MacCormic propone dos criterios de corrección en el razonamiento jurídico, el primero relacionado con el pensamiento racional; es decir, un modelo lógico deductivo para la representación de las proposiciones fácticas y normativas o criterio de justificación de primer orden y, por otro lado, propone un segundo criterio de corrección de carácter substancial donde no solamente se deben revisar los elementos de hecho sino también los de derecho, en la que el juez debe aportar razones de justificación y argumentos a favor de su decisión.¹⁰⁰

En el segundo criterio de corrección enunciado es donde se desarrolla la razonabilidad como método de decisión, y en las que es factible un escrutinio razonable, o en su caso, proporcional, que tenga como consecuencia una decisión bien argumentada en la solución de un problema jurídico.

1.4.2. *El principio de proporcionalidad*

Considero importante abordar teóricamente el principio de proporcionalidad, esto en virtud de haberlo señalado desde la hipótesis sostenida en esta tesis, como la forma que considero se puede resolver el problema de la restricción del derecho a

⁹⁹ Cuno Cruz, Humberto Luis, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁰ Véase: García Godínez, Miguel Ángel, *Los Criterios de Corrección en la Teoría del Razonamiento Jurídico de Neil McCormick*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2017, pp. 77-86.

la privacidad por medio de las medidas tecnológicas que usa el Estado mexicano para optimizar la seguridad. En este sentido, enuncio los elementos que serán desarrollados con mejor precisión en el capítulo 4 de esta tesis.

El principio de proporcionalidad está ligado con la razonabilidad; no obstante, tiene sus principales fundamentos no en el derecho americano, sino en el continental.

Partiendo de la idea básica del propio concepto de proporción, para comprender de manera gráfica la noción misma y relacionarla más fácilmente con el desarrollo conceptual de un principio que está dando la pauta en la solución de conflictos jurídicos en los tribunales constitucionales de todo el mundo.

La transformación del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho permitió a los jueces interpretar las normas, como presupuesto necesario para hacer vivos los principios jurídicos.¹⁰¹ En este contexto es posible el uso de la proporcionalidad como método para la solución de problemas jurídicos, cuestión que nos facilita tener una perspectiva distinta en relación con las tensiones entre el poder del Estado y las libertades fundamentales.¹⁰²

En un Estado constitucional de derecho los principios constitucionales deben maximizarse, hacerse vigentes; es fundamental implementar un control de regularidad constitucional y convencional. En caso de una interferencia a un derecho humano, esta debe estar debidamente fundada y motivada, y en el caso del fenómeno estudiado en esta tesis, es decir, la interferencia al derecho a la privacidad por parte del Estado debe, en consecuencia, existir una argumentación que justifique dicha interferencia al derecho humano materializada como un medio de control de regularidad constitucional.

El régimen constitucional de la razonabilidad y la proporcionalidad no se ha justificado de forma sencilla en el mundo; por ejemplo, en Alemania cuyo texto constitucional no contempla su aplicación, ésta se sustenta con una formula

¹⁰¹ En los Estados Unidos de América desde la sentencia *Marbury vs. Madison* la Corte Suprema asumió el papel de la interpretación constitucional, iniciando desde entonces una tradición de control difuso de la constitucionalidad de las normas.

¹⁰² Véase: Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia, El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 239.

estándar utilizada por el Tribunal Constitucional a través del principio de Estado de derecho, en función de la esencia misma de los derechos humanos como expresión de las libertades de los ciudadanos frente al Estado, mismas que no pueden ser limitadas por el poder público más allá de lo estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos.¹⁰³

En España, la justificación del principio de proporcionalidad apela al valor de la justicia, al Estado de derecho y a la dignidad de la persona, en virtud de que, sin constituir un estándar de constitucional autónomo, cuya argumentación surja de otros preceptos constitucionales, sí se justifica según el Tribunal Constitucional español, ya que los poderes públicos no pueden tomar decisiones arbitrarias, es decir, decisiones con el único fundamento que la voluntad de quien decide, luego entonces, la prohibición de la arbitrariedad tiene el rango constitucional y que el juicio de proporcionalidad garantiza el cumplimiento efectivo de la no arbitrariedad.¹⁰⁴

En Argentina, se justifica el uso del principio de proporcionalidad con la prohibición de alterar el contenido de los derechos, en virtud de que “la regulación razonable de los derechos fundamentales queda *ipso facto* excluida de la violación de su contenido, es decir, la alteración de su contenido si constituye la irrazonabilidad en el derecho. Por lo que, el resguardo del contenido de los derechos humanos puede determinarse tras el examen de proporcionalidad en sentido estricto”.¹⁰⁵

Siguiendo la hipótesis propuesta en el presente trabajo de investigación, la justificación a la interferencia a la privacidad debe seguir una razonabilidad tendente a dirigir las medidas tecnológicas a que sigan un fin legítimo, es decir, a que persigan un objetivo constitucionalmente válido; pero aun siguiendo dicho fin, las eventuales interferencias al derecho a la privacidad por medio de actos o leyes que tengan esa naturaleza, éstos deben justificar además que las interferencias no

¹⁰³ Véase: Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abaco de Rodolfo de Palma, Universidad Austral, 2009, pp. 57-58.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 59-60.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 61-62.

sean desproporcionales a los beneficios obtenidos.

En este sentido, es oportuno aproximarse al principio de proporcionalidad, con la finalidad de conocer, aunque de manera breve, su desarrollo conceptual, su naturaleza, sus características, su función y aplicación.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*¹⁰⁶, la palabra “proporción” significa disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí. En este sentido, proporcionalidad involucra igualdad, semejanza o armonía de las partes con su todo¹⁰⁷, o bien, implica el concepto de simetría.¹⁰⁸

A su vez, las ciencias sociales¹⁰⁹ han desarrollado principios alcanzados de la misma idea de proporción, por ejemplo, basada en tal pensamiento, la microeconomía desarrolló un sistema conocido como óptimo de Pareto;¹¹⁰ a su vez, la cada vez más acudida interdisciplinariedad influyó en que el derecho tomará parte de esa teoría para desarrollar en su campo el principio de proporcionalidad que a continuación se explicará.

¹⁰⁶ Real Academia Española, tema consultado “proporción”, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014, <http://dle.rae.es/?id=TlvEXgq>.

¹⁰⁷ Véase: Piña Reyna, Uriel, *Proporcionalidad cuantitativa de la pena*, en García Ramírez, Sergio (coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de Gonzales Mariscal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, t. III, p. 103.

¹⁰⁸ Véase: Sanz, Elena, “la simetría es bella”, *revista muy interesante*, <http://www.muyinteresante.es/salud/articulo/la-simetria-es-bella>. Por ejemplo, en la Universidad escocesa de Stirling, el investigador Anthony Little ha medido los niveles de simetría y proporciones en los rostros de las personas, ha comprobado que existe relación intrínseca entre la simetría y la atracción sexual. Sus estudios arrojan que los varones simétricos tienen proporciones faciales más masculinas, mientras que las proporciones faciales de las mujeres simétricas suelen ser más femeninas.

¹⁰⁹ La idea de proporcionalidad no es un concepto propio del derecho, sino una noción tomada de la misma naturaleza y observada primeramente desde el enfoque de las matemáticas; sin embargo, para disciplinas como la arquitectura, la estética y las artes, el concepto de proporción es fundamental desde la antigüedad; para algunas otras ramas del conocimiento se está volviendo elemental en tiempos más recientes, tanto en las ciencias naturales como sociales.

¹¹⁰ Véase: Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones constitucionales*, 2012, núm. 26, p. 71. El óptimo de Pareto es un principio de la microeconomía, que consiste *grosso modo* en el mejoramiento de las condiciones económicas de un sujeto, sin que represente una afectación a otro. “Una posición puede ser mejorada sin perjudicar otra”. Se encuentra que en el derecho, este principio no puede operar de la misma manera que en la economía toda vez que por tratarse de derechos, la afectación si repercute en la disminución en la esfera jurídica de una persona, lo que constituye una imperfección importante en la aplicación jurídica de la fórmula, sin embargo, siguiendo la noción de proporción se trata de que la afectación al derecho sea la menor posible y a su vez que el beneficio del derecho beneficiado se justifique de tal manera que sea estrictamente necesaria dicha intervención.

Primeramente, hay que señalar que, para el estudio de este concepto es fundamental la distinción de las normas que conforman todo el sistema jurídico; al considerar su estructura es posible observar que conviven reglas con principios.

Para comprender el principio de proporcionalidad en el derecho, considero previamente necesario describir lo que es en sí un principio jurídico y su distinción con las reglas jurídicas y, en consecuencia, comprender la dualidad de la que participa la naturaleza del aludido concepto, al ser él mismo un principio, como un método o herramienta argumentativa para la solución de la tensión entre principios.

1.4.3. *Diferencia entre principios y reglas*

Las teorías jurídicas modernas, al reflexionar sobre la idea misma del derecho, sostienen que éste no está integrado sólo por normas jurídicas con estructura de reglas, sino que existen normas de derecho con una estructura distinta, es decir, los denominados principios, que rigen al propio ordenamiento jurídico.

El teórico alemán Robert Alexy señala que los principios son normas jurídicas que al igual que las reglas pueden formularse con expresiones deónticas básicas del mandato, es decir, la prohibición y la permisión. Sin embargo, los principios jurídicos tienen un grado de generalidad más alto que las reglas y en concreto, argumenta dicho autor, los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles.¹¹¹

En este sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferentes grados, mientras que las reglas son mandatos que pueden ser cumplidos o no.¹¹² De esta manera, en el sistema jurídico existen reglas y principios conviviendo juntos y, por lo tanto, existen ocasiones en que pueden resultar contrarias entre sí, tanto reglas con reglas, o bien existir colisión entre principios jurídicos.

Visto desde esta perspectiva conceptual, las normas constitucionales son

¹¹¹ Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹¹² *Ibidem*, pp. 86-87.

principios sobre el derecho y la justicia¹¹³, y, en consecuencia, tienen una manera diferente de aplicación a las reglas, las cuales, se puede decir, admiten la subsunción meramente lógico-formalista, como su medio de aplicación y solución a los problemas jurídicos.

Así en el caso del choque entre normas jurídicas en forma de reglas o antinomias, que puede ocurrir cuando una norma permite y otra prohíbe o bien cuando en la interpretación se percibe que no son compatibles de aplicación simultánea, se deberá solucionar por los criterios de jerarquía, especialidad o tiempo, lo que dará por consecuencia la invalidez e inaplicación de una de las normas contradictorias.¹¹⁴

En la solución de tensión entre principios como lo es el problema planteado en este trabajo de investigación, la solución debe ser diversa, la concurrencia entre principios encontrados se debe resolver implementando el principio de proporcionalidad.

Según el modelo teórico-conceptual de Alexy, la primera cuestión a considerar es que todos los principios jurídicos están en un mismo nivel jerárquico, su peso abstracto es idéntico (tanto los que refirieren a los derechos fundamentales como los que tienen por objeto bienes colectivos)¹¹⁵, por lo que no es posible anular uno para aplicar otro por razón de superioridad. Por su naturaleza general, además, los principios tampoco pueden anularse unos a otros por razón de carácter especial sobre general, simplemente los principios son iguales en su fuerza jurídica.

Ahora entonces, la tensión entre principios se da de manera particular en diversos supuestos, los cuales pueden ser concretos, como en los actos de autoridad que afecten en su aplicación un principio tutelado o bien, puede ser abstractos como en el caso de una ley que incida en algún principio. En ambos supuestos existe la necesidad de acudir a la proporcionalidad como método de control iusfundamental, con la finalidad de mantener una armonía entre el propio

¹¹³ Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, pp. 109-110, <http://documents.mx/documents/el-derecho-ductil-gustavo-zagrebelsky-pdf-libre.html>.

¹¹⁴ Véase: Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 9ª ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, UNAM, 2016, pp. 71-83.

¹¹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 130.

orden normativo.

En esta tesitura, y fundándose en la idea de razonabilidad,¹¹⁶ la proporcionalidad como técnica metodológica tiene cuatro pasos fundamentales en la aplicación del mismo, los cuales deben escrutarse exhaustivamente en el sentido de que el acto sujeto a control persiga un fin legítimo, si es el medio idóneo para conseguir ese fin legítimo, si es necesario y finalmente si la intervención al otro principio resulta ser estrictamente proporcional.

En síntesis, los pasos de la proporcionalidad como método son: 1) la legitimidad, 2) la idoneidad, 3) la necesidad y 4) la proporcionalidad en sentido estricto.

De manera general la legitimidad consiste en que el acto sujeto a control persiga una finalidad constitucionalmente legítima. En el siguiente apartado me detendré con más detalle en este rubro para determinar algunos posibles inconvenientes en el análisis jurisprudencial que pudieran surgir en la determinación del fin legítimamente válido del acto sujeto a control.

La idoneidad a su vez va muy ligada a la legitimidad, pues es la forma para determinar si el acto sujeto a control es el medio adecuado para conseguir el fin legítimo. Por lo que debe analizarse en esta etapa las propiedades de medio-fin, así como los elementos que tiene el acto para lograr el fin deseado.

La necesidad se refiere a los costos que ocasiona el acto intervenido para lograr el fin legítimo, ello trae consigo un análisis y necesaria comparación con otros medios legítimos e idóneos posibles y, de ese modo, deducir si el acto sujeto a control es el medio más benigno y el que ocasiona los menores costos.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto se define con la fórmula del peso desarrollada por Alexy, y que consiste en que la compensación en el

¹¹⁶ La idea de razonabilidad en el derecho tiene años desarrollándose, sobre todo en países de tradición casuística y menos formalista, como en Estados Unidos; a partir de la implementación tradicional del pensamiento judicial y la aplicabilidad con “prudencia” del derecho al caso concreto. Alexy menciona que la proporcionalidad como método tiene su fundamento en la razonabilidad, precisamente para que los tribunales constitucionales resten la mayor subjetividad y discrecionalidad y en consecuencia aumentar la motivación en criterios objetivos al emitir sus decisiones. Habrá que entender entonces, los criterios objetivos como los valores constitucionales, por lo tanto, el juez constitucional habrá de apoyarse en interpretaciones previas, en la teoría de la argumentación, en exigencias metodológicas y en las circunstancias del caso concreto para primar en la coherencia de sus determinaciones.

beneficio que se obtiene en el caso específico, al intervenir al otro principio, sea mayor a la restricción que se le confiere. En ese sentido, la medida será proporcional siempre y cuando el beneficio que se obtenga a un principio sea igual o mayor al costo de intervenir otro. Edurne Terradillos considera que “el principio de proporcionalidad en sentido estricto se encarga de poner en relación los fines perseguidos, la medida adoptada y el derecho fundamental afectado¹¹⁷”.

Cabe mencionar que la técnica de proporcionalidad es hoy la herramienta más utilizada por los tribunales constitucionales en el mundo, para resolver determinados problemas jurídicos, en función de la insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación jurídica¹¹⁸; la consecuente superación de aquellos, así como en atención a la propia evolución del derecho y del constitucionalismo moderno.

No obstante, la aplicación de la proporcionalidad en nuestro país es de muy reciente aplicación. De hecho, el primer caso en que la Suprema Corte de Justicia lo utilizó se resolvió el 29 de septiembre del año 2004, mientras que en Europa tiene poco más de cincuenta años.¹¹⁹

Ahora bien, el siguiente capítulo analizaré el contenido jurídico tanto en el ámbito internacional, constitucional y legal de la privacidad, así como de la seguridad, para luego, visibilizar el fenómeno de coincidencia y tensión entre privacidad y seguridad para finalmente ir encausando una solución plausible para dicho fenómeno, e ir identificando cuando se da a nivel de reglas o de principios.

¹¹⁷ Terradillos Ormatxea, Edurne, *Principio de proporcionalidad, Constitución y derecho del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 43.

¹¹⁸ Véase: Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016 p. 21.

¹¹⁹ Véase: Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones constitucionales*, 2012, núm. 26, p. 66. El amparo 988/2004, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo ponente del proyecto el ministro José Ramón Cossío, en el cual “estableció que cuando una distinción afecte a derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas “sospechosas” por la propia Corte (origen étnico o nacional, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias, estado civil o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana) aplicará un escrutinio estricto; cuando no los afecte, aplicará un escrutinio ordinario”, p. 81.

CAPÍTULO 2

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PRIVACIDAD Y LA SEGURIDAD

SUMARIO: 2.1. *La protección constitucional de la privacidad*; 2.2. *La protección convencional de la privacidad*; 2.3. *La protección legal de la privacidad*; 2.4. *Consideraciones personales*; 2.5. *Los procedimientos de defensa del derecho a la privacidad*; 2.6. *Los principales tratados internacionales sobre seguridad suscritos por México*; 2.7 *Los preceptos constitucionales sobre seguridad*; 2.8. *Legislación sobre seguridad nacional y seguridad pública*; 2.9. *Facultades del Estado para intervenir en la privacidad de las personas a través de las comunicaciones privadas*.

2.1. La protección constitucional de la privacidad

El derecho a la privacidad no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución, tal como se encuentra en los sistemas internacionales de derechos humanos; sin embargo, sí se encuentra implícito en diversos artículos constitucionales y, además está reconocido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Magna contemplan la vida privada como límite para los derechos de acceso a la información y libertad de prensa, respectivamente.

Artículo 6o.

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.¹²⁰

¹²⁰ México, Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Artículo 6, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917, última reforma de 15 de septiembre de 2017, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf.

(...) II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. (...)

Artículo 7o. (...)

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. (...) ¹²¹

Por su parte, el artículo 16 contiene una variedad de elementos que resguardan la vida privada de las personas. Primeramente, protege el ámbito personal, familiar, el domicilio y las posesiones frente a todo acto de autoridad, los cuales sólo podrán afectarse con mandato que cumpla con las formalidades que el mismo artículo indica. Por otra parte, dicho artículo estipula la protección de datos personales e impone requisitos más específicos en cuanto a los cateos, así como la declaración de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y de correspondencia.

Artículo 16.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. (...)

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse (...)

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. (...)

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

¹²¹ *Ibidem*, art. 7.

(...) Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

(...) La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley. (...) ¹²²

Como se puede apreciar la Constitución protege una esfera de privacidad de toda persona a través del establecimiento primeramente de un límite en el ejercicio de otros derechos de la misma naturaleza, pero también tutelando espacios como la persona, familia, papeles o posesiones, así como las comunicaciones privadas y correspondencia, que constituyen, como se ve en la doctrina, espacios protegidos por el derecho a la privacidad.

Por otro lado, es posible apreciar además que en el artículo 16 se establece de manera clara el derecho a la salvaguarda de los datos personales, que igualmente son parte del derecho a la privacidad.

Ahora bien, si no quedara tan clara la tutela constitucional a la privacidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la interpretación de dichos preceptos ha sentado jurisprudencia al respecto.

2.1.1. *La jurisprudencia nacional sobre el derecho a la privacidad*

La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que el derecho a la vida privada se encuentra protegido por la Constitución. Diversos criterios jurisprudenciales han ido reconociendo los alcances y límites de dicha protección.

Así, por ejemplo, en el *amparo en revisión 402/2007*, señala que la vida privada “es el derecho fundamental consistente en la facultad que tienen los individuos de no ser interferidos o molestados en su persona por persona o entidad alguna en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen”. “La intimidad, continua la corte, se constituye con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar”. ¹²³

La siguiente tesis de la Suprema Corte me parece relevante, ya que reconoce

¹²² *Ibidem*, art. 16.

¹²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo en revisión 402/2017*, pp. 21-23, <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Primera%20sala/Novena%20%C3%A9poca/2007/133.pdf>.

la obligación constitucional de proteger la privacidad de la persona, tanto de la sociedad como de la propia actividad estatal, mencionando además los diferentes grados de protección y dejando la carga de prueba a la propia autoridad para justificar, en elementos objetivos y razonables, la causa de molestia o afectación en los casos en que ocurran.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y DERECHO A LA PRIVACIDAD. SU LIMITACIÓN ES EXCEPCIONALÍSIMA Y CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUSTIFICAR SU AFECTACIÓN. Los individuos tienen derecho a la preservación de un grado de privacidad frente a las acciones de las autoridades. Existe, en la Constitución Federal, una preocupación por proteger la privacidad que se manifiesta en distintos preceptos constitucionales. En dichos casos, la intimidad como derecho humano tiene distintos niveles de protección, dependiendo de 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 de qué tipo de actividad se trata. En ese sentido, hay casos donde el derecho a la intimidad se encuentra íntimamente relacionado con el de libertad personal. Al respecto, es importante resaltar que toda persona tiene no sólo la legítima expectativa, sino el derecho a no ser molestada por la autoridad, salvo por causas justificadas. Lo anterior tiene la finalidad de evitar abusos por parte de la autoridad; por tanto, el estándar en la limitación al derecho humano de libertad personal es de carácter excepcionalísimo y del más estricto rigor. Por ello, corresponderá a la autoridad probar que tenía elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal (Tesis: 1a. CII/2015 10a.).¹²⁴

En cuanto a las intervenciones de la vida privada, la Corte refiere en la *Contradicción de tesis 194/2012*¹²⁵, que “las comunicaciones resultan protegidas con independencia de su contenido”. El artículo 16 constitucional, estima la corte, se infringe cuando:

(...) se escucha, grava, almacena, lee o registra, sin conocimiento de los interlocutores, una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad se difunda el contenido de la intervención interceptada.¹²⁶

¹²⁴ Tesis: 1a. CII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1095.

¹²⁵ Contradicción de tesis.194/2012, Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, t. 1, p. 39.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 27.

2.2. La protección convencional de la privacidad

La protección convencional de los derechos humanos está conformada por todos aquellos instrumentos internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. Nuestro país está inmerso en dos sistemas internacionales diversos de protección de derechos humanos. En este apartado analizó el derecho a la privacidad o vida privada tanto en el sistema universal de derechos humanos como en el sistema regional en el cual nuestro país está inmerso, es decir, el sistema interamericano de derechos humanos.

En ambos sistemas estudió en qué tratados se contempla el citado derecho, así como su desarrollo jurisprudencial.

2.2.1. El derecho a la privacidad en el sistema universal de derechos humanos

El fundamento del derecho a la vida privada en el sistema universal de los derechos humanos se encuentra primeramente en el artículo 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que a la letra estipula lo siguiente:

Artículo 12:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.¹²⁷

Asimismo, en uno de los llamados pactos de Nueva York, el derecho a la vida privada se encuentra contemplado en el artículo 17 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de la siguiente manera:

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹²⁸

¹²⁷ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, Francia a 10 de diciembre de 1948, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

¹²⁸ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, Estados Unidos de América a 16 de diciembre de 1966, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

También se hace mención de la vida privada como límite a la publicidad de los juicios en el artículo 14 de dicho Pacto. Asimismo, la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Niña*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece dicho derecho en su artículo 16:

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación.
2. El niño tiene derechos a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.¹²⁹

Ahora bien, los artículos anteriormente citados han sido interpretados por los comités competentes de la Organización de las Naciones Unidas, conformado de esa manera la jurisprudencia aplicable al derecho a la privacidad, misma que será conveniente abordar en el siguiente subapartado.

2.2.1.1. *La jurisprudencia sobre el derecho a la privacidad en el sistema universal*

En el Sistema Universal de los Derechos Humanos, la jurisprudencia está conformada por todas aquellas recomendaciones que realicen los diversos comités constituidos para interpretar cada instrumento normativo del sistema. En el caso de la vida privada el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto en la Observación general núm. 16, realizada en el 32 periodo de sesiones en el año de 1988, sobre el derecho a la intimidad establecido en el artículo 17 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*:

- 7... las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad (...) el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada.
8. Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la

¹²⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Niño*, en la Resolución 1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959, https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf.

legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias.¹³⁰

Advierte que los Estados no están poniendo la atención debida en la protección del derecho a la vida privada, pues invita a que los órganos competentes de los Estados informen acerca de las acciones y medidas que toman al respecto, sobre todo en la protección a las injerencias arbitrarias e ilegales a la vida privada; aludiendo que el termino ilegales refiere a que “no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley”.

Asimismo, recomienda que los Estados regulen de manera adecuada sobre la inviolabilidad de las comunicaciones y de la correspondencia, sobre los registros del domicilio, personal y corporal, los cuales deberán realizarse de manera compatible con la dignidad de la persona.

Recomienda que la recolección y registro de datos que contengan información personal debe estar reglamentado por la ley, ya sea que quienes realicen dichas tareas sean autoridades públicas, particulares o entes privados.

Finalmente sugiere que los Estados deben tener una legislación apropiada para proteger la honra y reputación de las personas de ataques arbitrarios e ilegales y que se disponga de recursos eficaces en contra de los responsables de dichos ataques.

2.2.2. El derecho a la privacidad en el sistema interamericano de derechos humanos

De los diferentes sistemas regionales, nuestro país se ubica en el sistema interamericano de derechos humanos. El derecho a la privacidad o vida privada se encuentra tutelado en el artículo 5 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, el cual estipula que:

Artículo 5.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques

¹³⁰ Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Observación General* núm. 16, 32 periodo de sesiones 1988, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3584.pdf>.

abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.¹³¹

Mientras que la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, conocido también como el Pacto de San José, en su artículo 11 estipula que:

Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹³²

2.2.2.1. *La jurisprudencia sobre el derecho a la privacidad en el sistema interamericano*

La jurisprudencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está constituida por cada una de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y aunque los puntos resolutivos de las mismas son obligatorios solamente para los Estados partes de la controversia, la parte considerativa de la sentencia es vinculante para todos los Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte.

En lo concerniente al tema de la vida privada, la Corte se ha pronunciado en casos como los de *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica* o *Escher y otros Vs. Brasil*, entre otros.

En el primero de los casos aludidos, la Corte señala que la vida privada comprende la identidad física y social, el desarrollo y autonomía personal, su derecho a establecer y desarrollar relaciones con los demás y con su entorno social, incluyó en el caso el derecho de mantener y establecer relaciones con personas del mismo sexo.

En el segundo caso mencionado, estableció que la protección de la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad humana, que

¹³¹ Organización de los Estados Americanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, Colombia a 30 de abril de 1948, https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

¹³² Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica a 22 de noviembre de 1989, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.

incluye la capacidad de desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar la propia identidad y definir las propias relaciones personales. Indica además que incluye aspectos de identidad física y social que envuelve la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona.

En el tercero de los asuntos aquí indicados la Corte determinó que el artículo 11 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* protege las conversaciones telefónicas, así como las operaciones técnicas, dirigidas a registrar su contenido mediante grabación y escucha, destino y origen de las llamadas, identidad de los interlocutores, frecuencia, hora y duración de la llamada, aspectos que pueden constatarse sin necesidad de intervenir el contenido de la llamada, pero que igualmente se encuentran tutelados por el artículo 11 de la Convención.

De hecho, según la Corte las injerencias a la vida privada deben reunir los siguientes requisitos para que resulten convencionales:

...una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) estar prevista en ley; b) perseguir un fin legítimo, y c) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención.¹³³

2.3. La protección legal de la privacidad

El Estado mexicano básicamente toma un papel pasivo para abstenerse de interferir en la vida privada del individuo, así se constituyen las primeras libertades; sin embargo, para que se garantice ese derecho de los particulares, el Estado debe asumir un papel activo, es decir, ejercitar actos y mecanismos interesados en evitar la transgresión del derecho aludido, no sólo de sus autoridades sino también de otros particulares.

En este tenor, el derecho a la vida privada en México se encuentra protegido legalmente en diversas leyes; se encuentra por ejemplo una forma de protección a la vida privada mediante la reserva de información personal. En este sentido y aunque se puede considerar como un derecho autónomo, están tanto la *Ley de*

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 6 de julio de 2009, *Escher y otros vs. Brasil*, p. 38, párrafo 129, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

protección de datos personales en posesión de en posesión de los sujetos obligados
¹³⁴ como la *Ley de protección de datos personales en posesión de particulares*.¹³⁵

Por otro lado, se desprenden también elementos de protección a la vida privada de la legislación penal y civil.

En el ámbito penal se puede mencionar que el *Código Penal Federal* tiene como bien jurídico tutelado la vida privada, al tipificar, entre otras conductas como la de revelar o difundir, con perjuicio de alguien, información o imágenes obtenidas de intervención de comunicaciones privadas. El capítulo I titulado “Revelación de secretos” del título noveno del Código Penal Federal, en su artículo 211 bis establece que:

Artículo 211 Bis-

A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.¹³⁶

Por su parte la legislación civil contempla una figura importante que salvaguarda el derecho a la vida privada; el *Código Civil Federal* regula el daño moral de la siguiente manera:

Artículo 1916.-

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. (...), el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material (...)¹³⁷

¹³⁴ México, Congreso de la Unión, *Ley de protección de datos personales en posesión de particulares*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de julio de 2010, Sin reformas, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.

¹³⁵ México, Congreso de la Unión, *Ley de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 26 de enero de 2017, Sin reformas, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>.

¹³⁶ México, Congreso de la Unión, *Código Penal Federal*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de agosto de 1931, última reforma de 26 de junio de 2017, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_260617.pdf.

¹³⁷ México, Congreso de la Unión, *Código Civil Federal*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes en fechas 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma de 24 de diciembre de 2013, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf.

Finalmente, la regulación legal más especializada sobre la vida privada en México se encuentra en la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal¹³⁸, publicada el 19 de mayo del 2006, reformada por última vez en noviembre del 2014. Dicha ley establece las definiciones de la vida privada, honor e imagen; prevé los supuestos de afectación, los medios de defensa, así como las responsabilidades y sanciones.

2.4. Consideraciones personales

El derecho a la vida privada es un derecho humano esencial para el desenvolvimiento y desarrollo de una vida digna de toda persona; su contenido conceptual es muy amplio y se ha desarrollado principalmente en los tribunales.

Se observa que el derecho a la vida privada se encuentra tutelado expresamente en los instrumentos internacionales, tanto en el sistema universal como en el sistema regional (interamericano), y que la jurisprudencia al respecto es basta, aunque en el presente trabajo solo se incluye una muestra. Se puede observar el avance en cuanto a contenido y protección que la jurisprudencia internacional promueve, pues prevé los cambios contextuales que las nuevas tecnologías traen consigo y los criterios internacionales han sido innovadores.

Por otra parte, si bien en el sistema interno se reconoce de manera tácita o implícita el derecho a la vida privada, considero que se debería hacer expreso ese reconocimiento en la Constitución, ya que facilitaría la interpretación iusfundamental de dicho derecho y de los otros derechos vinculados estrechamente con él, pues brindaría un mejor trato interpretativo y, en consecuencia, un mejor desarrollo en cuanto a su contenido.

Si bien se deberían elevar los estándares de protección de los derechos humanos al interpretar de manera conjunta las normas internacionales con las nacionales, lo cierto es que existen criterios que aún no aceptan o no entienden

¹³⁸ México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006, última reforma 28 de noviembre de 2014, publicada en G.O.D.F., <http://www.aldf.gob.mx/archivo-bf7113fe54a3042531735d5b5d7eb27a.pdf>.

dicho avance; en el caso del derecho a la vida privada, un paso decisivo es que la Constitución lo reconozca expresamente.

En la actualidad el derecho a vida privada tiene unos retos enormes, las tecnologías de la información y comunicación ponen en la mesa de debate una serie de consideraciones muy serias para que los Estados se preocupen por proteger la privacidad de toda persona, así como garantizar los mecanismos adecuados para prever y sancionar conductas violatorias de dicho derecho.

El derecho debe adecuarse, además, para regular en las mayores dimensiones posibles las nuevas problemáticas que surgen; una de las mayores herramientas con las que se cuenta es adaptar los criterios de interpretación a las doctrinas constitucionales modernas; integrar verdaderamente los principios de interpretación conforme, pro persona, con el objeto de brindar una verdadera protección a los derechos humanos.

2.5. Los procedimientos de defensa del derecho a la privacidad

En los casos en que cualquier persona estime violentado su derecho a la privacidad, existen diversos mecanismos de defensa que tienen por finalidad restituir en el goce del ejercicio del derecho o bien la reparación del daño.

En los casos de trasgresión al derecho humano a la privacidad, habrá que identificar los sujetos que intervienen, ya sea el Estado o los particulares, para poder elegir una estrategia adecuada de defensa y elegir de entre los mecanismos de defensa idóneos.

Se puede clasificar tales en mecanismos no jurisdiccionales y mecanismos jurisdiccionales. Otra clasificación posible es la relativa al derecho interno o internacional, es decir, si el afectado acude a instancias nacionales o internacionales.

2.5.1. Mecanismos no jurisdiccionales de defensa del derecho a la privacidad

En nuestro sistema jurídico existen mecanismos de defensa a los derechos humanos que no necesariamente se llevan a cabo ante los tribunales. En lo relativo a la afectación al derecho a la privacidad, tema que nos ocupa en el presente trabajo

de investigación, se encuentra el caso de la defensa no jurisdiccional en el cual el agraviado tiene la posibilidad de presentar una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o bien ante la Comisión de Derechos Humanos estatal, dependiendo si quien cometió la violación al aludido derecho fue una autoridad federal o local, o bien, un particular que operé por mandato de éstas.¹³⁹

En ambos supuestos se llevará a las partes a que intenten lograr una conciliación amistosa; pero en caso de no conseguirse dicha conciliación, tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos como la Comisión Estatal de Derechos Humanos, según se trate la competencia, pueden emitir una recomendación en la que se fije la restitución efectiva del derecho a la privacidad y la reparación de daños y perjuicios ocasionados.¹⁴⁰

Por otro lado, tratándose de una vulneración al derecho de protección de datos personales, toda vez que según se ha dicho, tal derecho tiene cierta autonomía respecto del derecho a la privacidad, existan por consiguiente, organismos no jurisdiccionales especializados para su defensa, como el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales o los institutos de protección de datos personales de las entidades federativas que cuentan con los procedimientos para la defensa de los llamados derechos ARCO.¹⁴¹

2.5.2. Mecanismos jurisdiccionales de defensa del derecho a la privacidad

Cuando se habla de defensa jurisdiccional de derechos humanos, se refiere a que el asunto sobre la vulneración de un derecho humano es planteado ante un tribunal para su resolución siguiendo las reglas y pautas de un juicio.

Una de las opciones para la defensa jurisdiccional del derecho a la privacidad es el juicio de amparo el cual puede ser en vía indirecta, que *grosso modo* es cuando el acto reclamado sea cualquier acto de autoridad que no ponga fin a juicio, y, en vía directa, cuando se planteé la vulneración a dicho derecho en sentencia que pone

¹³⁹ García Ricci, Diego, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁰ *Ídem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 50. Los derechos ARCO, por sus siglas se refieren a la agrupación de derechos para el Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición de datos personales y que permiten al individuo participar activamente en el tratamiento y manejo de su información personal.

fin a juicio.

Cabe mencionar que el amparo indirecto puede ser una de las vías de mayor efectividad para un particular que se sienta agraviado en su esfera privada por los mecanismos informáticos del Estado, y combatir esos actos de autoridad sin acreditar el quejoso un acto de aplicación en concreto. Me parece pertinente incluir un par de razonamientos jurisprudenciales interesantes porque abren las puertas a los ciudadano y posibles quejosos a que, el Juzgado de Distrito admita las demandas de amparo en contra de posibles injerencias en su vida privada, sin la exigencia de un primer acto de aplicación, en virtud de que la naturaleza de las medidas de vigilancia impide que la persona pueda acreditar un acto ilegal en su contra, lo que sugiere al órgano de control constitucional a que analice las disposiciones al respecto de manera abstracta.

debido a la secrecía con la que se origina tanto la solicitud como el desahogo de los requerimientos de información y localización geográfica en tiempo real, el gobernado se encuentra imposibilitado para indicar la existencia de algún requerimiento concreto que le agravie de manera específica.

Ante tal circunstancia, resulta factible estimar que tratándose de esta clase de requerimientos de carácter confidencial, en los que se encuentra involucrada la probable afectación de derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, el gobernado se encuentra en aptitud de controvertir su constitucionalidad bajo la calidad de disposiciones autoaplicativas, en razón de que la afectación en su esfera de derechos cobra sentido con la entrada en vigor de los preceptos normativos que prevean tales mandatos.

No podría ser de otra manera, pues de estimarse que las disposiciones que se tildan de inconstitucionales poseen el carácter de heteroaplicativas y, por ende, que se requiere la acreditación de un primer acto concreto de aplicación para su impugnación, se estaría constriñendo al quejoso de que se trate a la aportación en el juicio de amparo de una prueba imposible.¹⁴²

De esta manera, es posible primeramente garantizar al quejoso su derecho humano al acceso a un recurso judicial efectivo en contra de medidas de vigilancia excesivas,¹⁴³ y por otra parte se inspecciona dichas medidas para garantizar que toda persona tenga la capacidad y libertad para planear o decidir qué actividades

¹⁴² Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, sentencia dictada el 16 de febrero de 2015, *Amparo 116/2014*, p. 35.

¹⁴³ *Idem*.

emprender en público y cuales omitir, en palabras más generales se atiende y optimiza el derecho a la libre determinación.¹⁴⁴

no es dable exigir un acto concreto de aplicación en este tipo de situación, dado el carácter confidencial de dichas operaciones, pues presupone un desconocimiento del interesado que es sujeto de las medidas de vigilancia e investigación por parte de las autoridades facultadas para tal actividad.

Además, el efecto inhibitor a que se ha hecho referencia, es posible que también se presente en situaciones como las que prevé el artículo citado, en virtud de que las tareas de inteligencia y recolección de información inciden directamente en el derecho a la libre autodeterminación de las personas, principalmente, el derecho a decidir por sí mismos, cuándo y dentro de qué límites los asuntos de la vida personal habrán de ser públicos.¹⁴⁵

Otra opción de defensa constitucional del derecho a la privacidad son las llamadas acciones de inconstitucionalidad comprendidas en el artículo 105, fracción II. Con la salvedad de que para accionar dicho mecanismo solamente están legitimados ciertos órganos del Estado, incluyendo a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En ambos casos, el órgano competente del Poder Judicial de la Federación ejercerá un control constitucional y de convencionalidad, para analizar si la ley, acto u omisión vulneran el derecho a la privacidad basándose en lo estipulado por la Constitución, por los instrumentos internacionales y jurisprudencias, algunas descritas en este capítulo.¹⁴⁶

Cabe mencionar que después de haber llevado una defensa no jurisdiccional de dicho derecho, en algunos casos hay la posibilidad de impugnar las resoluciones de organismos como el Instituto Nacional de Acceso a la Información (INAI) vía juicio de amparo cuando involucren a autoridades federales o bien ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa cuando involucre solamente particulares.¹⁴⁷

Otra de las formas en que puede llevarse a los tribunales la defensa al

¹⁴⁴ Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, sentencia dictada el 4 de mayo de 2018, *Amparo indirecto 73/2018-II y sus acumulados 75/2018-III y 76/2018-IV*, p. 30.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 51.

derecho a la privacidad es mediante los mecanismos que nos marcan las leyes, por ejemplo, para acudir ante un juzgado de primera instancia en materia civil, en el caso de reclamar algún daño moral causado en contra del honor, reputación e imagen, que también está protegido por el derecho humano a la privacidad.

Finalmente cabe mencionar que se puede acudir a instancias internacionales cuando no se éste conforme con las resoluciones de las instancias internas, teniendo la opción de elegir entre el *Sistema Universal de Derechos Humanos* o el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en este último supuesto pasando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y pudiendo llegar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante mencionar que, por regla general, las instancias internacionales se rigen por el principio de definitividad; es decir, se requiere haber agotado todos los recursos internos posibles para que puedan los organismos internacionales conocer del asunto.

2.5.3. *El habeas data*

En el derecho comparado existe una garantía constitucional de trascendencia para el tema de la privacidad, si bien es un procedimiento que no está estipulado en nuestro país de manera autónoma, es importante conocerlo ya que es un medio de defensa muy especializado en cuanto a la identidad informática.

Se encuentra vigente en diversas modalidades dentro de los diferentes países, la Constitución de Brasil la contempla como una garantía autónoma; en Argentina se cataloga como un subtipo de amparo, o bien, se puede encontrar como “procesos menos específicos pero de mayor cobertura como el recurso de protección chileno, la tutela colombiana o el amparo del Perú”.¹⁴⁸

Básicamente consiste en:

un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en lo de primera generación correspondió el *habeas corpus* respecto de la libertad física o de movimientos

¹⁴⁸ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2011, t. I, p. 396.

de la persona.¹⁴⁹

La finalidad del *habeas data* es impedir que en bancos o registros de datos se seleccionen o mantenga información de la persona ligados estrechamente con su personalidad o vida privada, pudiendo estos ser utilizados, sin derecho alguno que lo sustente, en perjuicio de la persona tanto por órganos públicos como por entes privados. La sola amenaza de difusión permite la vía¹⁵⁰

Vemos que el *habeas data* es un proceso constitucional de ribetes muy particulares, con un objeto muy preciso y una libertad a custodiar que le facilita incursionar mas (sic) allá de los límites que la pretensión y la resistencia (demanda y contestación) pueden acotar.¹⁵¹

El juzgador deberá resolver si se afectaron o no los derechos de la persona cuando se recopilaron y procesaron sus datos personales.

La garantía del *habeas data* tiene dos dimensiones: una negativa, consistente en que el uso de la informática encuentra su límite en el respeto al honor, la intimidad personal y el pleno ejercicio de los derechos; y una dimensión positiva que faculta a la persona para disponer y controlar el uso de sus datos.¹⁵²

2.6. Los preceptos constitucionales sobre seguridad pública y seguridad nacional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuenta con diversos numerales que refieren a la protección de la seguridad, tanto la seguridad pública como la seguridad nacional, que es lo analizado por el presente trabajo de investigación, pues como se vio en el apartado conceptual correspondiente, el tema de la seguridad es una obligación básica para el Estado, y donde se sustenta la legitimidad de las intervenciones al derecho humano a la privacidad.

En el artículo 6° constitucional, apartado A, fracción I, se menciona que la información pública, es decir, aquella que este en posesión de cualquier autoridad o entidad que reciba recursos públicos o ejerza actos de autoridad en cualquier

¹⁴⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías", *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tirano lo blanch, 2014, p.19.

¹⁵⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, p. 399.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 403.

¹⁵² Martínez de Pisón, *op. cit.*, p. 66.

ámbito de gobierno, solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional en los términos que fijen las leyes correspondientes.

Dicho precepto señala:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.¹⁵³

A su vez, el artículo 21 constitucional establece que la seguridad pública está a cargo de los tres niveles de gobierno de manera coordinada, además de que dota al Ministerio Público de la facultad de investigar y perseguir los delitos. Establece que la seguridad pública comprende las tareas de prevención de los delitos, investigación y persecución para hacerla efectiva y la aplicación de las sanciones administrativas. Indica además que las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinario y profesionales y que se regirán por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.

Por su parte, el artículo 25 estipula la obligación del Estado en cuanto a la rectoría del desarrollo nacional; menciona el fortalecimiento de la soberanía nacional, así como la obligación de estatal de mantener la seguridad del individuo, grupos y clases sociales.

Además, el artículo 89, fracción VI, le otorga la facultad y la obligación al ejecutivo federal para preservar la seguridad nacional.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

... VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y

¹⁵³ México, Congreso de la Unión, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917, última reforma de 15 de septiembre de 2017, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf.

disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente ósea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.¹⁵⁴

Por su parte, la Constitución faculta al Congreso de la Unión para legislar tanto en materia de seguridad pública como de seguridad nacional.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.

...XXIX-M. Para expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes.¹⁵⁵

Es importante puntualizar, que dichas facultades aparecen en la Constitución, a partir de la reforma constitucional del 5 cinco de abril del 2004¹⁵⁶, que a su vez daría origen a la Ley de Seguridad Nacional promulgada el 31 de enero del 2005, pues hasta antes de la reforma constitucional aludida, nuestra Carta Fundamental no contaba con el termino seguridad nacional.

En este sentido, es menester atender al estudio de la legislación en la materia de seguridad pública como seguridad nacional en nuestro país, acotándolas a las que facultan a las autoridades para intervenir en la privacidad de las personas.

Previo al estudio de la legislación también es relevante revisar lo establecido en los tratados internacionales con énfasis en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos relativo al uso de medios tecnológicos de vigilancia.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ DECRETO por el que se adiciona la fracción XXIX-M al artículo 73 y se reforma la fracción VI del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación* lunes 5 de abril de 2004, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_156_05abr04.pdf.

2.7. Los principales tratados internacionales sobre seguridad suscritos por México

Uno de los principales temas que preocupan a todos los Estados alrededor del mundo es el de preservar la seguridad; en consecuencia, se han hecho acciones para coordinar los esfuerzos que buscan conseguir ese fin entre los diferentes sujetos del derecho internacional.

México ha firmado sinnúmero de tratados internacionales relacionados con la materia de seguridad, por lo que no es posible un análisis de todos ellos, sin embargo, llama la atención un peculiar tratado en materia de combate a los grupos delictivos, el cual sugiere que los Estados implementen una serie de instrumentos tecnológicos en la mayor medida posible; hablo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, conocido también como convención de Palermo.

2.7.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos

Me parece relevante analizar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos¹⁵⁷, en virtud de que atendiendo al tema de la delincuencia organizada. Con la finalidad de combatirla de forma eficaz, toca el tema y sugiere a los Estados partes de la Convención que doten a sus autoridades de mecanismos y técnicas de vigilancia electrónica. En este sentido lo establece el artículo 20 del aludido instrumento internacional:

Artículo 20. Técnicas especiales de investigación

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras

¹⁵⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, artículo 20, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebooks.pdf>.

La presente Convención fue firmada por México el 13 de diciembre del año 2000, ratificada el 4 de marzo de 2003, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2003, y finalmente entrando en vigor el 29 de septiembre de 2003.

técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.¹⁵⁸

Como se aprecia, la Convención sugiere que para hacer efectivo el combate a la delincuencia organizada, los Estados deben desarrollar una serie de acciones encaminadas a que las autoridades competentes lleven a cabo operaciones de vigilancia electrónica, operaciones encubiertas.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.¹⁵⁹

Sugiere a su vez a los Estados parte que se coordinen y actúen en cooperación conjunta para el uso de las técnicas de investigación, dentro del marco de la soberanía y el principio de igualdad.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.¹⁶⁰

En este sentido, si los arreglos bilaterales no se lleven a cabo, la aplicación de las técnicas especiales de investigación adoptará las bases conforme a su caso en particular, y pudiendo tener en cuenta los arreglos financieros relativos para tal finalidad.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ *Idem.*

proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.¹⁶¹

Ahora bien, entre los métodos de vigilancia, se faculta a los Estados a incluir entre las técnicas de investigación la interceptación de los bienes.

Por otra parte, el artículo 29 de la referida Convención se refiere acerca de la capacitación técnica necesaria para llevar a cabo vigilancia electrónica, entrega vigilada y operaciones encubiertas a través de computadoras, redes de telecomunicaciones y otras formas de tecnologías.

Artículo 29. Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir descripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;

h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna.¹⁶²

Ahora bien, es oportuno analizar los preceptos legales que se fundamentan en los preceptos constitucionales anteriormente expuestos para las intervenciones de las comunicaciones privadas.

2.8. Legislación sobre seguridad nacional y seguridad pública en México

Relacionado con los preceptos constitucionales sobre seguridad están las leyes secundarias sobre el tema, en las que me detendré a analizar las definiciones legales de la seguridad nacional y seguridad pública, para después retomar los numerales que facultan a las autoridades para intervenir en la privacidad de las

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

personas.

Ley de Seguridad Nacional

Ley Federal de Seguridad Pública

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Código Nacional de Procedimientos Penales

Ley que establece el uso de tecnologías para la Seguridad Pública en el Distrito Federal.

2.8.1. Ley de Seguridad Nacional

La Ley de Seguridad Nacional define a la seguridad nacional en su artículo 3 de la siguiente forma:

Artículo 3.-

Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a:

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.¹⁶³

Como se observa también enumera las fracciones específicas que guían las aspiraciones de proteger la seguridad nacional. Nos habla pues de preservar el bienestar colectivo, así como la salvaguarda de la nación mexicana de amenazas a las que el país pueda estar expuesto.

¹⁶³ México, Congreso de la Unión, *Ley de Seguridad Nacional*, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 31 de enero de 2005, última reforma de 26 de diciembre de 2015, publicada en DOF, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf>.

Para entender el contenido de amenaza, el legislador plasmó su significado en el artículo 5 de la misma ley que lo explica de la siguiente manera:

Artículo 5.-

Para los efectos de la presente Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;
- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.¹⁶⁴

El artículo anterior da las bases para que el actuar del Estado en esta materia se guíe en orden a determinar una amenaza concreta; así como para que se disminuya la discrecionalidad del actuar de la autoridad. Reforzando lo anterior, el artículo 4 de la misma ley determina que los principios a que se sujeta la seguridad nacional son: el principio de legalidad, de responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales de protección a la persona humana y garantías individuales y sociales, confidencialidad, lealtad, transparencia, eficiencia, coordinación y cooperación.

Artículo 4.-

La Seguridad Nacional se rige por los principios de legalidad,

¹⁶⁴ *Idem.*

responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales de protección a la persona humana y garantías individuales y sociales, confidencialidad, lealtad, transparencia, eficiencia, coordinación y cooperación.¹⁶⁵

2.8.2. Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública

A su vez, la seguridad pública es definida por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública como una función a cargo de la federación, estados y municipios que tiene como objetivo salvaguardar la integridad y los derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz social.

Artículo 2.-

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la investigación para hacerla efectiva, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del individuo, en términos de esta Ley, en las respectivas competencias establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁶⁶

Como se puede observar, la ley también define que la seguridad pública comprende la prevención general y especial de los delitos, la sanción de las infracciones administrativas, la persecución y sanción de los delitos, así como la reinserción social del sentenciado.

Con el objetivo de mantener la seguridad nacional y los objetivos de la seguridad pública, como lo es la paz social y la investigación de los delitos, la ley faculta a ciertas autoridades para que intervenga comunicaciones privadas, tema que será tratado enseguida.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ México, Congresos de la Unión, *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, publicado en Diario Oficial de la Federación de fecha 2 de enero de 2016, Última Reforma, publicada 26 de junio de 2017 en Diario Oficial de la Federación, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP_260617.pdf.

2.9. Facultades del Estado para intervenir en la privacidad de las personas a través de las comunicaciones privadas

Existe en el ordenamiento jurídico nacional una serie de leyes y artículos que permiten la intervención de comunicaciones privadas. En este apartado de la investigación, identifiqué los principales cuerpos normativos que lo regulan, de los que se desprenden las autoridades competentes, el procedimiento que se debe seguir, entre otros supuestos relevantes para la presente investigación.

El artículo 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su segundo párrafo, define la intervención de comunicaciones privadas de la siguiente manera:

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real.¹⁶⁷

Además de lo definido, existen otras leyes que contemplan la intervención de comunicaciones privadas, las cuales son:

- Ley de la Policía Federal (arts. 2 y 48-55)
- Ley de Seguridad Nacional (arts. 33-49)
- Código Militar de Procedimientos Penales (arts. 287-299)
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (arts. 190, fracción II y III - acceso al registro de comunicaciones)
- Lineamientos de Colaboración en Materia de Seguridad y Justicia del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

De las leyes enunciadas, tomé como ejemplo la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que describe con claridad el procedimiento para la intervención de comunicaciones privadas y a mi juicio es el procedimiento más

¹⁶⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*

completo. Por ende, comentaré de forma breve algunos de sus artículos.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada cuenta con una serie de artículos que muestran el procedimiento a seguir en las intervenciones a las comunicaciones privadas, el cual resulta necesario analizar: (arts. 16 - 28)

Artículo 16.-

Cuando en la investigación el Ministerio Público de la Federación considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas el Titular de la Procuraduría General de la República o los servidores públicos en quienes se delegue la facultad podrán solicitar al Juez federal de control competente, por cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.¹⁶⁸

Se encuentra como un primer elemento formal, el deber del Procurador de la República, o bien de los servidores públicos en que se delegue dicha facultad, es decir, de los ministerios públicos, de solicitar al Juez federal del Control, en otras palabras, al juez de distrito la autorización para practicar dicha intervención.

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo un sistema de comunicación, o programas que sean fruto de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos, que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, las cuales se pueden presentar en tiempo real o con posterioridad al momento en que se produce el proceso comunicativo. La solicitud deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público de la Federación, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que la haya recibido. Si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la autorización deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público de la Federación. Los servidores públicos autorizados para la ejecución de la medida serán responsables de que se realice en los términos de la resolución judicial.¹⁶⁹

Respecto al anterior párrafo se puede decir, que contiene una definición legal acerca de lo que la ley entiende por las comunicaciones privadas, es decir, aquellos

¹⁶⁸ México, Congresos de la Unión, *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, publicada en Diario Oficial de la Federación de fecha 7 de noviembre de 1996, Última Reforma, publicada 7 de abril de 2017 en Diario Oficial de la Federación, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_070417.pdf.

¹⁶⁹ *Idem*.

programas o sistemas de comunicación producto de los avances tecnológicos, prácticamente en cualquiera de sus formas, en las que se puedan interpretar datos ya sea en tiempo real o con posterioridad a la comunicación, y por consiguiente su intervención. Asimismo, se le da un término a la autoridad jurisdiccional para que resuelva la solicitud en breve lapso, con tiempo límite de seis horas, y además impone una responsabilidad a los servidores de entregarla en la forma indicada.

La solicitud de intervención de comunicaciones privadas deberá estar fundada y motivada, precisar la persona o personas que serán sujetas a la medida; la identificación del lugar o lugares donde se realizará, si fuere posible; el tipo de comunicación a ser intervenida; su duración; el proceso que se llevará a cabo y las líneas, números o aparatos que serán intervenidos y, en su caso, la denominación de la empresa concesionaria del servicio de telecomunicaciones a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención. El plazo de la intervención, incluyendo sus prórrogas, no podrá exceder de seis meses. Después de dicho plazo, sólo podrán autorizarse nuevas intervenciones cuando el Ministerio Público de la Federación acredite nuevos elementos que así lo justifiquen.¹⁷⁰

Una de las cuestiones fundamentales que debe cumplir la solicitud para intervenir comunicaciones privadas es que debe estar fundada y motivada, es decir, que la autoridad está obligada a sustentar su petición en algún precepto legal aplicable al caso, y además deberá hacer el razonamiento lógico jurídico del por qué es necesario que se autorice dicha intervención. Le obliga a indicar a la persona o personas que serán sujetos de intervención en sus comunicaciones, lugar o lugares en que se llevará a cabo, si le es posible el tipo de intervención, la temporalidad de la medida, que no podrá exceder de seis meses, la línea, números y aparatos sujetos a la misma, la empresa concesionaria de las comunicaciones y la finalidad de la intervención; además, dispone que luego de excedido el termino límite, no podrán autorizarse nuevas intervenciones, a menos que se acrediten elementos novedosos que sustenten una reiterada intervención.

En la autorización, el Juez de control determinará las características de la intervención, sus modalidades, límites y, en su caso, ordenará a instituciones públicas o privadas modos específicos de colaboración. Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos

¹⁷⁰ *Idem.*

eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. En ningún caso se podrán autorizar intervenciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su Defensor. El Juez podrá en cualquier momento verificar que las intervenciones sean realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total. Cuando de la intervención de comunicaciones privadas se advierta la necesidad de ampliarla a otros sujetos o lugares, el Ministerio Público de la Federación competente presentará al propio Juez de control la solicitud respectiva.¹⁷¹

A su vez, la autorización del juez deberá contener las características, límites y modalidades de la intervención. Indica además que puede ser objeto de intervención cualquier medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores. Prohíbe categóricamente la intervención de comunicaciones privadas en materia electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, así como las comunicaciones del detenido con su Defensor. Finalmente faculta al juez para que en cualquier momento verifique que la medida cumpla con los requisitos y términos autorizados, y en caso de que no sea así, pueda revocar la autorización, ya sea de manera parcial o total.

Artículo 19.-

En caso de que el Juez de control niegue la intervención de comunicaciones o su ampliación, el agente del Ministerio Público de la Federación, podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden. La negativa a la solicitud o ampliación de la orden de intervención de comunicaciones admite la apelación, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas contadas a partir de que se interponga. Artículo reformado

En el supuesto que el juez niegue la autorización, el Ministerio Público de la Federación puede subsanar las deficiencias de su solicitud y volver a intentarlo. En el supuesto de que se niegue después de la subsanación realizada, esta negativa admite apelación, que debe ser resuelta en un término no mayor a doce horas.

Artículo 20.-

Las intervenciones de comunicación deberán ser registradas por cualquier

¹⁷¹ *Idem.*

medio que no altere la fidelidad, autenticidad y contenido de las mismas, por quienes las ejecuten, a efecto de que aquélla pueda ser ofrecida como medio de prueba en los términos que señala el Código Nacional de Procedimientos Penales. El registro contendrá las fechas de inicio y término de la intervención, un inventario pormenorizado de los documentos, objetos y los medios para la reproducción de sonidos o imágenes captadas durante la misma, cuando no se ponga en riesgo a la investigación o a la persona, la identificación de quienes hayan participado en los actos de investigación, así como los demás datos que se consideren relevantes para la investigación. El registro original y el duplicado, así como los documentos que los integran, se numerarán progresivamente y contendrán los datos necesarios para su identificación.¹⁷²

La ley indica además que las intervenciones a las comunicaciones privadas deberán ser registradas en un medio que no altere la fidelidad de su contenido; dicho registro deberá contener la fecha de inicio y termino de la intervención, un documento detallado de los objetos, documentos y medios para su reproducción en imágenes o en sonidos captados durante la intervención y sin poner en riesgo la investigación o a las personas. Se llevará en original y duplicado, además de que se presentaran como prueba en los términos del Código Nacional de Procedimientos Penales,

Artículo 21.-

Si en la práctica de una intervención de comunicaciones privadas se tuviera conocimiento de la comisión de un delito diverso de aquellos que motivan la medida, se hará constar esta circunstancia en el registro para dar inicio a una nueva investigación. Cuando la intervención tenga como resultado el conocimiento de hechos y datos distintos de los que pretendan probarse conforme a la autorización correspondiente podrá ser utilizado como medio de prueba, siempre que se refieran al propio sujeto de la intervención y se trate de alguno de los delitos referidos en esta Ley. Si se refieren a una persona distinta sólo podrán utilizarse, en su caso, en el procedimiento en que se autorizó dicha intervención. De lo contrario, el agente del Ministerio Público de la Federación iniciará la investigación correspondiente o lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, según corresponda.¹⁷³

El presente numeral indica que si se descubre un hecho delictivo diverso al

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Idem.*

que se investiga, se dejara constancia de ello para dar inicio a una investigación distinta; a su vez cuando se encuentren durante la anteversión datos diferentes a los que iban a probarse, habrá de mediar autorización para constituir datos de prueba, pero deberán tratarse de datos del propio sujeto y los delitos tendrán que existir en la ley de la materia; de no ser así, el ministerio público iniciará la investigación correspondiente y dará parte a la autoridad competente.

Artículo 24.-

El Órgano jurisdiccional ordenará la destrucción de aquellos registros de intervención de comunicaciones privadas que no se relacionen con los delitos investigados o con otros delitos que hayan ameritado la apertura de una investigación diversa, salvo que la defensa solicite que sean preservados por considerarlos útiles para su labor. Asimismo, ordenará la destrucción de los registros de intervenciones no autorizadas o cuando éstos rebasen los términos de la autorización judicial respectiva. Los registros serán destruidos cuando se decrete el archivo definitivo, el sobreseimiento o la absolución del imputado. Cuando el agente del Ministerio Público de la Federación decida archivar temporalmente la investigación, los registros podrán ser conservados hasta que el delito prescriba.¹⁷⁴

El artículo que corresponde aborda la destrucción de los datos obtenidos a partir de una intervención a las comunicaciones privadas. Señala que se destruirán cuando los datos no estén relacionados con delitos investigados o cuando estos rebasen los límites de la autorización, a menos que la defensa afirme que le son útiles para acreditar algún elemento de su labor. Se destruirán también los registros cuando se decrete archivo temporal o definitivo o bien se decrete el sobreseimiento. Finalmente, si el Ministerio Público archiva la investigación, los registros pueden ser conservados hasta que se actualice la prescripción del delito en cuestión.

Artículo 26.-

Los concesionarios, permisionarios y demás titulares de los medios o sistemas susceptibles de intervención, deberán colaborar eficientemente con la autoridad competente para el desahogo de dichos actos de investigación, de conformidad con las disposiciones aplicables. Asimismo, deberán contar con la capacidad técnica indispensable que atienda las exigencias requeridas por la autoridad judicial para operar una orden de intervención de comunicaciones privadas. El incumplimiento a este mandato

¹⁷⁴ *Idem.*

será sancionado conforme a las disposiciones penales aplicables.¹⁷⁵

Quienes tengan los medios para apoyar las intervenciones a las comunicaciones privadas están obligados a colaborar con las autoridades competentes; Así como a contar con la capacidad técnica para tal efecto.

Artículo 27.-

Los servidores públicos de la unidad especializada a que se refiere el artículo 8o. de esta Ley, así como cualquier otro servidor público, que intervengan comunicaciones privadas sin la autorización judicial correspondiente, o que la realicen en términos distintos de los autorizados, serán sancionados con prisión de seis a doce años, de quinientos a mil días multa, así como con destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el mismo plazo de la pena de prisión impuesta.¹⁷⁶

El presente artículo prohíbe expresamente a todo funcionario público la intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial o inaplicando los términos descritos en la ley, sancionándolos con prisión, multa, destitución e inhabilitación de desempeñar cargo público de seis a doce años.

Artículo 28.-

Quienes participen en alguna intervención de comunicaciones privadas deberán guardar reserva sobre el contenido de las mismas. Los servidores públicos de la unidad especializada prevista en el artículo 8o. de esta Ley, así como cualquier otro servidor público o los servidores públicos del Poder Judicial Federal, que participen en algún proceso de los delitos a que se refiere esta Ley, que revelen, divulguen o utilicen en forma indebida o en perjuicio de otro la información o imágenes obtenidas en el curso de una intervención de comunicaciones privadas, autorizada o no, serán sancionados con prisión de seis a doce años, de quinientos a mil días multa, así como con la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el mismo plazo que la pena de prisión impuesta. La misma pena se impondrá a quienes con motivo de su empleo, cargo o comisión público tengan conocimiento de la existencia de una solicitud o autorización de intervención de comunicaciones privadas y revelen su existencia o contenido.¹⁷⁷

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Idem.*

Finalmente, con la intención de proteger la reserva del procedimiento y contenido de una intervención a comunicaciones privadas, el presente artículo sanciona con pena de prisión, multa, destitución e inhabilitación para ejercer cargo público a aquellos que revelen, divulguen o utilicen de forma indebida los contenidos producto de una intervención a comunicaciones privadas; además la misma sanción será para aquellos que revelen la existencia o contenido de una solicitud o autorización de intervención a comunicaciones privadas.

Se puede advertir, a manera de conclusión, que, a menos a nivel normativo, el procedimiento para intervenir comunicaciones privadas ésta normado de forma que no cualquiera pueda realizarlo; además existen penas considerables para quien lo realice de manera ilegal o bien, para quien no siga los estrictos estándares de secrecía.

En el siguiente capítulo demostraré que, a pesar de la regulación del derecho a la privacidad tanto en los tratados internacionales, a nivel constitucional, como a nivel federal, y teniendo los mecanismos legales para que las comunicaciones privadas solamente sean intervenidas en los supuestos excepcionales que indica la norma, se sigue violentado dicho derecho fundamental; existe y se acreditan los espionajes a personas que no están involucradas con actividades ilícitas, lo que constituye una forma de violentar agresivamente dicho derecho.

Se pretende puntualizar cómo el Estado intenta en ocasiones utilizar los medios tecnológicos para tener ojos y oídos en donde constitucionalmente y convencionalmente no debería tenerlos. Analizaré cómo se lleva a cabo dicha violación por parte de las autoridades que tienen la capacidad de hacerlo y los peligros que esto implica.

CAPÍTULO 3

LAS VIOLACIONES AL DERECHO A LA PRIVACIDAD CAUSADAS POR LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS UTILIZADOS POR EL ESTADO MEXICANO

SUMARIO: 3.1. *Las autoridades con facultades para intervenir comunicaciones privadas;* 3.2. *Las medidas tecnológicas invasivas a la privacidad;* 3.3. *Los potenciales peligros de los abusos en la vigilancia e incidencia tecnológica sobre la privacidad;* 3.4. *Casos de violación al derecho a la privacidad por parte del Estado mexicano con el uso indebido de tecnologías;* 3.5. *La necesidad de asegurar la protección de la vida privada de los ciudadanos en el actual contexto de seguridad.*

3.1. *Las autoridades con facultades para intervenir comunicaciones privadas*

Es relevante mencionar y aclarar que las violaciones a los derechos humanos son realizadas por las autoridades del Estado y sólo de manera excepcional por particulares. En el tema estudiado en la presente tesis, es necesario precisar, antes de describir las violaciones al derecho a la privacidad, a las autoridades con las facultades legales para intervenir las comunicaciones privadas, porque a partir de conocer quiénes tienen las atribuciones expresas para tal fin, será más sencillo construir una propuesta de garantía al derecho a la privacidad.

En el marco del principio de legalidad ¹⁷⁸, toda autoridad, para actuar, tiene que estar facultada por una ley que le otorgue un ámbito de competencia de actuación; además, debe fundar dicho actuar en una ley que de manera expresa le

¹⁷⁸ Véase: Roldan Orozco, Omar Giovanni, *La función garante del Estado Constitucional de Derecho, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 45. La sumisión de la administración a la ley se afirma con un carácter general; la ley es la que determina el actuar de todas y cada una de las autoridades de la administración, es decir, le indica que es lo que se debe hacer conforme a las facultades y atribuciones que se le han conferido.

indique en qué momento y cómo hacerlo; por lo tanto, toda actuación relativa a la intervención de comunicaciones privadas por parte de autoridades debe ser llevada a cabo por autoridad o autoridades facultadas por una norma jurídica expresa; dichas autoridades a continuación se identificarán en el presente trabajo de investigación.

Como premisa fundamental tenemos que la intervención de comunicaciones privadas es legal siempre y cuando cumpla con los requisitos estipulados por la Constitución y las leyes respectivas. En este sentido, se puede señalar con toda claridad que solo la autoridad judicial federal puede autorizar dicha intervención.¹⁷⁹

Ahora bien, es menester identificar cuales autoridades están facultadas para solicitar a la autoridad jurisdiccional federal, que les conceda la autorización respectiva para intervenir comunicaciones privadas.

Una de las autoridades facultada por la ley para solicitar la intervención de comunicaciones privadas es la Procuraduría General de la República; a su vez, esta facultad es delegable a los ministerios públicos de la Federación según el artículo 4, Fracción I, apartado B, Inciso e, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual expresamente estipula:

Artículo 4.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

B) Ante los órganos jurisdiccionales:

e) Solicitar la autorización u orden correspondientes para la obtención de cualquier elemento probatorio cuando para ello sea necesaria la intervención de la autoridad judicial, para acreditar el delito y la responsabilidad del inculcado, de conformidad con lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables;¹⁸⁰

Asimismo, el Ministerio Público de la Federación está facultado para solicitar intervenciones a las comunicaciones privadas en la Ley Federal contra la

¹⁷⁹ Véase: Martínez Rodríguez, Miguel Ángel, *Intervención legal de comunicaciones privada en la prevención de los delitos (Análisis Procesal)*, pp. 5-6. https://www.academia.edu/9782709/INTERVENCION_LEGAL_DE_COMUNICACIONES_PRIVADAS_EN_LA_PREVENCION_DE_LOS_DELITOS_ANALISIS_PROCESAL

¹⁸⁰ México, Congresos de la Unión, *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica*, publicada en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de mayo de 2009. Última reforma 3 de mayo de 2013, en *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/feadle/Documents/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20PGR.pdf> f.

Delincuencia Organizada.

Otra de las autoridades federales que se encuentra facultada para solicitar la autorización de intervención en las comunicaciones privadas, y en su momento llevar a cabo dicha intervención, es el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), en apego a los artículos 34 y 41 de la Ley de Seguridad Nacional, que expresamente estipulan:

Artículo 34.-

De conformidad con lo dispuesto por el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Centro deberá solicitar en los términos y supuestos previstos por la presente Ley, autorización judicial para efectuar intervenciones de comunicaciones privadas en materia de Seguridad Nacional.¹⁸¹

Artículo 41.-

El control y la ejecución de las intervenciones en materia de Seguridad Nacional están a cargo del Centro.¹⁸²

Por otro lado, la Policía Federal tiene también la potestad para solicitar ante la autoridad jurisdiccional competente la autorización mencionada y en su momento intervenir comunicaciones privadas, según lo estipulan los artículos 48, 49, 50, 51, 52, 53 y 54 de la Ley de la Policía Federal.

Artículo 48. En concordancia con los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Ley de Seguridad Nacional, Código Federal de Procedimientos Penales y este ordenamiento, exclusivamente las autoridades civiles a que hacen referencia estas leyes, podrán solicitar la intervención de comunicaciones. En el caso de la Policía Federal, la autorización judicial podrá otorgarse únicamente a solicitud del Comisionado General, cuando se constate la existencia de indicios suficientes que acrediten que se está organizando la comisión de los delitos señalados en el artículo 51 de esta Ley.¹⁸³

¹⁸¹ México, Congresos de la Unión, *Ley de Seguridad Nacional*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de enero de 2005, última reforma 26 de diciembre de 2005, en *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf>.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ México, Congresos de la Unión, *Ley de la Policía Federal*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1 de junio de 2009, última reforma 25 de mayo de 2011, en *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPF.pdf>.

Finalmente, los ministerios públicos de las entidades federativas cuentan con la facultad de solicitar ante el juez federal la intervención de comunicaciones privadas.

Una de las novedades en materia de intervención de comunicaciones privadas es la creación de la Unidad de Intervención de Comunicaciones Privadas de la Policía Federal creado en Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 16 de julio de 2018.¹⁸⁴

Esta Unidad de Intervención de Comunicaciones Privadas de la Policía Federal tiene facultades principalmente para fungir como enlace entre la policía Federal y las instituciones, autoridades jurisdiccionales y ministeriales, en materia de intervención de comunicaciones privadas, así como enlace con los concesionarios de comunicaciones para fines de localización geográfica en tiempo real, integrar los informes conforme a las características, modalidades y límites de la intervención determinada por el órgano jurisdiccional, integrar informes para atender al Comisionado General de la Policía Federal y requerimientos que formulen las autoridades competentes en materia de intervención de comunicaciones privadas, entre otras.¹⁸⁵

Como conclusión a este apartado se puede decir que toda intervención a comunicación privada debe estar autorizada por un juez federal que supervise la medida. Además, las autoridades competentes para solicitar dicha intervención al juez federal, y una vez teniendo la autorización respectiva, para proceder a la intervención de comunicaciones privadas son:

- La Procuraduría General de la República;
- Los ministerios públicos de la Federación;
- El Centro de Investigación y Seguridad Nacional;
- La Policía Federal;
- Los ministerios públicos de las entidades federativas;

¹⁸⁴ Véase: Acuerdo por el que se crea la Unidad de Intervención de Comunicaciones Privadas de la Policía Federal publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de julio de 2018, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5531584&fecha=16/07/2018.

¹⁸⁵ *Idem*.

- Unidad de Intervención de Comunicaciones Privadas de la Policía Federal.

Cualquier otra autoridad que realizara una intervención a comunicaciones privadas, sería una autoridad incompetente para dichos efectos.

Es importante señalar lo estipulado por la Ley de Seguridad Interior en materia de intervención de comunicaciones privadas, pues faculta para ello a las fuerzas armadas para realizar actividades de inteligencia, sin embargo, no precisa modo, tiempo, ni la intervención de la autoridad jurisdiccional. El artículo 30 de la citada ley señala:

Artículo 30.-

Las Fuerzas Federales y las Fuerzas Armadas desarrollarán actividades de inteligencia en materia de Seguridad Interior en los ámbitos de sus respectivas competencias. Al realizar tareas de inteligencia, las autoridades facultadas por esta Ley podrán hacer uso de cualquier método lícito de recolección de información. Toda obtención de información de inteligencia se realizará con pleno respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁸⁶

Como se puede observar, el texto legal aludido otorga la potestad tanto a los cuerpos policiacos como a las Fuerzas armadas para recolectar información, pero no somete dicha facultad a ningún control ni supervisión como la legislación anteriormente analizada si lo hace.

Por otra parte, el numeral 31 de la ley en mención obliga a los órganos autónomos y a las autoridades federales a brindar la información requerida por las autoridades mencionadas, es decir, fuerzas policiales y fuerzas armadas.

Artículo 31.-

En materia de Seguridad Interior, las autoridades federales y los órganos autónomos deberán proporcionar la información que les requieran las autoridades que intervengan en los términos de la presente Ley. En el caso de las autoridades de las entidades federativas y de los municipios, la colaboración se llevará a cabo en términos de los esquemas de colaboración y coordinación establecidos o que al efecto se establezcan.¹⁸⁷

¹⁸⁶ México, Congreso de la Unión, *Ley de Seguridad Interior*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 21 de diciembre de 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSInt_211217.pdf.

¹⁸⁷ *Idem*.

La ley en mención se encuentra en proceso de revisión constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y también se han interpuesto amparos por parte de grupos de derechos humanos que estiman que con los artículos en mención se vulnera el derecho a la privacidad, la libre autodeterminación de la información y el libre desarrollo de la personalidad.

Las labores de inteligencia, cabe destacar son definidas por la Ley de Seguridad Nacional, y las cuales implican la recolección de datos e información, procesamiento y análisis de esta para la toma de decisiones en materia de seguridad nacional:

Artículo 29:

Se entiende por inteligencia el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información, para la toma de decisiones en materia de Seguridad Nacional.¹⁸⁸

Artículo 30:

La información sólo podrá ser recabada, compilada, procesada y diseminada con fines de Seguridad Nacional por las instancias autorizadas.¹⁸⁹

Si la inteligencia implica la recolección de información por cualquier medio, puede incluso implicar la intervención de comunicaciones privadas para tal objetivo al ser de ese modo las facultades que otorga el artículo 30 de la Ley de Seguridad Interior necesariamente debe someterse a lo dispuesto por el artículo 16 constitucional y contar con una supervisión jurisdiccional, fundar y motivar, precisar los sujetos y modalidad de intervención, así como la duración de dichas medidas.

Por otra parte, estimo conveniente precisar cuáles son las medidas tecnológicas invasivas del derecho a la privacidad las cuales los órganos del Estado precisados en este subtítulo tienen facultad de utilizar.

3.2. Las medidas tecnológicas invasivas a la privacidad

Por otro lado, los medios tecnológicos que pueden ser utilizados para intervenir

¹⁸⁸ *Ley de Seguridad Nacional, op. cit.*

¹⁸⁹ *Idem.*

comunicaciones privadas prácticamente son ilimitados, y el Estado puede allegarse de cualquier medio a su alcance para esos fines. Para ilustrar lo anteriormente dicho, la Ley de Seguridad Nacional menciona en sus artículos 31 y 34 lo siguiente

Artículo 31.-

Al ejercer atribuciones propias de la producción de inteligencia, las instancias gozarán de autonomía técnica y podrán hacer uso de cualquier método de recolección de información, sin afectar en ningún caso las garantías individuales ni los derechos humanos.¹⁹⁰

Artículo 34.- (...)

Se entiende por intervención de comunicaciones la toma, escucha, monitoreo, grabación o registro, que hace una instancia autorizada, de comunicaciones privadas de cualquier tipo y por cualquier medio, aparato o tecnología.¹⁹¹

O bien el artículo 291 del Código Nacional de Procedimiento Penales que en el mismo sentido establece:

La intervención de comunicaciones privadas, abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real.¹⁹²

Ahora bien, no solamente existe la intervención de comunicaciones privadas como medidas que vulneren al derecho a la privacidad, se puede decir que es la que lo restringe en un grado más alto, sin embargo, concurren una serie de instrumentos que en diferentes niveles pudieran resultar invasivos de la privacidad y que no necesitan la autorización jurisdiccional.

Se puede mencionar en este sentido a la tecno vigilancia, que es el conjunto de tecnologías y producto de su desarrollo, que permiten realizar actividad de vigilancia en condiciones que antes el hombre, por sus limitaciones naturales, no podía. Es el sistema que permite captar imágenes fijas y con movimiento con cada

¹⁹⁰ *Idem.*

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² México, Congresos de la Unión, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 5 de marzo de 2014. Última reforma 17 de junio de 2016, en *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf.

vez mejor alcance, visión y resolución y que posibilita su almacenamiento consulta y tratamiento.¹⁹³

Entendiendo lo anterior, se puede deducir que actualmente casi cualquier dispositivo electrónico puede hacer labor de vigilancia, toda vez que es factible usarlo como herramienta para captar imagen, video o sonido y almacenarlo. Para el ámbito de la videovigilancia pública es necesario el personal capacitado para ello, así como un sistema más integral de vigilancia electrónica, sobre todo para la seguridad pública o la seguridad nacional.¹⁹⁴

Se observa entonces que el uso de los mecanismos de vigilancia se funda en los artículos constitucionales ya analizados en el capítulo anterior, como los artículos 21, 25, por ser herramientas de auxilio para la seguridad pública y nacional.

Por otra parte, los criterios para definir el lugar de instalación de videovigilancia son los lugares y zonas peligrosas, zonas con alto índice delictivo, cruces y avenidas de tránsito abundante y peligrosos; lugares donde se registran los delitos de alto impacto, donde haya mayores actos contra el civismo y lugares que por su naturaleza, puedan ocasionar riegos o alertar sobre fenómenos de la naturaleza que provoquen daños a la sociedad.¹⁹⁵

Sin duda, siguiendo los anteriores criterios es posible contribuir a la disminución de la delincuencia de manera significativa, pues además pueden ser utilizados como medios de prueba en los procesos penales.

Por otra parte, para el sistema de vigilancia existe la prohibición de colocar los sistemas tecnológicos al interior de los domicilios particulares, así como aquella que refiere a la instalación en cualquier sitio que tenga por objeto obtener información o familiar.¹⁹⁶ De ahí que existe claridad en el límite de las zonas relativas a la vigilancia tecnológica, pudiendo clasificar el uso de estos espacios, como por ejemplo los que se colocan en el espacio público, los que se colocan en

¹⁹³ Véase: Ibarra Sánchez, Ernesto, "Videovigilancia, punto de colisión entre derechos fundamentales seguridad y protección de datos personales en México", *op. cit.*, p. 253.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 254.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 264.

¹⁹⁶ *Idem*.

el espacio privado y los que se colocan en espacios privados con uso público.

Para efectos ilustrativos se puede entender como espacio público donde cualquier persona tiene derecho a circular e implica un dominio público cuyo objeto es social y colectivo; el espacio privado como el espacio de uso exclusivamente personal y doméstico. Los espacios privados con uso público son aquellos lugares de carácter privado que cumplen funciones materiales y tangibles con el fin de satisfacer las necesidades colectivas con una dimensión, cultural, social o política.¹⁹⁷

Por otra parte, un medio tecnológico regulado por la ley y que controvertidamente no requirió en su inicio de una autorización judicial es la geolocalización en tiempo real. La geolocalización consiste en determinar “la ubicación aproximada en el momento en que se procesa una búsqueda de un equipo terminal móvil asociado a una línea telefónica determinada”.¹⁹⁸

En un primer momento, cuando se incluyó la geolocalización a la legislación mexicana no se previó control judicial, lo cual fue uno de los motivos para que la Comisión Nacional de Derechos Humanos interpusiera una acción de inconstitucionalidad, registrada con el número 32/2012¹⁹⁹; la cual fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en enero de 2015 en una sentencia donde la votación estuvo muy dividida y con criterios encontrados.

Por ejemplo, para el ministro Ortiz Mena, uno de los temas centrales sobre la problemática de la privacidad son los límites del aludido derecho frente a las actividades que tiene el Estado, el cual se sirve de ciertas herramientas tecnológicas para develar aspectos que las personas consideran del dominio privado y considera que habrá entonces limitaciones más robustas que otras, dependiendo de cada

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 266.

¹⁹⁸ México, Congresos de la Unión, *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de julio de 2014. Última reforma, publicada 31 de octubre de 2017 en *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_311017.pdf.

¹⁹⁹ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 32/2012*, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139112>.

caso.²⁰⁰

Contrariamente a la anterior consideración, el ministro Cossío argumentó que el derecho a la privacidad no debe justificarse frente a las facultades otorgadas por el legislador para la restricción, sino de manera inversa, tomando como parámetro el artículo 1º constitucional, debe partirse de una justificación razonable para demostrar la necesidad de limitar de manera proporcionada el derecho de privacidad. Es importante determinar además cuándo la interferencia estatal persiga un fin legítimo y, en consecuencia, no sea arbitraria o caprichosa.²⁰¹

Aunque la medida no fue declarada inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este órgano jurisdiccional dejó una serie de razonamientos y criterios jurisprudenciales al respecto, que se vieron reflejados hasta la reforma de 17 de junio de 2016 en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la actualidad la ley exige el control jurisdiccional para la geolocalización, con la excepción de los casos de urgencia, en los que el Procurador o los ministerios públicos pueden solicitarla a los concesionarios de manera directa, requiriendo posteriormente el control judicial de la medida.

Siguiendo el razonamiento de la gradualidad en la irrupción a la privacidad, entre los mecanismos más altamente invasivos a la privacidad se encuentran los sistemas de vigilancia sofisticados que funcionan por medio de *malwares*. Estos mecanismos infectan medios tecnológicos como celulares o computadoras y son capaces de tener acceso a la información ahí contenida y a la que se genere en tiempo real. Dichas estructuras no cuentan con una regulación específica en la legislación mexicana.

Se puede observar que existe una gradualidad en la incidencia de algunos medios tecnológicos en la vida privada; sin embargo, no deja de preocupar que

²⁰⁰ Véase: Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo. "El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional". *Cuestiones constitucionales*, 2014, núm. 31, pp. 239-240.

²⁰¹ Cfr. Suprema Corte de justicia de la Nación, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Geolocalización de equipos de comunicación móvil, en tiempo real, relacionados con la investigación de delitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, extorción o amenazas*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2015, p. 74.

dichos medios se utilicen de manera sistemática para fines diversos a los que son legítimamente regulados y constituyan un sistema concatenado de medios de vigilancia ilegítima al servicio del Estado. En el siguiente subtema, expondré los peligros del abuso de la vigilancia estatal por vía de los medios tecnológicos.

3.3. Los potenciales peligros de los abusos en la vigilancia e incidencia tecnológica sobre la privacidad

Puede parecer complicado, luego del análisis anterior, contravenir a la legislación en materia de intervención a las comunicaciones privadas; sin embargo, en la realidad sucede que se violentan los principios rectores que rigen dicha materia y, entonces, surgen dos caminos peligrosos para las libertades fundamentales: primero, que se utilicen estas herramientas de vigilancia electrónica de manera ilegal; segundo, que se usen de manera legal pero persiguiendo fines diversos a los establecidos por la ley, lo que en ambos supuestos nos llevaría a un ejercicio abusivo de vigilancia estatal.

Cualquiera de los dos caminos descritos el en párrafo que antecede es contrario a un Estado constitucional de derecho y resulta perjudicial para las libertades de los ciudadanos. La secrecía con que se lleva a cabo la vigilancia dificulta detectar abusos en el uso de tecnología invasiva de la privacidad.²⁰²

Para efectos prácticos, la vigilancia estatal consiste en “la recolección, almacenamiento, monitoreo y análisis de información personal llevada a cabo por parte de autoridades públicas o por requerimiento de ellas”.²⁰³

La vigilancia comprende la recolección, almacenamiento, monitoreo o análisis tanto del contenido de comunicaciones, como de otros datos relacionados con esas comunicaciones (comúnmente llamados “metadatos” o “datos de tráfico de comunicaciones”).²⁰⁴

En ese tenor, a partir de las situaciones de inseguridad que se vive tanto a nivel global como a nivel nacional, se ha intensificado el uso de medidas tecnológicas tanto en el mundo como en nuestro país.

²⁰² Red en Defensa de los Derechos Digitales, *El Estado de Vigilancia Fuera de Control*, 2016, p. 6.

²⁰³ *Ibidem*, p. 5.

²⁰⁴ *Idem*.

Un suceso decisivo para el endurecimiento de las medidas de vigilancia fue el atentado terrorista en contra de las torres gemelas en Nueva York el 11 de septiembre del 2001, sin dejar de mencionar los ocurridos en Madrid el 11 de marzo de 2004 y en Londres el 7 de Julio de 2005. Prácticamente el siglo XXI comenzó con el endurecimiento tanto de la normatividad penal interna como de la política de seguridad a nivel internacional, influido por la seguridad global, la cual, a su vez, ha ampliado el número y la fuerza de los enemigos públicos a perseguir y, en consecuencia, una reacción en el aparato público que se manifiesta en la forma de un régimen penal de excepción.²⁰⁵

A la maximización del derecho penal, en el cuál, el estado de excepción se vuelve habitual al no contener un límite temporal claro y definido, desplazando así los ideales garantistas en la materia, se le conoce como doctrina del derecho penal del enemigo, que contrasta con el derecho penal del ciudadano.²⁰⁶

Se le llama enemigo, en el contexto del poder punitivo del Estado, a aquel que en su forma de vida o mediante su incorporación a una organización y no solo de manera incidental, “no garantiza la mínima seguridad cognitiva, demostrando este déficit mediante su conducta propia”.²⁰⁷ Es decir, a aquel individuo o ente peligroso que supone factores de riesgo por su forma de actuar.

Son realmente preocupantes las consecuencias de la aplicación de la doctrina del derecho penal del enemigo; una de ellas es la especulación y actuación del gobierno cuando el aparato estatal no está en posibilidad de distinguir de entre la población común y a quienes entiende como enemigos y, entonces, utilice medios en los que para diferenciar su objetivo vulnere derechos y libertades de todos o de gran parte de los ciudadanos.

Cuando los destinatarios del trato diferenciado (los enemigos) sean [...] personas mezcladas y confundidas con el resto de la población y que solo una investigación policial o judicial pueda identificar, preguntar por un trato diferenciado para ellos importará interrogarse acerca de la posibilidad de que

²⁰⁵ Cantú Silvano, “Securitismo Penal. La insoportable vecindad del discurso del enemigo, la seguridad y los derechos humanos” en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos*, México, UBIJUS, 2015, p. 18.

²⁰⁶ Véase: Dienheim Barriguet Cuauhtémoc Manuel de, “Derecho Penal del enemigo y garantismo, seguridad y libertad frente a frente, en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *op. cit.*, p. 59.

²⁰⁷ Jakobs, Günter y Polaino-Orts, Miguel, *Persona y Enemigo, Teoría y Práctica del derecho penal del enemigo*, trad. de Miguel Polaino-Orts, Lima, Ara, 2011, pp. 44-45.

el estado de derecho pueda limitar las libertades de todos los ciudadanos con el objeto de identificar y contener a los enemigos. ²⁰⁸

En este contexto es posible explicarse una de las tantas aristas de por qué los gobiernos se han interesado en los datos de las personas de manera masiva y, en vía de consecuencia, en incrementar su capacidad tecnológica para recolectarlos y almacenarlos, así como de aumentar sus facultades legales para dicho objetivo. ²⁰⁹

Ahora, añadiendo a la ecuación los medios con que cuentan en el contexto de la revolución tecnológica, han logrado crear sistemas de vigilancia electrónica que les permite construir los perfiles detallados de las personas, a partir de la recolección y procesamiento de sus datos, y el acceso a los metadatos. ²¹⁰

Los metadatos de comunicaciones son datos sobre las comunicaciones de una persona, por ejemplo: los números telefónicos de origen y destino de una comunicación; la hora, fecha y duración de la misma; los datos de identificación de la tarjeta SIM (IMSI) y del dispositivo (IMEI); e incluso los datos de localización de las antenas a las cuáles se conecta un dispositivo móvil. ²¹¹

“Los metadatos de comunicaciones pueden revelar tanta o mucha más información personal que el contenido mismo de las comunicaciones.” ²¹² En palabras simples los metadatos son todos aquellos rastros de información de cada una de las operaciones realizadas en un medio informático. Así, por medio del

²⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, en Cantú Silvano, “Securitismo Penal. La insoportable vecindad del discurso del enemigo, la seguridad y los derechos humanos” en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁰⁹ Véase: Cukier, Kenneth, “Big Data, qué es y porque es tan importante”, en *Vanguardia Dossier, El imperio del Silicon y Valley y su nuevo orden mundial*, núm. 63, enero-marzo 2017, pp. 71-73. Otras de las aristas por las que se interesan tanto a los gobiernos como a las grandes corporaciones en la recolección masiva de datos, es la resultante del llamado *Big data*, el cual se refiere a la idea de potenciales usos de los datos que solamente se pueden hacer con una gran cantidad de ellos, y con los cuales, a través de algoritmos es posible a través de la tecnología, procesarlos y obtener tendencias y predicciones sumamente útiles para un determinado fin. Por ejemplo, investigadores en Tokio trabajan en el desarrollo de un sistema antirrobo de autos a partir de la datificación de datos como el perfil de la espalda, longitud de piernas entre otros, con el fin de colocar sensores de reconocimiento en el sillón del conductor y frustrar de esa forma un robo del vehículo. O bien, el uso de los datos en masa para determinar las necesidades y deseos de una sociedad y utilizarlos para enfocar las estrategias en las campañas electorales.

²¹⁰ Véase: Red en Defensa de los Derechos Digitales, *op. cit.*, pp. 6-7.

²¹¹ *Ibidem*, p. 6.

²¹² *Ídem*.

procesamiento en conjunto de esos datos, se puede obtener una gran cantidad de información más consistente y detallada sobre las personas.

Uno de los ejemplos a nivel mundial más relevantes que se puede mencionar es el de los archivos revelados por Edward Snowden, el cual merece una síntesis particular que realizaré en el siguiente subtema, en virtud de que puso de manifiesto uno de los más ambiciosos programas de vigilancia masiva.

3.3.1. Los clasificados revelados por Edward Snowden

Edward Snowden nació en Carolina del Norte en 1983, se enlistó en el ejército de los Estados Unidos en 2004, fue designado para laborar en unas instalaciones secretas de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) en la Universidad de Maryland como guardia de seguridad; posteriormente, trabajó como experto en seguridad informática para la CIA; en 2013 prestó sus servicios a la NSA en sus instalaciones de Hawái y donde decidió difundir una serie de documentos confidencial recolectada por las agencias en las que trabajó sobre espionaje informático en todo el mundo.²¹³

La difusión se dio por medio de las publicaciones del diario *The Guardian* a partir del 5 de junio de 2013, en las cuales se revelaba, siguiendo los documentos obtenidos por Snowden que la NSA recopilaba, los datos de millones de usuarios de la compañía Verizon sin importar la sospecha o no de un delito. La colección de los datos adquiridos le permite a la NSA construir con facilidad una imagen de quién contacta a cada individuo, cómo, cuándo y dónde, en retrospectiva, e incluso en tiempo real.²¹⁴

Las publicaciones subsecuentes revelaron qué tipo de datos eran entregados a la NSA por parte de las compañías, los cuales incluían números de los contactos, localización, duración, identificadores, hora; incluso incluían el contenido de las conversaciones, así como datos del historial y cookies de los

²¹³ Véase: Fajardo Álvarez, Carlos Andrés, *Edward Snowden ¿héroe de la democracia o traidor a la patria? Conflictos de valores en el contexto de la cibercultura*. Tesis Doctoral, Bogotá, Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2015, p. 27.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 28.

teléfonos inteligentes.²¹⁵

Una nueva revelación demostró la realización de actividades de actividades de vigilancia con un programa llamado PRISM, el cual es operado por la NSA como mecanismo de vigilancia confidencial y que permite el espionaje por medio de la red a cualquier persona, accediendo a sus conversaciones, correos, fotos, direcciones, transferencia de archivos, videos, activación en tiempo real a los micrófonos y la cámara del dispositivo objeto del *malware*. A este programa se le atribuye el espionaje a más de 35 líderes mundiales.²¹⁶

Además, el programa PRISM brinda detalles sobre perfiles en redes sociales, lo cual implica directamente una relación con empresas como *Facebook*, *Apple*, *Microsoft* entre otras compañías que manejan datos confidenciales de los usuarios en todo el mundo.²¹⁷

Un artículo escrito por el periodista de *The Guardian* Glenn Greenwald en el diario brasileño 'O Globo' revela cómo ha estado usando la NSA el programa de espionaje *Fairview*, que utiliza para entrar a los sistemas de telecomunicaciones de otros países, teniendo incluso acceso a los metadatos; dicho programa se utiliza principalmente en países como: Brasil, China, Rusia, Pakistán e Irán.²¹⁸

El 9 de julio, Greenwald coescribe otro artículo denunciando la escucha por parte de la NSA de las llamadas de los ciudadanos de América Latina: México, Venezuela, Colombia, Ecuador, Argentina, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Paraguay, Chile, Perú y el salvador.²¹⁹

En esa tesitura, el autor descrito, en entrevista en un programa de Brasil, revela el espionaje por parte de la NSA a los presidentes de Brasil y México, Dilma Rousseff y Enrique Peña Nieto, respectivamente²²⁰.

Der Spiegel publica que la Agencia de Seguridad Nacional cuenta con la capacidad técnica para acceder a notas, llamadas, cuentas de correo electrónico y ubicación de cualquier teléfono inteligente. Asimismo, informó que una comisión

²¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 32

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ *Idem*.

especial de la NSA conocida como *Follow the Money*, se ocupa de recolectar datos e información financiera por medio de *Visa*, *Mastercard* y la Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT).²²¹

El diario *The Washington Post*, a su vez, publica que la NSA recoge más de 250 millones de los contactos y datos de carácter personal de los servidores *Yahoo!*, *Facebook*, *Gmail*. En particular resalta que la mencionada agencia de inteligencia norteamericana interceptó la cuenta personal del entonces presidente mexicano Felipe Calderón Hinojosa, así como las cuentas de su gabinete, investigando temas de seguridad, narcotráfico y aspectos comerciales.²²²

La canciller alemán Angela Merkel llamó el día 23 de octubre al presidente Obama para pedirle explicaciones sobre el espionaje e intervención de su teléfono móvil del cual fue víctima, afirmó que, en caso de confirmarse dichos ataques, ello implicaría una violación a la confianza.²²³

Más tarde, el diario *The Guardian* publicó otros documentos que ponen en evidencia el espionaje a 35 líderes mundiales desde el año 2006. A su vez el diario *The New York Times*, por medio de un nuevo archivo filtrado de la NSA, en la que muestra la intención de dicha agencia de ampliar sus facultades legales para tener un mejor dominio tecnológico, publica un archivo de la agencia del año 2012, en el que planea influir “en el mercado global de la encriptación comercial” por medio de las alianzas con las grandes corporaciones de la informática y tecnología, a través de espías infiltrados en dichas empresas. El objetivo final, poder acceder a los datos de cualquier persona, en cualquier tiempo y lugar. Lo anterior sustentado en el informe de la NSA llamado “*SIGINT Strategy*”.²²⁴

Más de 50000 redes de computadoras a través de todo el mundo fueron infectados por parte de la NSA, con un programa malicioso trazado para obtener información confidencial de países latinoamericanos, según Snowden. Venezuela, Brasil, Ecuador, Cuba, Colombia, Honduras, entre otros, fueron los países blancos

²²¹ *Idem.*

²²² *Ibidem*, p. 33.

²²³ *Idem.*

²²⁴ *Idem.*

de estos ataques.²²⁵

Washington Post publica que la NSA cuenta con la ingeniería tecnológica capaz de acceder a los sistemas informáticos de todo el mundo, mediante de la implementación de un sistema malicioso *malware* y *hardware* personalizado, el cual permite a la agencia de inteligencia aludida introducirse de manera remota a las computadoras que no están conectadas a la red; en otras palabras, la NSA tiene la capacidad tecnológica para tener acceso a ordenadoras que no están conectadas a la red.²²⁶

Una revelación con repercusiones asombrosas fue la que puso en evidencia el uso de espionaje y operación masiva llevada a cabo por NSA en contra de diplomáticos extranjeros en el transcurso de las cumbres del G-8 y G-20 en el año 2010 en la Ciudad de Toronto, Canadá. Dicha operación fue realizada con la finalidad de obtener ventajas políticas y comerciales a favor de Estados Unidos y en repercusión de las naciones, cuyos oficiales fueron espiados. La NSA recopiló para dichos efectos datos de ubicación, redes de contacto, detalles de tarjeta de crédito, entre otros datos de vital importancia, asimismo se dio a conocer en la publicación en referencia que la NSA recopila más de 200 millones de mensajes diarios en todo el mundo.²²⁷

Uno de los archivos revelados apunta la estrategia militar norteamericana en la utilización de metadatos y la geolocalización en tiempo real obtenidos de los teléfonos celulares inteligentes, que sirve de base para los programas ya operados de asesinatos selectivos por medio de drones.²²⁸

Se da a conocer además que la NSA no es la única agencia que realiza este tipo de actos de espionaje y recolección masiva de datos. Reino Unido espía a millones de usuarios de *Yahoo!*, por medio de su agencia de inteligencia GCHQ. Con apoyo de la NSA, el organismo de inteligencia británico recopiló imágenes de *webcam* de millones de usuarios de internet que no tenían ninguna sospecha de cometer algún delito; asimismo, recolectan millones de fotos disponibles en las

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ *Ibidem*, pp. 33-34.

²²⁸ *Ibidem*, p. 34.

redes sociales con los cuales desarrollan sofisticados programas de reconocimiento facial.²²⁹

En *The intercept*, portal donde es publicada toda la información apoyada en las filtraciones de Snowden, es posible encontrar una gran cantidad de los archivos desclasificados y hacer una búsqueda sencilla por tema, desplegando de dicha página los archivos que contengan la información tecleada.

Tras las revelaciones, de Snowden, existieron voces que lo condenaron y otras que le reconocieron un mérito importante a su valentía. No discutiré en este trabajo las implicaciones morales del actuar del ex analista de la NSA. Lo que sí es importante tomar en cuenta es que tras sus revelaciones se ha acelerado el debate sobre la vigilancia en internet, ya que dejó ha descubierto la existencia certera de programas de espionaje que no se limitaron a vigilar sospechas fundadas de terrorismo o actividades ilegales de los intervenidos, sino que recopilaban datos en masa de millones de ciudadanos, vulnerando así su derecho a la privacidad.

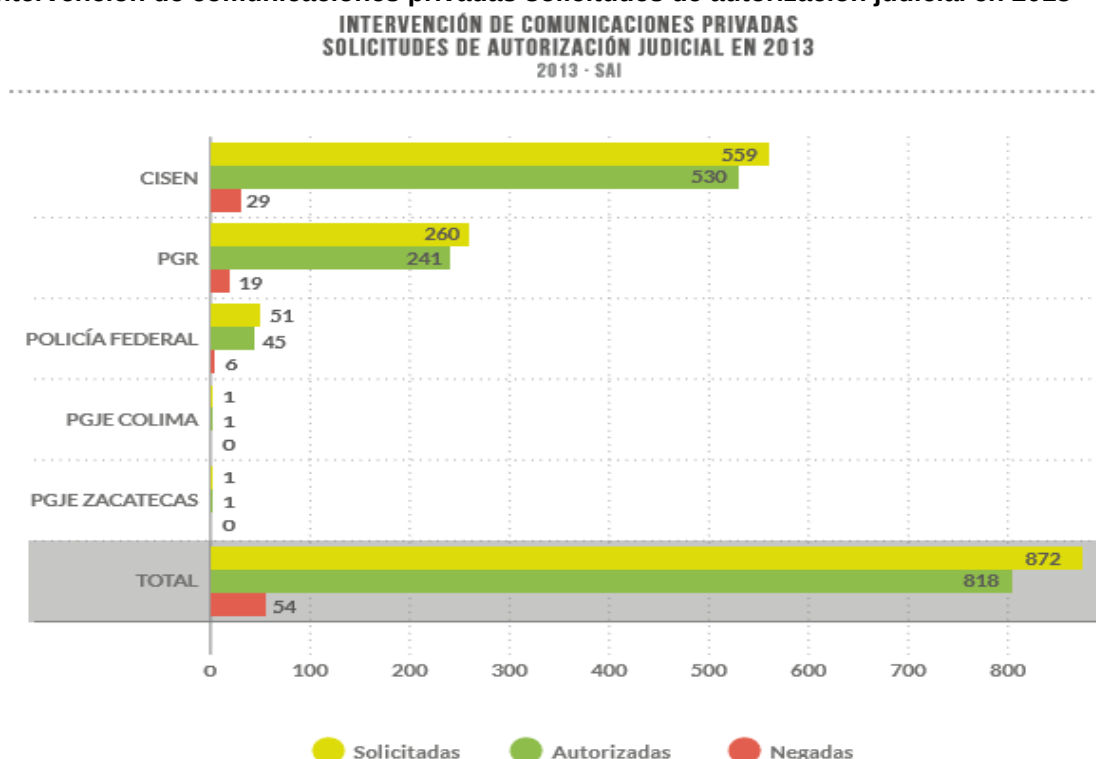
3.3.2. La intervención legal de las comunicaciones privadas en las estadísticas nacionales

Por otra parte, es menester una interpretación de los datos relativos a las solicitudes para intervenciones de comunicaciones privadas, así como de localización geográfica. Estos datos fueron recopilados por la Asociación Civil Artículo 19, en la que se realiza una vigilancia ciudadana al espionaje estatal. Dicha información fue obtenida a partir de las respuestas a las solicitudes que las asociaciones civiles mencionadas hicieron a las autoridades, ejerciendo el derecho a la información pública.

A continuación, presento las estadísticas del control judicial en materia de intervenciones a las comunicaciones privadas, así como el uso de la localización geográfica en nuestro país solicitadas entre los años 2013 y 2015:

²²⁹ *Idem.*

Gráfica 1.
Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2013



FUENTE: *Red en Defensa de los Derechos Digitales*, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 45.

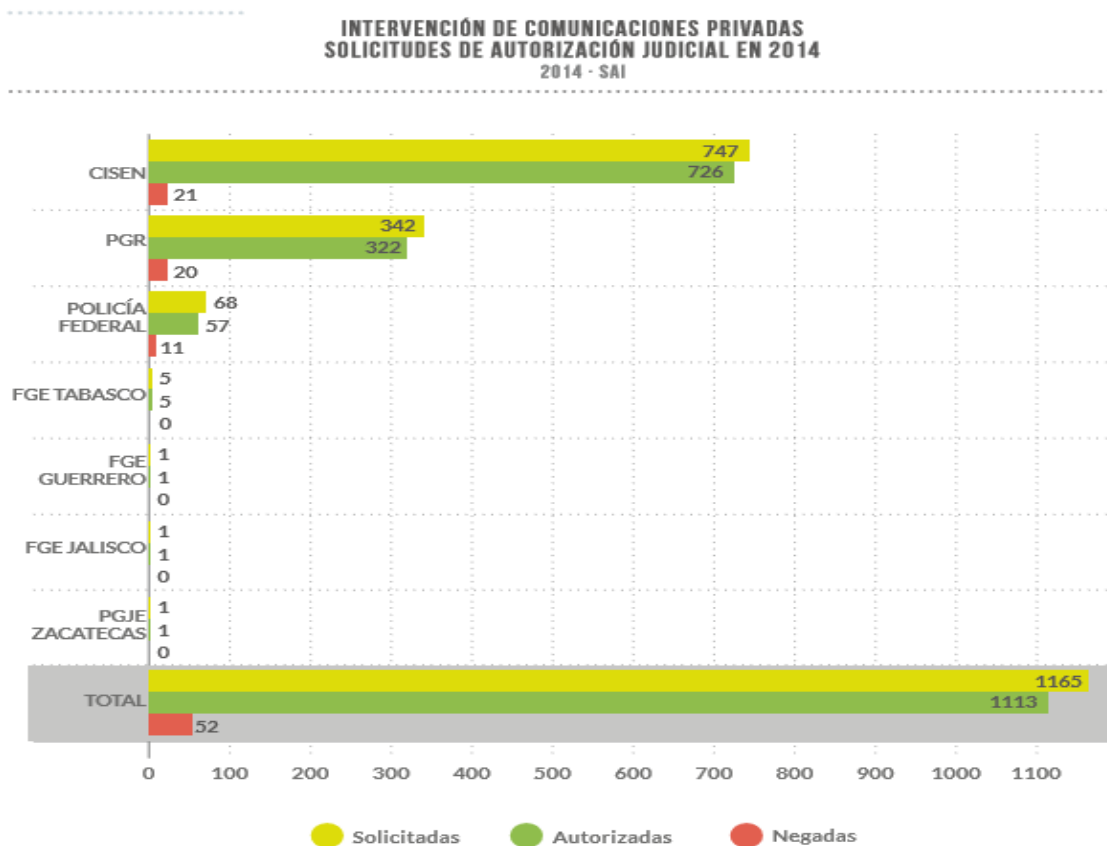
De la anterior gráfica se puede concluir que la autoridad que más solicitó intervenciones a las comunicaciones privadas fue el CISEN, con 569 quinientas sesenta y nueve de las 872 ochocientas setenta y dos que se solicitaron en total; es decir, el 65.25 % de las solicitudes. Más de la mitad de las solicitudes fueron llevadas a cabo por el CISEN.²³⁰

También se puede concluir que, en el año 2013, fueron aprobadas el 93.80 % de las solicitudes y negadas solamente el 6.19 %.

Ahora bien, en el año de 2014 la tendencia es similar:

²³⁰ Para obtener el porcentaje de las solicitudes se utilizó el método de la regla de tres, en este caso multiplicar 569 que es el número de solicitudes del CISEN por 100, luego la cantidad resultante se dividió por 872 que es el número total de solicitudes en el año 2013, dando como resultado 65.252293578 por ciento del total de las solicitudes.

Gráfica 2.
Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2014



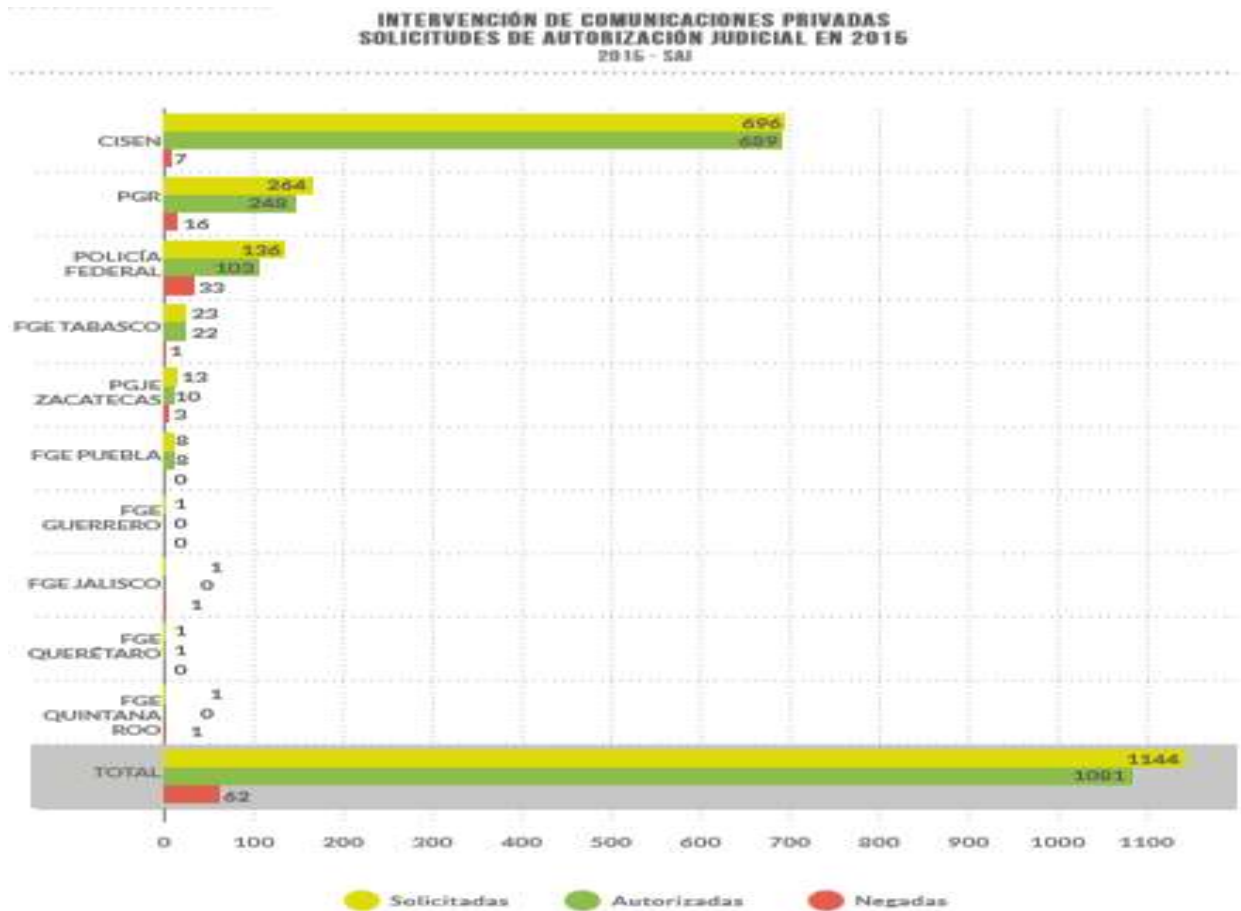
FUENTE: *Red en Defensa de los Derechos Digitales*, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 46.

En la gráfica anterior, se observa que la autoridad que más solicitó autorización para intervenir comunicaciones privadas en el año 2014 sigue siendo el CISEN con un porcentaje de 64.12 % de las solicitudes, ligeramente por debajo del año anterior.

A su vez, el porcentaje de las solicitudes concedidas de todas las autoridades en el 2014 asciende al 95. 53 %, con únicamente el 4.46 % de solicitudes negadas.

Gráfica 3.

Intervención de comunicaciones privadas solicitudes de autorización judicial en 2015



FUENTE: Red en Defensa de los Derechos Digitales, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 47.

Finalmente, en lo relativo al año 2015, el número total de solicitudes para intervenir comunicaciones privadas se mantiene al 95.36 %, con el 5.41 % de solicitudes negadas (gráfica 3).

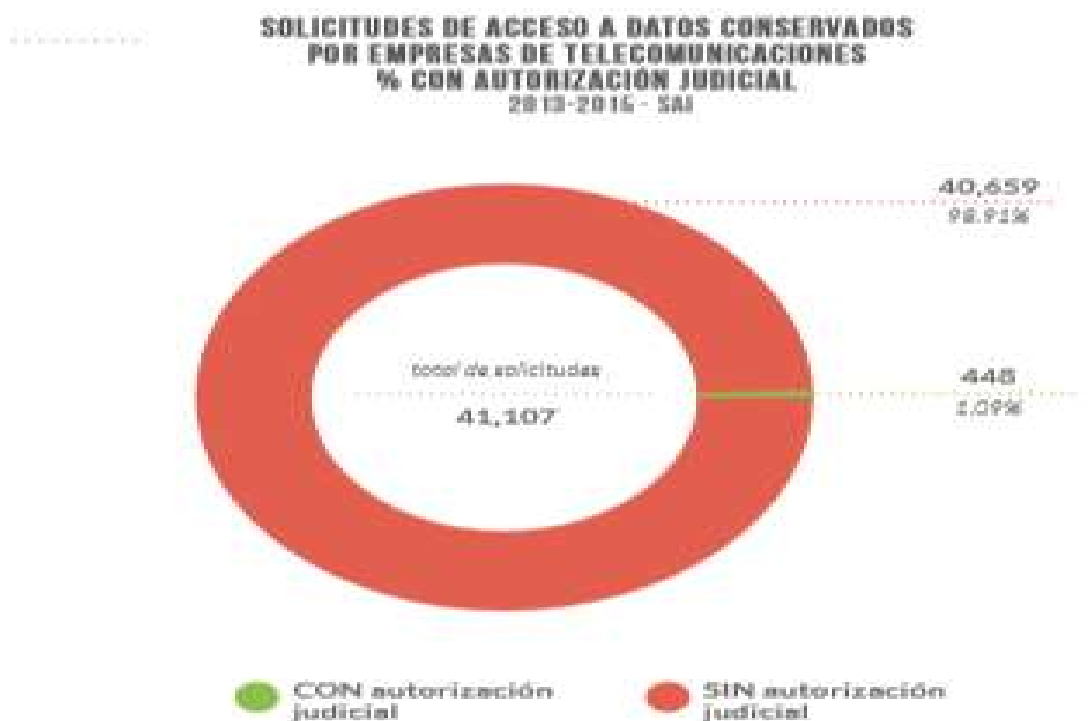
Ahora bien, es importante señalar que el número de solicitudes de autorización para intervenir comunicaciones privadas no es el mismo que las personas vigiladas, en virtud de que una sola solicitud puede incluir a múltiples personas o dispositivos²³¹.

Por otra parte, en relación con las solicitudes para acceder a los datos conservados por las empresas de telecomunicaciones, es decir, a los metadatos,

²³¹ Red en Defensa de los Derechos Digitales, *op. cit.*, p. 50.

fueron realizadas en abrumadora mayoría sin autorización judicial. Lo anterior, ya que la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión expandió en 2014 el tiempo de su conservación y debido a la ambigüedad de la redacción del texto legal, ocasionó varias interpretaciones en las que varias autoridades se encontraban facultades para el acceso a los datos conservados sin autorización jurisdiccional.

Gráfica 4.
Solicitudes de acceso a datos conservados por empresas de telecomunicaciones con autorización judicial



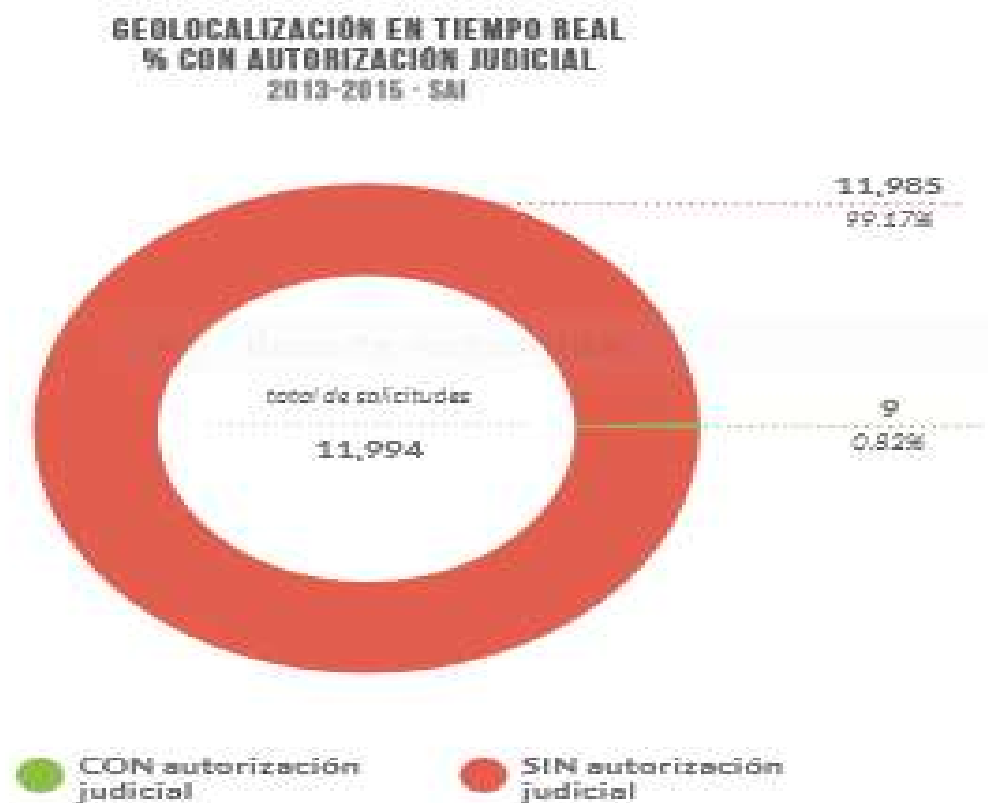
FUENTE: Red en Defensa de los Derechos Digitales, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 55.

Según la gráfica 4, solo el 1.09 % de las solicitudes al acceso de los metadatos se efectuó con autorización judicial; un 98.91% se realizaron sin este control judicial. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo número 964/2015, determinó con respecto al acceso a los metadatos que implica una restricción a la inviolabilidad de las comunicaciones, por lo que,

“resulta indispensable la existencia de la autorización judicial respectiva”.²³²

Finalmente, en cuanto a las solicitudes para que las autoridades de investigación de delitos realicen la geolocalización en tiempo real de equipos móviles responde a una situación similar a la anterior mencionada, pues desde su autorización en 2012, pasando por una acción de inconstitucionalidad, y hasta el 2016, la geolocalización fue realizada sin autorización judicial, por lo que el índice de uso de la medida mencionada sin intervención judicial fue abrumador.

Gráfica 5.
Geolocalización en tiempo real con autorización judicial 2013-2015



FUENTE: Red en Defensa de los Derechos Digitales, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 65.

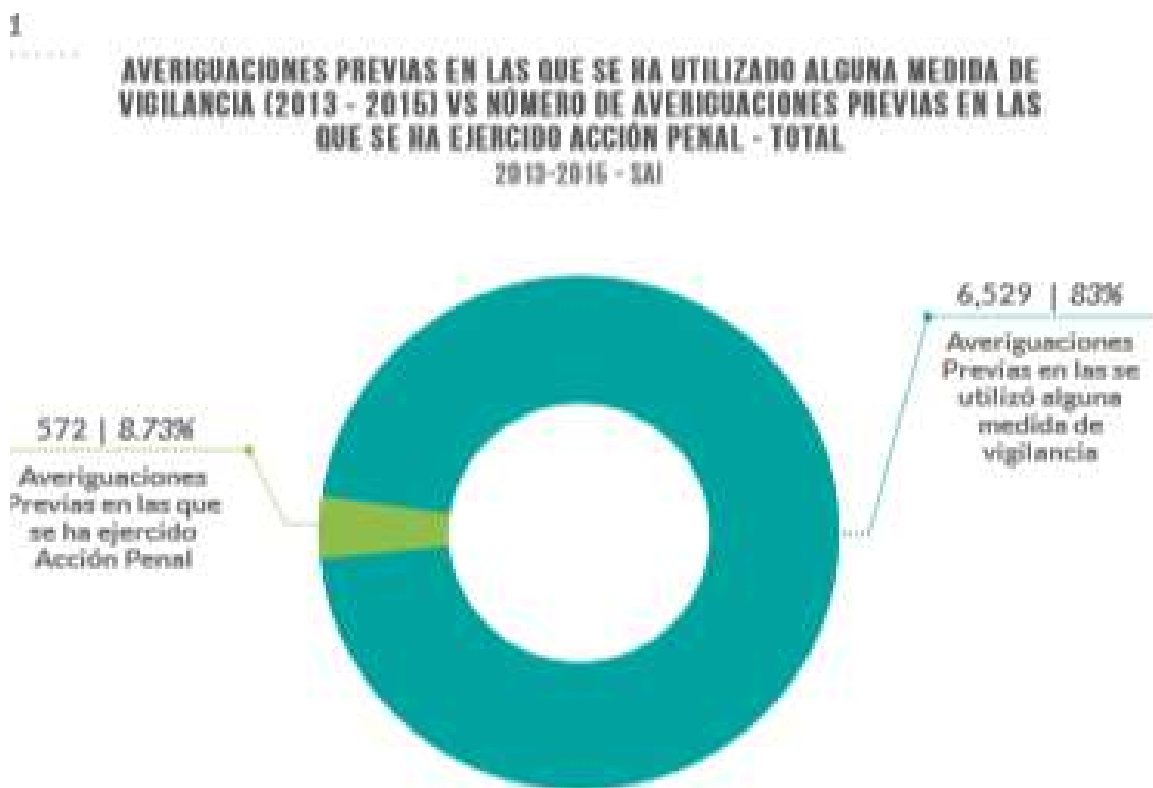
De acuerdo con la gráfica 5, solamente un 0.92 % de las solicitudes tuvo un control de un juez federal, el 99.17 % lo fue sin la intervención del Poder Judicial.

Ahora bien, dentro de las medidas de vigilancia mencionadas habría que

²³² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Amparo en revisión 964/2015*, p. 72, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=185299>.

preguntarse cuál es la efectividad que tuvieron estas medidas relacionadas con su finalidad de investigación de delitos graves. La respuesta puede ser medida también a través de los números y la estadística, en este sentido. La siguiente grafica nos muestra la relación entre las averiguaciones previas en las que se utilizó alguna de las anteriores medidas, y de esas carpetas de investigación, en qué porcentaje se ejerció una acción penal, todas entre los años de 2013 al 2016.

Gráfica 6.
Averiguaciones previas en las que se ha autorizado alguna medida de vigilancia (2013 – 2016) vs. número de averiguaciones previas en las que se ha ejercido acción penal



FUENTE: Red en Defensa de los Derechos Digitales, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 72.

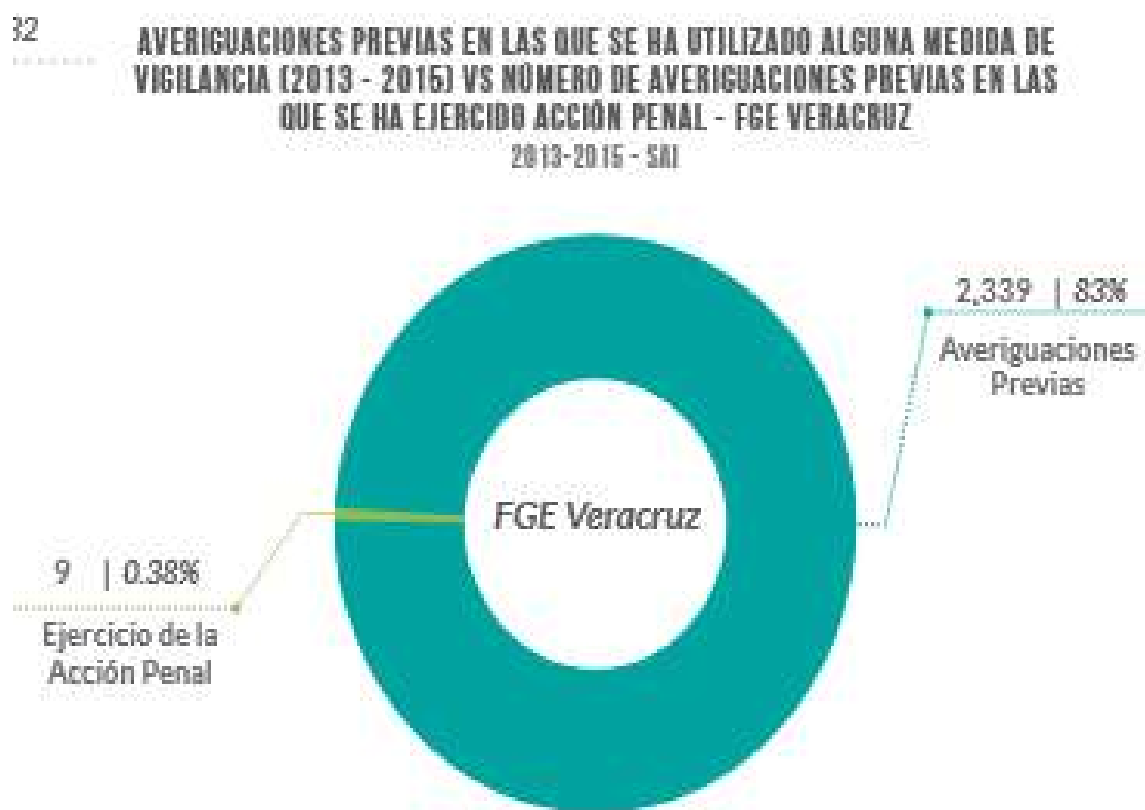
Según la gráfica 6, de las 6,529 averiguaciones previas o carpetas de investigación en las que se utilizaron métodos de vigilancia, solamente en 572 se llevó a cabo acción penal, es decir, solamente en el 8.73 %.

Uno de los casos más alarmantes con relación a la efectividad de las

medidas tecnológicas para perseguir un fin legítimo es el caso de la Procuraduría del estado de Veracruz en la que de 2,339 averiguaciones previas o carpetas de investigación en las que se usaron las medidas de vigilancia mencionadas, solamente en 9 carpetas se ejerció una acción penal, es decir, solamente en un 0.38 %.

Gráfica 7.

Averiguaciones previas en las que se han utilizado alguna medida de vigilancia (2013- 2015) vs número de averiguaciones previas en las que se ha ejercido acción penal



FUENTE: Red en Defensa de los Derechos Digitales, El Estado de Vigilancia Fuera de Control, 2016, p. 73.

La gráfica anterior invita a reflexionar si verdaderamente se utilizan con responsabilidad estas herramientas tecnológicas invasivas de la privacidad. En el caso del estado de Veracruz, por ejemplo, cabría preguntarse qué finalidad es la que realmente persiguen al vigilar a un número de personas que no se relaciona con los que sí se encuentran elementos para comenzar un proceso penal.

En otras palabras, se puede sospechar que las autoridades investigadoras

utilizan las herramientas de vigilancia en contra de personas respecto las cuales no tienen evidencia o una sospecha fundada de su participación en algún delito.²³³

Lo anterior son formas legales del uso de las tecnologías de vigilancia. En el siguiente apartado analizaré algunos de los casos específicos que se dieron en nuestro país de manera ilegal, en donde las autoridades del Estado mexicano violentaron el derecho a la privacidad de algunas personas dedicadas a la promoción de los derechos humanos y al periodismo.

3.4. Casos de violación al derecho a la privacidad por parte del Estado mexicano con el uso indebido de tecnologías

En concreto, al observar la problemática nacional, no me es posible en el presente trabajo describir todos los casos de violación a la privacidad con el uso indebido de las tecnologías; sin embargo, encuentro una serie de casos que son representativos y que narrare en este subcapítulo.

El 19 de junio de 2017, se dio a conocer por parte de las organizaciones civiles mexicanas *artículo 19*, *R3D* y *social TIC* una serie de documentos cuya información involucra al gobierno federal en hechos de espionaje ejercido en contra de periodistas, defensores de derechos humanos, representantes de asociaciones civiles, abogados de causas sociales y opositores políticos.²³⁴

En la información de los documentos publicados se argumenta que el espionaje se llevó a cabo por medio del programa *pegasus*, programa espía exclusivamente utilizado y distribuido para interceptaciones legales gubernamentales, mismo que fue adquirido por diversas agencias mexicanas mediante la compra a una compañía israelí, llamado *NSO Group*, la cual desarrolla este tipo de estructuras basada en la ciberguerra.²³⁵

Ahora bien, por medio de este programa el gobierno mexicano, durante el

²³³ Red en Defensa de los Derechos Digitales, *op. cit.*, p. 73.

²³⁴ Véase: Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones legales para fortalecer la prohibición del espionaje político y los controles sobre las labores de inteligencia del gobierno mexicano, p. 2, http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-06-28-1/assets/documentos/Inic_PT_Diversos_Espionaje_MODIFICADO.pdf.

²³⁵ *Ídem*.

periodo de enero de 2015 y julio de 2016, accedió al teléfono celular de Mario Patrón, Stephanie Brower y Santiago Aguirre miembros del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C. (Centro Pro). Dicha organización esta activamente involucrada en la documentación y defensa de los derechos humanos en los casos de desaparición forzada de los estudiantes normalistas de Ayotzinapa, la ejecución extrajudicial en Tlatlaya, la Tortura Sexual en Atenco, así como en la discusión de la Ley General Contra la Tortura.²³⁶

Asimismo, la Periodista Carmen Aristegui, su hijo Emilio Aristegui y parte de su equipo de trabajo Rafael Cabrera y Sebastián Barragán, que colaboraron con en la Unidad de Investigaciones Especiales de MVS Noticias Primera Emisión por medio del cual publicaron el escándalo de corrupción del Presidente sobre la “Casa Blanca”, así como el cubrimiento activo de la nota sobre la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, lo anterior en el año 2014; mientras los ataques de espionaje que se tienen registrados ocurrieron en el año 2015 y se extienden hasta el 2016.²³⁷

Otro periodista que, a su vez, fue espiado por el mismo *modus operandi* fue Carlos Loret de Mola, entre agosto de 2015 y abril de 2016; luego de que cubriera los reportajes de las ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán.²³⁸

Otros miembros de la sociedad civil que también fueron espiados Juan Pardinas y Alexandra Zapata, miembros del *Instituto Mexicano para la Competitividad* A.C. (IMCO), luego de dos semanas de que la organización firmara un convenio de colaboración con el Senado de la Republica para apoyar en la creación de una propuesta de ley anticorrupción.²³⁹

Además, fueron víctimas de vigilancia digital dos miembros de la organización *Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad* (MCCI) Salvador Camarena y Daniel Lizárraga, periodistas que individualmente realizaron un puntual seguimiento a los temas de corrupción de la “Casa Blanca” así como de los temas

²³⁶ Véase: Art. 19, R3D y Social TIC, *Gobierno espía, Vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México*, junio de 2017, pp. 9-15.

²³⁷ *Ibidem*, pp.17-34.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 36-45.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 43-47.

de la misma naturaleza del gobierno de Veracruz encabezado por el entonces gobernador Javier Duarte.²⁴⁰

En todos los casos se pueden observar los mismos patrones de actuación por parte del gobierno federal, ya que todas las víctimas fueron atacadas utilizando una estructura común, y siguiendo el mismo *modus operandi*.

Primero, todos ellos reciben un mensaje en dispositivo móvil, que contiene información particularmente llamativa conforme los intereses de la víctima en singular, para convencer al objetivo de dar clip en el enlace malicioso; por ejemplo, en el mensaje recibido por Santiago Aguirre miembro del Centro PRO se le solicitaba ayuda para actuar en contra de una detención arbitraria. El mensaje recibido por Carlos Loret de Mola literalmente decía: “*Querido Loret, fíjate que tvnotas tiene fotos tuyas donde estas con una chava cenando. Dales una checada: [enlace malicioso]*”.²⁴¹

Se logra percibir la ingeniería social inmersa en los mensajes para atraer a las víctimas a caer en el engaño; pero, además, los mensajes en todos los casos se incrementaron en los momentos críticos para el gobierno federal, es decir, cuando el trabajo periodístico o la labor de los defensores de derechos humanos tocaron fibras sensibles para la legitimidad del gobierno federal.²⁴²

En su informe, el relator de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) Michel Forts calificó al espionaje en contra de activistas, periodistas y defensores de derechos humanos como una violación grave al derecho a la privacidad y a los derechos de asociación y libertad de expresión.

La vigilancia secreta no supervisada de los defensores de los derechos humanos es un desafío nuevo y preocupante, especialmente en el contexto de una supervisión judicial débil en relación con la recopilación, el almacenamiento y el intercambio de datos personales obtenidos a través de la vigilancia digital. Después de la visita, las autoridades federales y algunas estatales fueron acusadas de comprar y desplegar spyware llamado "Pegasus" para monitorear a políticos, defensores de los derechos humanos, periodistas y abogados a través de sus teléfonos móviles. El Relator Especial reitera su llamamiento y el de otros expertos de las Naciones Unidas desde julio de 2017 para que se lleve a cabo una investigación independiente e

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 49-51.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 12-40.

²⁴² *Ibidem*, p. 55.

imparcial sobre la presunta vigilancia ilegal, que constituye una grave violación de los derechos a la privacidad y las libertades de expresión y asociación.²⁴³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en contra de la utilización del derecho penal para criminalizar o intimidar la labor de los defensores de derechos humanos. Dicha intimidación menciona la Corte, se da a través de la manipulación del poder punitivo del Estado con la finalidad de controlar, impedir o castigar el ejercicio del derecho a defender derechos humanos teniendo un efecto amedrentador para quienes realicen dicha labor.

La criminalización de las defensoras y defensores a través del uso indebido del derecho penal consiste en la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el objetivo de controlar, castigar o impedir el ejercicio del derecho a defender los derechos humanos. Esta puede tomar lugar, por ejemplo, mediante la presentación de denuncias infundadas o basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad, o en tipos penales que no cumplen con los estándares interamericanos atendiendo a las conductas que castigan. También puede darse a través de la sujeción a procesos penales prolongados y mediante la aplicación de medidas cautelares con fines no procesales. La manipulación del derecho penal en perjuicio de las defensoras y los defensores se ha convertido en un obstáculo que amerita la atención prioritaria por parte de los Estados, pues tiene por efecto amedrentar la labor de defensa y protección de los derechos humanos, y paralizar el trabajo de las defensoras y defensores, dado que su tiempo, recursos (financieros y demás) y energías deben dedicarse a su propia defensa.²⁴⁴

Para los casos estudiados en este apartado parece que la dinámica obedece

²⁴³ Forts Michel, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en su misión a México*, sobre su misión a México del 16 al 24 de enero de 2017, p. 9. Unsupervised secret surveillance of human rights defenders is a new and worrying challenge, especially in the context of weak judicial oversight regarding the collection, storage and sharing of personal data obtained through digital surveillance. After the visit, the federal and some state authorities were accused of purchasing and deploying spyware called “Pegasus” to monitor politicians, human rights defenders, journalists and lawyers through their mobile telephones. The Special Rapporteur reiterates his and other United Nations experts’ call from July 2017 for an independent and impartial investigation to be carried out into the alleged illegal surveillance, which constitutes a serious violation of the rights to privacy and to the freedoms of expression and association. (Traducción propia)

²⁴⁴ CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, Doc. 49/15, Organización de los Estados Americanos, 2015, p. 18.

a esa lógica, la vigilancia y el espionaje si amedrenta de manera directa la labor del defensor de derechos humanos o del periodista en el momento de la vigilancia ya que puede tener un efecto de cohibición en la labor descrita al sospechar o saberse vigilado.

Aun en el caso de que la persona no sospeche que es espiada, dicha acción por parte del Estado resulta contraria al derecho humano a la privacidad, existiendo una conducta dolosa por parte del Estado en la utilización de los medios de vigilancia en contra de personas que no tienen indicios de que participen en actividades antijurídicas.

3.5. La necesidad de asegurar la protección de la vida privada de los ciudadanos en el actual contexto de seguridad

La seguridad es la tesis que argumentan los Estados para justificar la vigilancia, “un paradigma que se sitúa por encima del derecho a la privacidad”. La realidad es que dicha dicotomía resulta insostenible en un estado democrático, en virtud de que, primero, el derecho a la privacidad, desde un punto de vista jurídico esta categorizado como derecho humano tanto en cuerpos normativos internacionales como en las constituciones de los Estados ²⁴⁵, lo que obliga a dichos Estados a garantizarlo en la mayor medida posible.

Si bien es claro que todos los estados cuentan con programas de vigilancia, es necesario que cumplan con dos condiciones fundamentales de los sistemas democráticos: la transparencia y la rendición de cuentas. Los estados deben ceñirse a un marco jurídico que defina las condiciones bajo las cuales es posible recolectar información y datos personales de los ciudadanos. En otras palabras: esclarecer quién puede recoger qué tipo de información sobre quién, bajo qué razón legal, con qué objetivos, durante cuánto tiempo y a través de qué medios. Sin embargo, la defensa de un marco jurídico para proteger el derecho a la privacidad se diluye cuando los sujetos aceptan, a cambio de servicios, entregar sus datos personales a las empresas tecnológicas. Se realiza así, en el sujeto, la consolidación de los mecanismos de vigilancia y control. ²⁴⁶

²⁴⁵ Quijano, Paola Ricaurte *et al.*, *Sociedades de control: tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México*. Teknokultura, 2014, vol. 11, núm. 2, p. 267.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 267-268.

De ninguna manera la vigilancia masiva puede ser una herramienta legítima en un Estado de derecho; no se pueden justificar las injerencias arbitrarias en un porcentaje tan grande de ciudadanos que, sin sospechas fundadas de delito alguno, son víctimas de la vigilancia estatal. Dichos programas resultan desproporcionados y, por tanto, ilegítimos en un país democrático.

Aun si el porcentaje de las personas vigiladas es más bajo, tampoco encuentra justificación sin las respectivas sospechas fundadas de que son partícipes de un delito grave, que dé pie a una investigación seria.

De lo contrario y como sucedió con los casos descritos en nuestro país, en el cual, las víctimas de espionaje estatal fueron activistas, defensores de derechos humanos y periodistas, resulta en una clara violación de derechos humanos, en particular el de privacidad.

Lo anterior denota un uso faccioso del poder del Estado por parte del gobierno en turno para entrometerse en la vida privada de quienes considera adversarios políticos, o bien, de quienes consideró pudieran obtener alguna información que pusiera en evidencia los malos manejos de su administración o incluso las perversidades de algunos de sus funcionarios, al espiar a quienes investigaban un hecho de violación grave a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada de los estudiantes de Ayotzinapa.

El solo hecho de que el Estado vigile a una persona, le otorga a éste un poder y dominio sobre la persona vigilada. El asechamiento, la persecución y el hecho de contar con datos personales, que por definición sólo le incumben a la persona, como con quién se comunica, cuántos hijos tiene, en qué escuela estudian y los lugares que frecuentan, lo pone en riesgo de ser considerados enemigo político del gobierno y de que posteriormente pueda ser víctima de otro suceso o violación más grave.²⁴⁷

²⁴⁷ Véase: Canetti, Elías, *Masa y Poder*, trad. de Horts Vogel, Barcelona, Muchnik, 1981, pp. 200-230. Se viene a mi mente este tratado sobre la teoría de la naturaleza del poder, masa y poder de Elías Canetti; una lectura de gran contenido metafórico que aborda el sentimiento de poder en el ser humano, el cual se encuentra inmerso en un instinto de supervivencia y dominio. El dominio que se tiene al asechar y cazar a la presa como un atributo esencial, con el que la naturaleza dota a las criaturas para su propia supervivencia mismo que fundamenta a la ley del más fuerte. En ese sentido, se tiene como fuente de poder la capacidad de atrapar, aplastar, triturar y contener con una fuerza mecánica superior a la de la víctima; por ello, la admiración al actuar de los felinos cazadores, desde

El acceso al contenido de las comunicaciones de una persona, así como el análisis de los datos de localización o el historial de comunicaciones de los usuarios de telecomunicaciones, otorga al Estado un alto poder invasivo y control sobre la persona vigilada.²⁴⁸

Se observa cómo la potencia mundial dominante utilizó medios tecnológicos para espiar a los mandatarios de otros países, incluyendo México, pero el gobernante nacional en vez de condenar los ataques recibidos como jefe de Estado, pareciera que solamente tomó la idea y la aplicó en contra de los ciudadanos mexicanos.

Deben existir en consecuencia límites en el uso de la vigilancia, como el control judicial previo o inmediatamente posterior al uso de la medida; además han de existir mecanismos de rendición de cuentas, supervisión independiente y notificación diferida a los afectados.²⁴⁹

La rendición de cuentas y la transparencia implican que el Estado responda e informe qué gasta los recursos que recauda, para de esa forma evaluar su actuar y guiarlo al uso legítimo de los recursos. Desde un punto de vista utilitario, que gaste los recursos del ciudadano para su seguridad, y no para su vigilancia.

Ha de buscarse la supervisión independiente como un contrapeso institucional que autorice la medida de vigilancia cuando ésta sea legal y que no la autorice cuando no cumpla con los requisitos que la ley marca, además de que supervise que ésta se lleve a cabo conforme a derecho.

La vida privada constituye un espacio de libertad fundamental para el desenvolvimiento integral de toda persona. En este sentido se pronunció Snowden al declarar que “la privacidad es el grifo para todos los demás derechos. De la privacidad emanan los derechos, porque es el derecho al yo. La privacidad es el

su asecho, persecución, potencia, determinación y sometimiento a su presa. El mayor atributo del poder es entonces la potestad de decidir sobre la vida o muerte del otro, atributo que el poderoso resguarda con el mayor de los celos. En contraposición, la doctrina de los derechos humanos que postula un límite al ejercicio arbitrario del poder, un freno a la ley del más fuerte, y reconoce que las personas tienen una esfera de protección que emana del concepto de dignidad, y por el cual, pone un alto al uso faccioso y abusivo del poder.

²⁴⁸ Red en Defensa de los Derechos Digitales, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁹ *Idem*.

derecho a una mente libre”.²⁵⁰

Por ello el derecho a la privacidad debe resguardarse. Es irracional una disminución a este derecho sosteniendo el discurso del miedo, so pretexto de obtener más seguridad. Ambas categorías deben someterse a la razonabilidad para garantizar su coexistencia.

Por lo tanto, la soluciones al conflicto en mención debe ser respondido por medio de una lógica constitucional, y con base en la interpretación constitucional misma, cuyo objeto es la regulación de poder público y, en ese sentido, el uso de los mecanismos tecnológicos al servicio del Estado, que a su vez tienen naturaleza invasiva de la privacidad y, por ende, incrementan el poder del propio Estado, deben someterse a un análisis razonable y proporcional que se manifieste por medio de controles democráticos.

El valor del Estado de derecho consiste en elimina la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que vulnere a los ciudadanos; su dirección, a su vez, es la de regular la relación entre el poder y los derechos, tratando de dar una mayor prevalencia a estos últimos como una condición necesaria de legitimación del poder.²⁵¹

²⁵⁰ Red de Defensa de los Derechos Digitales, *La Privacidad es el derecho a una mente libre*, https://r3d.mx/2018/01/10/la-privacidad-es-el-derecho-a-una-mente-libre-edward-snowden/?utm_content=buffer4acc6&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer.

²⁵¹ Roldan Orozco, *op. cit.*, p. 44.

CAPÍTULO 4

EL CONTROL RAZONABLE Y PROPORCIONAL DEL USO DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS COMO MÉTODOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD

SUMARIO: 4.1. *El Poder Judicial de la Federación como garante del derecho a la privacidad frente a los medios tecnológicos utilizados por el Estado mexicano* 4.2. *El Análisis razonable y proporcional del uso de medidas tecnológicas como métodos de garantía del derecho a la privacidad.* 4.3. *Corrección razonable al control proporcional de constitucionalidad y convencionalidad*

4.1. El Poder Judicial de la Federación como garante del derecho a la privacidad frente a los medios tecnológicos utilizados por el Estado mexicano

Una cosa es la existencia del derecho sustantivo y otra diferente es la garantía de protección que tienen tal derecho; es decir, los instrumentos y acciones que lo hagan materialmente efectivo para su ejercicio y goce. Estas garantías pueden ser según Kelsen, preventivas, represivas u objetivas.²⁵²

Las garantías preventivas como su nombre lo indica, son aquellas que tienden a prevenir actos irregulares, es decir, actos contrarios a la norma o en el parámetro kelseniano, normas contrarias a la norma de grado mayor.²⁵³

La garantía represiva, por su parte, reacciona contra el acto irregular cuando éste ha sido realizado, con objetivos diversos como: evitar la reincidencia en el futuro, reparar el daño causado y hacerlo desaparecer, así como, eventualmente

²⁵² Véase: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, pp. 483-484, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>.

²⁵³ *Ibidem*, p. 483.

remplazar el acto irregular por uno regular.²⁵⁴

Finalmente hay que mencionar las garantías objetivas que cuentan con la característica de la garantía represiva y que actúa a su vez con efectos de nulidad del acto irregular.²⁵⁵

Puede decirse, en términos prácticos que “un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ello ha habido coincidencia desde el inicio del régimen constitucional, que fue cifrado no tanto en la existencia de libertades cuanto en su aseguramiento”.²⁵⁶

En ese sentido, el órgano idóneo para garantizar el derecho humano a la privacidad frente a las restricciones de los medios tecnológicos utilizados por el Estado mexicano en su labor de seguridad, es el Poder Judicial de la Federación, toda vez que, a través de éste se llevan a cabo los procesos constitucionales capaces de mantener el equilibrio constitucional entre el binomio privacidad-seguridad, pudiéndose mantener a través de una interpretación material de la propia Carta fundamental.

Un Poder Judicial independiente es la garantía esencial de del ordenamiento democrático: Sólo a través de él se garantizan los derechos de los ciudadanos (art. 24 CE) y se ofrece seguridad jurídica y las garantías imprescindibles para una convivencia democrática. La organización de la Justicia es, tal vez, el aspecto más delicado de la configuración del Estado de Derecho.²⁵⁷

En un Estado Constitucional de Derecho, en donde junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece los límites y las directrices jurídicas del poder público con el objetivo de garantizar las libertades y los derechos de las personas, y que tiene por tal razón, carácter normativo y no sólo figura como documento político, supone pues el respeto al principio de supremacía constitucional y, por ende, de sus parámetros políticos y jurídicos que esta

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 484.

²⁵⁶ Gimeno Sendra, Vicente, *et al*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2017, p. 595.

²⁵⁷ Rodríguez Zapata, Jorge, *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 345.

contiene.²⁵⁸

En esta tesitura, el juez está vinculado tanto a la ley como a la Constitución, de manera que, en caso de conflicto entre ambas, debe preferir la Constitución, por lo que solo está obligado a aplicar las leyes constitucionales, debiendo así examinar la constitucionalidad de las normas generales.²⁵⁹

En ese sentido, los jueces necesariamente están obligados a realizar control de constitucionalidad, ya sea en su modelo difuso en el que todos los jueces están facultados para pronunciarse respecto a la legitimidad constitucional de las leyes (control difuso) o bien el modelo concentrado en el que esta tarea está encomendada a un órgano especializado, un Tribunal Constitucional.²⁶⁰

No es el caso de controvertir el modelo de control de constitucionalidad adoptado en nuestro país, ya que, el modelo propuesto en esta tesis es viable en ambos, pues la finalidad propuesta es la garantía jurisdiccional del derecho a la privacidad frente a las restricciones de las tecnologías, y lo relevante es el escrutinio de razonabilidad y en su caso proporcionalidad que realice el Poder Judicial respecto a los actos o leyes que pudieran lesionar dicho derecho.

Son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process* o *reasonableness*) de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad –sea un sistema difuso o concentrado–, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.²⁶¹

²⁵⁸ Véase: Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2005, pp. 24-25. “El Estado Constitucional de Derecho exige dotar de normatividad a la Constitución. Pero normatividad o supremacía jurídica de la Constitución no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que solo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la rigidez de la constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional reforzado, en todo caso, más complejo que la tramitación legislativa ordinaria, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de control de constitucional de la ley y otros actos de poder. Puede decirse, por ello, que supremacía de la constitución y justicia constitucional son conceptos inextricablemente unidos”, pp. 273-274.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 28.

²⁶⁰ Véase: Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 45.

²⁶¹ Sapag, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite al poder del Estado: Un estudio comparado*, Tesis Doctoral, Buenos Aires, Universidad de la Sabana, 2008, p. 180.

Así, tanto el derecho a la privacidad como el conjunto de derechos contenidos en la parte dogmática de la Constitución, por su naturaleza jurídica, es directamente justiciable y se encuentra a salvo de cualquier intromisión por parte de la administración y también de la legislación ordinaria.²⁶² Para el caso estudiado, el derecho a la privacidad, que está reconocido por la Constitución, jurisprudencia e instrumentos internacionales, tendrá garantizadas las vías para su judicialización en caso de que alguien se sienta agraviado por actos de autoridad que vulneren dicho derecho.

Por otra parte, el Estado, cita Brage Camazano, no sólo tiene que respetar el mismo los derechos humanos, sino también ocupa respecto los mismos una posición de garante y, habrá de definir quien tiene que resolver dichas colisiones de derechos fundamentales. Para esta tarea el autor citado expone 4 niveles funcionales de competencias.²⁶³

La primera a nivel constitucional en donde los principios constitucionales proporcionan los límites y equilibrio, pero no ofrecen un método o regla de solución, sino que específicamente se regulan atendiendo al caso concreto, ateniéndose a las reglas hermenéuticas especialmente al principio de proporcionalidad.²⁶⁴

El segundo nivel que expone el autor es el nivel legal, al cual le corresponderá al legislador regular las colisiones, aunque de manera general y sin entrar en detalles, dejando un campo de actuación muy importante al Ejecutivo y desde luego al Poder Judicial.²⁶⁵

El tercer nivel le corresponde al Poder Ejecutivo en cuanto a la solución de colisiones cuando la Administración, en ciertos casos, pueda legitimar directamente a partir de intervenciones para el equilibrio de bienes constitucionales sin regulación legal, especialmente en la tarea estatal de protección.²⁶⁶

Finalmente, la carga principal para la solución de colisiones le corresponde

²⁶² Véase: Pérez Luño, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 257-258.

²⁶³ Brage Camazano, Joaquín, *op cit*, p. 181.

²⁶⁴ *Idem*.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 182.

²⁶⁶ *Idem*.

al Poder Judicial que se erige como guardián de los derechos fundamentales. La aplicación de una ley contraria a los derechos humanos no solo es una violación jurídica sino también una violación a la Constitución, por lo que el método utilizado por los tribunales para la solución de colisiones es de extraordinaria importancia.

267

Por su parte, Luis Prieto Sanchís considera que la ponderación constituye una tarea esencial del poder judicial, pues el legislador no puede eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general, eliminando en abstracto la colisión respectiva argumentando que siempre triunfará un derecho sobre otro, ni establecer por vía legislativa un catálogo o jerarquía de principios constitucionales, sino que es una labor que los jueces de manera casuística deberán resolver atendiendo las circunstancias específicas que sólo pueden resolverse en concreto.²⁶⁸

Ahora bien, partiendo de que un presupuesto para garantizar los estándares de protección a los derechos humanos es que un órgano jurisdiccional efectúe el escrutinio de las leyes y los actos, se habla de una justicia constitucional a cargo de los tribunales competentes, pero además, dichas decisiones de los jueces deberán contener la debida motivación y fundamentación, plasmando en sus resoluciones los elementos de razonabilidad que les dará la legitimidad constitucional.

Para hablar de una verdadera justicia constitucional es necesario que concurren dos elementos esenciales, un elemento formal y otro elemento material.

Pertenece a la materia de jurisdiccional constitucional los problemas relativos a la determinación del área de poder estatal y al sistema de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que delimitan el ámbito de la *Grundkompetenz* del Estado.²⁶⁹

Ahora, en todos los mecanismos para hacer valer el derecho a la privacidad el Poder Judicial de la Federación debe aplicar los análisis de razonabilidad o. en

²⁶⁷ *Idem.*

²⁶⁸ Véase: Prieto Sanchis, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 197-198.

²⁶⁹ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 22.

su caso, de proporcionalidad. Como ejemplo es posible apreciar el trabajo realizado por otros Tribunales Constitucionales en el mundo.

Los tribunales han emitido al respecto una serie de criterios en la resolución de casos concretos, en donde se estudió las injerencias al derecho humano a la privacidad. Considero pertinente incluir en el presente trabajo de investigación los criterios jurisdiccionales de los tribunales en Europa sobre la protección a la privacidad con énfasis en el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Lo anterior en virtud de que para la elaboración de esta tesis tuve la oportunidad de realizar una estancia de investigación en España, para ser preciso en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Castilla La Mancha con residencia en Toledo, y donde el material bibliográfico al que tuve acceso naturalmente se enfocaba en las resoluciones del Tribunal Constitucional Español, pero además se centraba en el estudio de las determinaciones del Tribunal Constitucional Alemán.

Considero que la similitud de la tradición jurídica tanto del derecho español como del alemán, así como los principios fundamentales que rigen su sistema jurídico comparten características esenciales con el sistema constitucional mexicano además de que sus fallos jurisdiccionales han sido trascendentes.

4.1.1 Los principales criterios jurisdiccionales europeos sobre protección a la privacidad

Partiendo de la idea de que el derecho a la privacidad o intimidad presupone un concepto que no está perfectamente definido o delimitado, cuestión necesaria para que no se dejen fuera de la protección debida ciertas circunstancias o intromisiones no comprendidas en dicha delimitación, los tribunales en su labor hermenéutica tendrán la tarea de concretar el contenido de este derecho fundamental.²⁷⁰

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estudiar en la sentencia *Klass y otros vs. Alemania* la legislación relativa a las medidas de vigilancia sobre

²⁷⁰ Véase: Crevillén, Sánchez, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal o familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Aldecoa, 1995, p. 85.

correspondencia, envíos postales y telecomunicaciones, determinó que la persona puede considerarse víctima de una violación ocasionada por la simple existencia de medidas secretas o de leyes que permitan esas medidas, sin tener que acreditar que les han sido aplicadas, en virtud de que, cuando el Estado establece una medida de esa naturaleza, resulta desconocida para quien es controlado y, por lo tanto es inatacable, reduciendo su garantía a la nada.²⁷¹

El Tribunal admite la constitucionalidad de medidas secretas de vigilancia como necesarios para la seguridad nacional y la prevención de delitos, pero siempre de forma excepcional, sin que esa facultad del legislador para establecerlas extralimite para subordinar a las personas a medidas de vigilancia secretas, pues correría el riesgo de destruir la democracia.²⁷²

A su vez el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia del caso *Flick*, del 15 de diciembre de 1983, estableció que la autodeterminación informativa, es decir, el derecho de las personas para decidir por sí mismas cuando y dentro de qué límites procede revelar datos referentes a su propia vida, necesita de una especial protección al incrementarse de manera acelerada las posibilidades de indagación e injerencia en la conducta individual, por lo que “es rechazable una ley con la que el ciudadano no pueda saber, quién, qué, cuánto y con qué fines se sabe algo sobre él”, violentando de esta forma su libertad personal y libertad de autodeterminación.²⁷³

La Primera sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán aludido consideró además en sentencia 484/83, del 15 de octubre 1983, que el libre desarrollo de la personalidad supone la tutela de la persona frente a la recolección ilimitada, archivo, y empleo de sus datos personales, con lo que se garantiza su autodeterminación para el empleo de dichos datos.²⁷⁴

²⁷¹ Véase: Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, sentencia de 6 septiembre 1978, *Klass y otros contra Alemania*. Demanda núm. 15473/1989. <http://lawcenter.es/w/file/download/66067>

²⁷² *Idem*.

²⁷³ Gimeno Sendra, Vicente, *et al*, *op. cit.*, p. 155.

²⁷⁴ Véase: Schwabe Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwaben*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, pp. 95-102, http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha construido una serie de jurisprudencias al respecto, que nos serán útiles en este trabajo de investigación para estimar los alcances de sus normas y estándares de protección.

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.²⁷⁵

España, por su parte, ha ratificado el Convenio Europeo para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de datos personales de 1981. Además, el artículo 105 b de la Constitución faculta el acceso a los ciudadanos a los archivos gubernamentales y administrativos. Los españoles cuentan asimismo con la *Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal* parcialmente modificada por la *Ley 32/2003 General de Comunicaciones*.²⁷⁶

El anterior entramado de normas tiene como finalidad proteger la privacidad como ámbito de la vida humana más amplio que la intimidad y más fácil de vulnerar por el tratamiento automatizado de datos personales.²⁷⁷

Por ejemplo, la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal responde a varios principios, de los cuales destacan: El de pertinencia, el de información, el de autodeterminación, el de acceso, consulta, impugnación, rectificación y cancelación, el Derecho de indemnización; y regula también el llamado flujo transfronterizo de información.²⁷⁸ De manera muy sintética abordaré cada uno de ellos.

El principio de pertinencia consiste en que se prohíbe la relección de datos

²⁷⁵ Constitución Española, http://www.lamondcloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf.

²⁷⁶ Gimeno Sendra, Vicente, *et al*, *op. cit.*, pp. 155-156.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 156.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 156-157.

por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Los datos sólo pueden ser recolectados y sometidos a tratamiento cuando sean pertinentes y no excesivos con el ámbito y las finalidades legítimas para los que fueron obtenidos. Serán además exactos y puestos al día, rectificándose de ser necesario y solamente podrán ser almacenados de forma que los interesados no puedan ser identificados por más tiempo del necesario para los fines de registro y obtención.²⁷⁹

El principio de información es el relativo con el aviso de forma inequívoca al interesado de la existencia de ficheros con su información, el cual puede en cualquier momento acceder, rectificar, cancelar u oponerse, así como a conocer la identidad del responsable del tratamiento de sus datos.²⁸⁰

El principio de autodeterminación o consentimiento otorga a la persona la facultad de decidir el nivel de protección de sus datos, toda vez que éstos no pueden ser recogidos sin su consentimiento.²⁸¹

El principio de acceso, consulta, impugnación, rectificación y cancelación consiste en que el interesado podrá obtener información gratuita sobre sus datos personales, que impliquen una valoración de su comportamiento y exigir la rectificación o cancelación de los datos inexactos o incompletos.²⁸²

Finalmente, el derecho a la indemnización es aquel derecho que le surge al interesado en caso de incumpliendo de lo dispuesto en la ley, si éste sufre daño o lesión en sus bienes o derechos. En caso de que los ficheros de datos estén bajo la titularidad pública, se atenderá a lo dispuesto por el régimen de Responsabilidad de la Administración Pública, en caso de que los ficheros estén bajo la titularidad privada se ejercitarán las correspondientes acciones ante la jurisdicción penal.²⁸³

Y en cuanto al flujo de información transfronterizo, se exige que, para permitirlo, el país receptor cuente con un sistema de protección equivalente y ofrezca las garantías suficientes, tenga convenio con España sobre dicha materia, o sea un Estado de la Unión Europea o respecto del cual haya declarado que

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 156.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² *Ibidem*, p. 157.

²⁸³ *Idem*.

garantiza un nivel adecuado de protección.²⁸⁴

Ahora bien, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, define las intromisiones ilegítimas a la intimidad.

Artículo séptimo (sic)

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.
8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.²⁸⁵

Por su parte, “el artículo 18.4 de la Constitución (España) ordena al legislador que limite el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad y los derechos de las personas”.²⁸⁶

En todos los supuestos en los que se plantea, *prima facie*, una colisión entre

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ Ley Orgánica 1/82, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html#a7.

²⁸⁶ Gimeno Sendra, Vicente, *et al*, *op cit.*, p. 155.

el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18 y los derechos a la libertad de pensamiento, así como a recabar, comunicar y recibir información consagrados en el artículo 20 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiende a identificar el derecho prevalente a través de una labor ponderación de bienes... (SSTC 104/1986, FT 5; 171/1990, FJ 4; 172/1990, FJ 6; 40/1992, FG 1; 227/1992, FJ 2; 240/1992, FG 3, entre otras). ²⁸⁷

En la sentencia del 4 de junio del 2018 dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español en el recurso de amparo núm. 2096-2016, en el cual se demandó la protección respecto a la vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal que sufrieron los demandantes, en las consideraciones de la resolución se sostiene que:

En línea de principio, debe recordarse que cuando, como resultado de la ponderación entre ellos, uno de los derechos fundamentales es considerado prevalente, el preterido no queda vacío de contenido, sino que debe ser sacrificado sólo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar la efectividad del primero. ²⁸⁸

Las sentencias analizadas han utilizado para los casos en mención la doctrina de ponderación equiparable a la *balancing test* o tesis de la balanza de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, que consiste en el uso del criterio de razonabilidad para sopesar los valores y derechos constitucionales en conflicto.

289

Se determina en la sentencia del Tribunal Constitucional Español además de la proporcionalidad, el resguardo por el contenido esencial del derecho, cuestión fundamental que analizaré con posterioridad.

Ahora, en todos los mecanismos para hacer valer el derecho a la privacidad según lo planteado en este trabajo de investigación el Poder Judicial de la Federación en México debe aplicar los análisis de razonabilidad o, en su caso, de proporcionalidad de acuerdo con el siguiente modelo propuesto.

²⁸⁷ Pérez Luño Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 365.

²⁸⁸ Sala Primera del Tribunal Constitucional Español, Sentencia dictada el 4 de junio de 2018, *Recurso de amparo núm. 2096-2016*, p. 36, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/2016-2096STC.pdf.

²⁸⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 365.

4.2. *El análisis razonable y proporcional del uso de medidas tecnológicas como métodos de garantía del derecho a la privacidad*

Como se mencionó en este trabajo de investigación, “el análisis de razonabilidad en el derecho tiene como finalidad la producción de criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional.”²⁹⁰

Así, las normas generales o los actos impugnados constituyen el objeto de control, y las normas constitucionales o convencionales que se consideren vulneradas constituyen el parámetro ²⁹¹, por medio del cual el órgano jurisdiccional ejercerá el control de regularidad, es decir, verificará la conformidad del acto o norma general sujeta a control en relación con la norma suprema.

Por lo que, el órgano de revisión constitucional deberá determinar si el acto sujeto a control es un acto concreto o abstracto, es decir, si la revisión versa sobre la aplicación de la ley o el escrutinio estriba en el control formal y material de la propia norma.

Como se vio también, el intérprete de la Constitución y, por tanto, el encargado de revisar la regularidad constitucional de actos y normas generales es el Poder Judicial de la Federación.

La razonabilidad opera en el juicio de legitimidad constitucional en el que la armonización entre principios es siempre fisiológica, hasta el punto de que la Consulta (Tribunal Constitucional) es llamada en la práctica «el custodio de la razonabilidad» ²⁹²

Existe la propuesta sobre el control judicial de la administración pública por defectos de la motivación de las decisiones. Se estima conveniente que se genere un estricto control de los procedimientos previos y de la motivación de las decisiones administrativas. Dicho control judicial tendría dos etapas, supeditado a que si no se supera la primera no sería posible revisar la segunda.

Se deberá primero someter a un escrutinio de legalidad, en el cual el órgano

²⁹⁰ Sapag, Mariano A., *op cit.*, p. 163.

²⁹¹ Véase: Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de Federico Blasi Gastón México, Porrúa, 2005, pp. 43-44.

²⁹² Perlingieri Giovanni, *Aspectos aplicativos de la Razonabilidad en el Derecho Civil*, trad. de Agustín Luna Serrano, Madrid, Dykinson, 2015, p. 81.

jurisdiccional deberá revisar si la norma general o la medida sujeta a control cumple con todos los requisitos legales, es emitido por un órgano competente, sigue el principio de legalidad, está fundado y motivado.

Ahora bien, si no cumple con alguno de los requisitos el juez deberá declararlo ilegal y proveer lo conducente; en caso contrario, deberá pasar al siguiente nivel de control, el de constitucionalidad, donde se evaluará por medio de argumentos de naturaleza material si la ley o el acto sujeto a control es compatible con la Constitución o no.

4.2.1. *El control de legalidad*

En la primera etapa, relativa al control de legalidad, el juez controlará rigurosamente el cumplimiento serio de todos los requisitos formales; es decir, verificará la existencia de los elementos esenciales de los procedimientos previos y la inclusión de una motivación exhaustiva.²⁹³

Así el órgano de control constitucional, en caso de leyes deberá revisar la validez formal y material de las normas generales impugnadas, es decir deberá revisar que no contenga vicios en el procedimiento o vicios formales para después analizar los vicios en el contenido o sustantivos.²⁹⁴

Un incumplimiento en los procedimientos previos o en la motivación de la decisión de la autoridad, debería producir la nulidad de la medida estatal, declarándose la nulidad desde el punto de vista procedimental, sin que sea necesario analizar el fondo de la cuestión.²⁹⁵

Se debe analizar si la medida que restringe cumple con el requisito de legalidad. Es decir, que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley.²⁹⁶

²⁹³ Boulin Victoria, Ignacio A., *Decisiones Razonables El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, p. 159.

²⁹⁴ Celotto, Alfonso, *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁵ Boulin Victoria, Ignacio A., *op. cit.*, pp. 159-160.

²⁹⁶ Bourguet Bermúdez, Luis Felipe, "Las restricciones legítimas a los derechos humanos", en Díaz Revorio Francisco Javier y Rebato Peño Ma. Elena, *La justicia constitucional en Iberoamérica: una perspectiva comparada*, México, Ubijus, 2016, p. 29.

Destaca en este sentido que para el derecho a la privacidad la injerencia ilegal no solamente significa injerencia prohibida por la ley, sino injerencia no autorizada por la ley, por lo que el juzgador deberá analizar que la medida cumpla a detalle las circunstancias precisas en que puede autorizarse dichas injerencias.

297

Asimismo, el control de legalidad de la medida estatal deberá cubrir con la garantía de reserva de la ley en relación a la regulación de derechos humanos, la cual consiste en “la habilitación constitucional al legislador ordinario, pues, fundamentalmente, excluir al ejecutivo, y a su producción normativa propia, los reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos”.²⁹⁸

Es decir, que la medida restrictiva del derecho humano a la privacidad no puede provenir de un reglamento administrativo, sino que tendrá necesariamente que sustentarse en una ley, misma que en otro análisis habrá de revisarse su constitucionalidad.

Cabe mencionar que existe la prohibición de leyes limitadoras particulares, es decir, la creación de una norma con la finalidad de restringir un derecho fundamental.

Se revisarán desde luego los requisitos de competencia, es decir, si la autoridad que emitió el acto tenía las facultades legales para hacerlo.

Ahora bien, en los casos en que los requisitos formales estén completamente colmados, el juez estará en condiciones de revisar el fondo del asunto ²⁹⁹, en el cual tendrá que someter el acto a un estándar de constitucionalidad y donde se materializa el uso de la razonabilidad o de la proporcionalidad, dependiendo del caso y teniendo en consideración primeramente los parámetros de regularidad constitucionalidad y convencionalidad, ya que el análisis de esta naturaleza no puede limitarse a un estudio formal o adjetivo.

²⁹⁷ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2ª ed., México, 2012, p. 563.

²⁹⁸ Brage Camazano, Joaquín, *op cit.*, p. 311.

²⁹⁹ Boulín Victoria, Ignacio A., *op cit*, p. 160.

4.2.2. *El control de constitucionalidad y convencionalidad*

“Las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales”.³⁰⁰ Como se estudiará en el apartado relativo a los estándares de protección, estos deberán de ser siempre respetados por todas las autoridades del Estado.

En ese sentido, el control de constitucionalidad de las leyes o actos es un tipo de discurso jurídico específico que tiene como resultado la adecuación de tales actos o leyes a la Constitución por medio de una decisión jurisdiccional, la cual deberá ser fundamentada en dos dimensiones, la interna y la externa.³⁰¹

Es un presupuesto indispensable para la garantía del derecho a la privacidad frente a las necesidades informáticas del Estado tomar una interpretación normativa de la Constitución y, por ende, un razonamiento jurisdiccional, lo que obliga a los juzgadores a revisar toda la normativa existente y compatibilizarla con la Carta Magna.

En este sentido, para la protección de un derecho humano, es esencial que el órgano jurisdiccional tenga en cuenta los estándares de protección existentes tanto en la propia Carta Magna como en tratados internacionales, al igual que las reglas de restricción a los mismos que se establecen en la misma normativa aludida.

Es conveniente que el juez de constitucionalidad realice entonces un escrutinio y control estricto respecto a leyes o actos que vulneren el derecho a la privacidad. Además, para tener una mayor garantía de protección, considero que es importante que se presuma inconstitucional el acto o norma general sujeta a control, tal y como pasa en el modelo norteamericano, ya que, de esta manera se revierte la carga probatoria al Estado, que deberá acreditar fehacientemente que existe la situaciones extraordinarias o imperiosas que para el uso de tecnologías invasivas de privacidad, a diferencia de lo que ocurre en México donde se presume

³⁰⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 84.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 87.

la constitucionalidad de la norma.

Aun así, el juez deberá resolver si dichas inferencias no son excesivamente amplias y si además éstas son legítimas, idóneas, necesarias y proporcionales para mantener una expectativa razonable de privacidad, por lo que deberá revisar con rigor las reglas de restricción a dicho derecho. Y aunque no son vinculantes todas las sentencias del derecho comparado, si será de gran apoyo orientativo para el juez constitucional el dialogo jurisprudencial de las sentencias del derecho comparado.

4.2.2.1. Los estándares de protección a la privacidad

Para determinar adecuadamente los estándares de protección al derecho a la privacidad, es necesario partir de la existencia de ese derecho. Se puede apreciar en el capítulo 2 de este trabajo, que el derecho a la privacidad está reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por diversos tratados internacionales, por la jurisprudencia tanto internacional como nacional y en diversos cuerpos legales, de los cuales se desprenden obligaciones para el Estado mexicano.

Esta gama de instrumentos jurídicos constituye los parámetros mínimos de protección al derecho humano a la privacidad, es decir, el estándar con el que se mide la regularidad de los actos estatales con respecto a una posible invasión al derecho humano.

Para el caso en estudio, el estándar de protección al derecho humano a la privacidad en México, conforme al artículo 1º constitucional, primer párrafo, será el reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales que el Estado mexicano sea parte. Además, siguiendo el segundo párrafo del mismo artículo, la interpretación del derecho humano a la privacidad se interpretará siempre favoreciendo a la persona con la protección más amplia.

En otras palabras, dentro de los estándares mínimos de protección al derecho humano a la privacidad de entre los instrumentos que lo reconocen, se interpretará y aplicará el más amplio y protector, es decir, el “menos mínimo”.

Lo anterior es sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación en un criterio jurisprudencial que considero pertinente incluir en el presente apartado:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. (Tesis: 1a./J. 107/2012)³⁰²

Así, “el contenido de la constitución es la guía que tendrán en mente los integrantes del órgano de justicia constitucional para dictar las distintas resoluciones que sean menester en el ejercicio de sus competencias”.³⁰³ Sin embargo, no será la Constitución el único parámetro de regularidad en materia de derechos humanos, sino todo el entramado de normas que los protejan.

Finalmente, para determinar con más precisión los estándares de protección de privacidad, considero importante, además, analizar las restricciones al

³⁰² Tesis: 1a./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 799.

³⁰³ Fernández Rodríguez, José Julio, *op cit*, p.63.

mencionado derecho, toda vez que dichos límites se presentan para casos excepcionales, pero también contribuyen de cierta forma a medir la dimensión o el grado de protección de un derecho humano.

Toda vez que ningún derecho es absoluto, cuando para el ejercicio de los derechos humanos exista un choque o colisión, las doctrinas constitucionales modernas han desarrollado las técnicas hermenéuticas de la proporcionalidad, con la cual es posible resolver este tipo de conflictos, pero siempre respetando las reglas de las restricciones establecidas tanto en la Constitución como en diversos instrumentos internacionales.

4.2.2.2. Las restricciones al derecho a la privacidad

Según el artículo 1º constitucional, el ejercicio de los derechos fundamentales no podrá suspenderse ni restringirse, lo que constituye la regla general. Para restringir o suspender un derecho fundamental, según el mismo precepto, deben actualizarse las condiciones y circunstancias que la propia Constitución establece, lo que constituye a su vez situaciones excepcionales, y no la generalidad.

Ahora bien, respecto a los estándares mínimos de protección del derecho a la privacidad ha de precisarse que la Convención Americana de los Derechos Humanos señala, conforme a sus reglas hermenéuticas, que ningún Estado parte, grupo o persona puede suprimir el goce o el ejercicio efectivo de las libertades y derechos reconocidos en la propia convención; en específico estudiaré, en este trabajo de investigación, el de la privacidad, o bien tampoco limitarlo en mayor medida que la prevista en la misma.

Lo anterior tiene sustento en el artículo 29 a de la mencionada Convención que estipula que:

ARTÍCULO 29.- Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;³⁰⁴

³⁰⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, art. 29.

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 5.2, que no es admisible una restricción o menoscabo de ningún derecho humano reconocido en dicho instrumento internacional en virtud de leyes, reglamentos, convenciones o costumbres.

Surge una importante distinción que, sin lugar a duda, hay que precisar entre la suspensión de derechos humanos y la restricción de éstos. La primera se refiere a la posibilidad de no aplicar las obligaciones que integran un derecho humano de forma excepcional y temporal, la suspensión de derechos tiene sus propias modalidades y procedimientos que no nos ocuparan en el presente análisis. En cuanto a las restricciones que pueden a su vez ser generales o particulares....

En el mismo orden de ideas, cabe mencionar que toda limitación a un derecho fundamental se sujetará al deber de un fundamento en la Constitución o estar reconocida por ella y en sintonía con el artículo 1 constitucional, así como con los tratados internacionales citados.

Se plantea en la presente tesis el problema de la colisión entre el derecho a la intimidad y a la privacidad y las necesidades informáticas de los poderes públicos para resguardar la seguridad, cuya licitud nadie pone en duda, pero “¿Necesita la Administración, para esos fines, conocer datos tan privados como la religión o las costumbres de las personas?”.³⁰⁵

Un esquema interesante que nos muestra la doctrina sobre el examen a los límites de los derechos fundamentales distingue tres niveles esenciales:³⁰⁶

El primer nivel es analizar el ámbito normativo o protegido del derecho humano, es decir, la determinación de la sustancia material de un derecho humano en abstracto, para luego subsumir la conducta o hechos relevantes dentro de ese tipo normativo del derecho fundamental, para determinar si al titular del derecho le es impedido o se le dificulta una conducta protegida por el derecho en comento; entonces, se estará ante una intervención que deberá calificarse en el segundo

³⁰⁵ Gimeno Sendra, Vicente, *et al, op. cit.*, p. 155.

³⁰⁶ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 116.

nivel.³⁰⁷

El segundo nivel examinará la intervención o afectación del derecho fundamental para entonces determinar si es o no una limitación justificada por un límite constitucional sea directo, indirecto, o implícito.³⁰⁸

El tercer nivel consiste en determinar un límite a los límites de la intervención al derecho fundamental, en otras palabras, toda restricción a un derecho humano debe observarse ciertas condiciones restrictivas de toda limitación, en el entendido de que si bien puede admitir restricciones legítimas, no puede intervenir tampoco ilimitadamente en su ámbito normativo, sino que los propios límites encuentran también sus barreras.³⁰⁹

Así, para las restricciones de derechos fundamentales que pudieran requerirse en situaciones de tensión de derechos, como en el caso de la privacidad con las necesidades informáticas del Estado para optimizar la seguridad, las doctrinas constitucionales modernas han desarrollado el método de la ponderación, derivado del principio de proporcionalidad descrito en el apartado 1.4.2 de la presente tesis, y que en el siguiente apartado concretaré, para estudiar el fenómeno en lo individual.

4.2.2.3. La ponderación entre el derecho humano a la privacidad y el principio de seguridad

En una colisión entre derechos fundamentales, la restricción consiste, a grandes rasgos, en que se haga uso de un derecho a costa de la validez y ejercicio de otro, teniendo desde luego, ambos derechos diferentes titulares.³¹⁰

Para la solución de conflicto de derechos, las doctrinas constitucionales modernas, superando los criterios de resolución de antinomias, han optado por utilizar el principio de proporcionalidad, para la resolución de contradicciones entre el derecho humano a la privacidad con el principio de seguridad, los tribunales

³⁰⁷ *Idem.*

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 117.

³¹⁰ Véase: Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 180.

tienen que seguir estrictamente el modelo metodológico del test de proporcionalidad, en el cual estudian si las medidas sujetas a control cumplen con los requisitos de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Por lo que primero se deberá determinar la existencia del conflicto de principios como condición necesaria para resolver con el argumento de proporcionalidad, es decir, que el juzgador deberá estudiar que no se trate de una cuestión de antinomias o conflicto de reglas jurídicas que se resuelven con los criterios de jerarquía, cronológico o de especialidad.

Como he expuesto en este trabajo de investigación, las medidas de vigilancia del Estado, a menos normativamente, se sustentan en la finalidad de optimizar la labor de seguridad del Estado lo que implica la tensión con la privacidad de las personas; luego, el juez constitucional tendrá que revisar si estas medidas cumplen genuinamente con este objetivo.

Así, el juicio de adecuación, que constituye el primer elemento del examen de proporcionalidad es el que valora el acto dictado por el Estado y tiene la capacidad de causar su finalidad. Primeramente, lo que se exige de la medida es que persiga un fin, y que este fin sea constitucionalmente válido; es decir, que el fin perseguido esté permitido por el texto constitucional.³¹¹

Así, el juzgador deberá analizar si el acto o norma sujeta a control constitucional verdaderamente busca algunos de los objetivos legales como por ejemplo los actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada, contenidos expresamente en el artículo 5 de la Ley de Seguridad Nacional, que determina las amenazas a la seguridad nacional, o bien salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos, la investigación y la persecución de los delitos comprendidos expresamente en el numeral 2 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Caso contrario ocurre con “la recolección de datos en forma no anónima, con finalidad indeterminada o no determinable es inadmisibles”.³¹² En esos

³¹¹ Boulín Victoria, Ignacio A., *op cit.*, p. 64.

³¹² Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, sentencia dictada el 4 de mayo de 2018, *Amparo indirecto 73/2018-II y sus acumulados 75/2018-III y 76/2018-IV*, p. 138.

supuestos, sin duda se estaría hablando de injerencias arbitrarias prohibidas expresamente por los tratados internacionales.

Ahora bien, aunque la finalidad sea constitucional y convencional y por tanto legítima, queda aún la incertidumbre de que dichas medidas (normas generales o actos) puedan ser utilizados con fines diversos a los que la ley o la motivación del acto señala, por lo que no es suficiente con el solo examen de legitimidad; en consecuencia se deberá someter enseguida a un escrutinio de idoneidad, analizando que la medida examinada sea la idónea y adecuada para lograr ese fin constitucionalmente válido y en algunos casos, se exige que la finalidad perseguida tenga una relevancia social.³¹³

En el caso concreto, se determinará que el acto o ley sujeta a control en donde, por ejemplo, se utilice un medio tecnológico para dotar a las autoridades de una herramienta que sirva para la investigación de los delitos, sea el medio adecuado, es decir, que cumpla con la relación medio-fin (legítima) para el cual este destinado, en otras palabras se deberán estudiar los elementos o propiedades esenciales fácticas y jurídicas del medio y determinar si la medida es apta para cumplir con el fin.

Sin embargo, no es suficiente que se acredite que la finalidad es legítima y el medio es idóneo para dicho fin, toda vez que éste pudiera resultar excesivo, por lo que, a su vez, se deberá analizar a la luz del subprincipio de necesidad, también conocido como el principio del medio más liviano o de la intervención más pequeña posible y opera como un inhibidor del exceso, en virtud de que compara la medida sujeta a control con otras medidas que igualmente son idóneas para conseguir el fin constitucionalmente válido y, para no incurrir en exceso, opta por la medida menos gravosa o la intervención más mínima posible.³¹⁴

El TEDH ha declarado que la noción de necesidad de la medida en una sociedad democrática implica que la interferencia corresponde a una necesidad social imperiosa.³¹⁵

³¹³ Boulín Victoria, Ignacio A., *op cit.*, p. 64.

³¹⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op cit.*, p. 221.

³¹⁵ Huber, Florián, "Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), Protección de Datos y Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Evelyn Telles Carvajal (coord.), *Derecho y TIC. Vertientes actuales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, p. 89, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4065/18.pdf>.

Por tanto, el juez de control constitucional deberá analizar que la medida sujeta a control cumpla con una necesidad social, que, para el problema planteado por el presente trabajo de investigación, es la seguridad pública y nacional; sin duda dos categorías por demás necesarias para toda sociedad democrática, pero no solo eso, sino que además deberá realizar un escrutinio de otros medios que igualmente cumplan con los requisitos de legitimidad e idoneidad para determinar que el medio sujeto a control, para el caso de escrutinio de alguna de las facultades para intervenir el derecho a la privacidad de las personas no sea más excesivo en relación con dicho derecho y, a su vez, pueda satisfacer la necesidad imperiosa que las motiva de manera eficaz.

Así se puede determinar que la autoridad a través del uso de alguna medida de vigilancia determinada sólo este recolectando datos de las personas en la medida que sea necesaria para el ejercicio de sus potestades. Es más, a mi juicio la inteligencia ³¹⁶ con la que se diseña una medida de vigilancia determina más su eficacia que el uso de la misma para la recopilación de datos de forma indiscriminada, es decir, funciona mejor recolectar datos útiles para cualquier investigación que recoger datos de forma masiva e indiscriminadamente.

Finalmente, el escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto que consiste en hacer un examen muy detallado sobre las restricciones que se causan al derecho intervenido y sopesarlo con los beneficios que se obtienen con el ejercicio de otro derecho, siendo proporcional la medida sujeta a control cuando los beneficios sean iguales o mayores que los costos y no será proporcional cuando los costos sean mayores que los beneficios.

Los medios tecnológicos que utiliza el Estado para satisfacer sus necesidades informáticas en materia de seguridad, como las interferencias de comunicaciones, la geolocalización o los programas informáticos de vigilancia, tienen un efecto invasivo del derecho a la privacidad evidentemente cada uno en grados diferentes.

³¹⁶ De conformidad con la materia, la inteligencia es el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y exploración de información, para la toma de decisiones en materia de seguridad nacional.

En este sentido, el juez de control de constitucionalidad debe examinar la afectación causada por cada medida en particular, conociendo que dicha medida es legítima, idónea y necesaria el intérprete constitucional está en condiciones de sopesar el grado de restricción admisible a un derecho con el beneficio obtenido a causa de dicha afectación

Así por ejemplo si las intervenciones a las comunicaciones privadas están constreñidas por un tiempo, modo, lugar y sujeto o sujetos determinados que por sospechas fundadas son partícipes o lo serán de un delito grave, es sin duda más valioso el beneficio que se puede obtener que la restricción que eventualmente se cause, así es que más valdría que dicha intervención se realice de manera legal para que subsista ese beneficio ganado.

En ese sentido la idea de nulificar las pruebas obtenidas a través de violaciones a derechos humanos no solo violenta el derecho sustantivo transgredido para obtener la prueba, sino que también vulnera el debido proceso y en su caso el derecho a una defensa adecuada, para ilustrar lo anterior transcribo la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES. Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculcado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculcado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculcado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su

afirmada condición de inviolables (Tesis: 1a./J. 139/2011).³¹⁷

Ahora bien, si, por otra parte, se utilizan sistemas de vigilancia que no tiene límites claros en cuanto a modo, tiempo, lugar y sobre todo personas indeterminadas se cuestiona su legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En últimos casos y suponiendo que una medida de vigilancia de esa naturaleza que cumpliera con los primeros dos subprincipios, legítima porque efectivamente está orientada al combate a la inseguridad, idónea porque cumple el requisito de adecuación de medio-fin, lo que tendría que precisar por lo menos el modo tiempo y lugar del funcionamiento de dicha de dicha medida, tendría que ser además necesaria al no existir una tecnología menos gravosa.

En última instancia, no es proporcional a mi juicio una medida que no determine por lo menos con una sospecha fundada a quienes vigila, en algunos casos queda un margen amplio de discrecionalidad judicial para determinar la proporcionalidad de la medida sujeta a control.

Este punto es controversial, por ejemplo, en la acción de inconstitucionalidad 32/2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió la constitucionalidad de los artículos de las leyes que facultaban a algunas autoridades investigadoras del uso de la geolocalización sin autorización judicial la cual determino que:

resulta proporcional en sentido estricto, toda vez que 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 que se presuponen como base para la consolidación de un estado democrático de derecho, ante lo cual debe ceder el interés particular.³¹⁸

La determinación mayoritaria coincidió en que los artículos que facultaban a ciertas autoridades para el uso de la localización geográfica en tiempo real restringían sí al derecho a la privacidad, pero que esta restricción es proporcional con los beneficios que trae consigo su uso. Sin embargo, existieron varios votos en disidencia con el voto mayoritario, por ejemplo, el ministro Arturo Zaldívar

³¹⁷ Tesis: 1a./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057.

³¹⁸ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 32/2012, *op cit.*, p. 123.

consideró que el diseño de que las leyes le daban al uso de la medida restringía al derecho a la privacidad de manera desproporcionada:

no es proporcional, pues por la manera en que está diseñada, conlleva un riesgo demasiado alto de intromisión en el derecho a la privacidad de las personas, en casos en que su uso no sea necesario.³¹⁹

El problema de la proporcionalidad, en sentido estricto, es que en caso de que la medida objeto de control constitucional cumpla con los requisitos del test, la medida ahora considerada constitucional disminuye materialmente y en cierta medida un derecho humano que pudiera ubicarse por debajo del estándar de protección, cuestión que no es menor, por lo que, para robustecer la garantía al derecho a la privacidad, considero que se tienen que tomar en consideración la razonabilidad en el uso de la ponderación e incluir los elementos que expongo en el siguiente apartado.

4.3. Corrección razonable al control proporcional de constitucionalidad y convencionalidad

Como se analizó también, el uso de la proporcionalidad como técnica hermenéutica, si bien funciona como herramienta para resolver un conflicto de derechos humanos, en su esencia al resolver este tipo de tensiones, necesariamente interviene y afecta a uno de los derechos fundamentales en choque, quedando la incertidumbre de que pudiese en ocasiones reducirlo por debajo del estándar mínimo de protección, lo que cuestionaría entonces su nivel de protección jurisdiccional.

En este apartado considero además del examen de proporcionalidad descrito en el anterior subcapítulo que sin duda habrá impregnado de una gran argumentación jurídica en la discusión de un problema jurídico, el juez de control de constitucionalidad deberá tener en cuenta “la razonabilidad como criterio substancial de control en la aplicación de e interpretación del derecho”, con la finalidad de determinar la afectación al contenido esencial de los derechos

³¹⁹ Cfr. Voto Concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la Acción de Inconstitucionalidad 32/2012, p. 8.

fundamentales³²⁰, en el caso concreto mantener la esencia o una expectativa razonable de privacidad frente a las posibles restricciones de los medios tecnológicos.

El contenido esencial es, en definitiva, el contenido del derecho mismo que no viene limitado de manera externa sino que surge internamente. Las leyes no limitan los derechos sino que delimitan el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. Si esto es así, entonces el control de razonabilidad no debe llevar a la restricción o limitación de un derecho, sino al contrario: debe conducir a la armonización de los derechos, sin afectar, limitar o alterar el contenido esencial de los mismos.³²¹

En este sentido, una medida de vigilancia legítima, idónea, necesaria al someterse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el intérprete constitucional deberá mantener vivo el objeto esencial o bien jurídico protegido que para el caso es la privacidad, es decir, que, si bien sufre esta una restricción, dicha restricción no deberá dejar vulnerable la vida privada de los individuos a interferencias arbitrarias.

Así la noción de contenido esencial de la privacidad como derecho fundamental elevado a rango constitucional “se refiere justamente a la *disponibilidad real* que el titular de un derecho tiene sobre él, en contraste con su indisponibilidad para el legislador”³²²

En este sentido se intenta con lo anterior conservar la certeza en la existencia del propio derecho, pues no sólo radica ésta en la mera declaración del mismo en un documento constitucional o legal, sino que fácticamente consiste en la disponibilidad real para su ejercicio y la práctica del titular del derecho, es decir, que toda persona pueda disponer de él, por tanto, el órgano encargado de control constitucional en el caso de la revisión de una tensión de derechos deberá observar que la restricción respectiva no trastoque el objetivo principal del derecho restringido.

³²⁰ Sapag, Mariano A., *op cit.*, p. 183. El contenido esencial de los derechos humanos se refiere a “la idea de que los derechos fundamentales pueden ser regulados por las leyes, pero no pueden verse afectados en un núcleo que constituye la razón de ser”, p. 184.

³²¹ *Ibidem*, pp. 184-185.

³²² Silva García, Fernando, *Deber de Ponderación y Principio de Proporcionalidad en la Práctica Judicial*, México, Porrúa, 2012, p. 19.

Las medidas de vigilancia como se ha hablado en el presente trabajo de investigación tienen un alto poder intrusivo en la privacidad de las personas, sin duda su uso es indispensable para las labores de inteligencia, pero siempre controlado y supervisado. En lo concerniente a dicho control esté no debe dejar abiertas las posibilidades para su uso indebido pues dejaría sin sentido la esfera la privada de los ciudadanos al quedar expuestos a injerencias arbitrarias.

Por tanto, la disponibilidad para los ciudadanos del goce del contenido esencial del derecho queda como límite al propio ejercicio del poder del Estado en cualquiera de sus atribuciones inclusive en la de restringir legítimamente un derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Para garantizar la protección al derecho humano a la privacidad es necesario que el Poder Judicial de la Federación aplique en sus resoluciones análisis razonables y el principio de proporcionalidad frente al uso de las tecnologías que el Estado utilice aún con motivos de seguridad. Lo anterior como medio de control constitucional de las medidas de vigilancia.

SEGUNDA. De lo contrario, el derecho humano a la privacidad queda expuesto a violaciones, debido a la secrecía de las medidas tecnológicas de vigilancia del Estado. En la actualidad las personas no tienen manera de saber cuándo, dónde y porque son objeto de vigilancia y, por tanto, no existe forma de combatir las medidas de esa naturaleza ni siquiera *a posteriori*, quedando de hecho potencialmente expuesto el derecho fundamental a la privacidad.

TERCERA. No basta el control de legalidad para la protección del derecho a la privacidad, se requiere un análisis material de las normas o actos que faculden a las autoridades a utilizar tecnologías de vigilancia.

CUARTA. El análisis de proporcionalidad y de razonabilidad de las medidas de vigilancia tienen por objeto garantizar la regularidad constitucional de dichos actos, por lo que, deberán mantener vivo el contenido esencial de la privacidad y mantener un equilibrio entre el derecho humano a la privacidad y el principio de seguridad.

QUINTA. El derecho a la privacidad está reconocido como un derecho

humano en la Constitución, tratados internacionales tanto del *Sistema universal de Derechos Humanos* como en el *Sistema Interamericano de Derechos Humanos* y jurisprudencia nacional y de los sistemas aludidos, constituyendo uno de los derechos más importantes en las sociedades liberales.

SEXTA. No es suficiente la declaración y reconocimiento de un derecho humano para su protección. La realidad arroja que las tecnologías en la era de la información y telecomunicaciones tienen un alto grado intrusivo en la privacidad de las personas, por lo que se requiere que el Estado intervenga para su garantía y protección atendiendo las circunstancias cambiantes.

SÉPTIMA. Las medidas de vigilancia del Estado que cada día son más sofisticadas deben estar reguladas, someterse al principio de legalidad que requiere la supervisión independiente de su uso conforme a los estándares de protección. Además, deben cumplir con los criterios de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

OCTAVA. Los datos arrojan que en nuestro país las autoridades facultadas solicitaron medidas de vigilancia como la geolocalización en tiempo real y el acceso a datos conservados de usuarios de telefonía móvil a las concesionarias de estos servicios sin autorización judicial, aprovechando las ambigüedades en la ley. La autoridad que más solicitó dichas medidas fue el CISEN.

NOVENA. Dichas medidas de vigilancia han sido consideradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como invasivas al derecho a la privacidad y protegidas por la inviolabilidad de comunicaciones que requiere de manera necesaria de autorización judicial. En la realidad el porcentaje de supervisión judicial de estas medidas utilizadas entre los años 2013 a 2015 no supera el 1.5 %.

DECIMA. Por otra parte, solamente se ha ejercido la acción penal en un 8.73% de todas las averiguaciones previas en las que se ha usado una medida de

vigilancia entre los años 2013 a 2015.

DECIMA PRIMERA. Además, la Ley de Seguridad Interior faculta a autoridades militares a realizar actividades de vigilancia, que implican la recolección de datos por cualquier medio, sin que para ello requieran de autorización judicial ni se contempla algún órgano independiente que vigile dichas actuaciones, contraviniendo con ello los estándares de protección al derecho a la privacidad.

DECIMA SEGUNDA. En nuestro país, se han registrado violaciones sistemáticas por parte de autoridades del Estado que utilizaron sistemas de vigilancia sofisticados de manera ilegal, ilegítima, innecesaria y desproporcionadamente en contra de activistas, defensores de derechos humanos, opositores políticos y periodistas.

DECIMA TERCERA. Por lo tanto, se recomienda que, para garantizar el derecho humano a la privacidad frente a las medidas de vigilancia, las autoridades jurisdiccionales apliquen el modelo propuesto en este trabajo de investigación como medio de control de las normas generales y de los actos de autoridad. Revisando en consecuencia la legalidad en primer lugar y posteriormente analizar la constitucionalidad de estos.

DECIMA CUARTA. Tomando como parámetro el artículo 1° constitucional, debe partirse de una justificación razonable para demostrar la necesidad de limitar de manera proporcionada el derecho de privacidad y no de manera inversa, es decir, el derecho humano a la privacidad no debe justificarse frente a las facultades otorgadas por el legislador para la restricción. En consecuencia, se recomienda revertir la presunción de constitucionalidad de las medidas de vigilancia, con el objetivo de que la carga probatoria y argumentativa para acreditar su necesidad corresponda a la autoridad.

DECIMA QUINTA. Se sugiere que el Poder Judicial de la Federación en sus

resoluciones aplique análisis de razonabilidad y el principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de las medidas de vigilancia en México, se recomienda que fortalezca el dialogo jurisprudencial y fortalezca la argumentación en sus resoluciones de la experiencia comparada, tales como la sentencia *Klass y otros vs. Alemania* dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia dictada en el Recurso de amparo núm. 2096-2016, por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español o la sentencia del caso *Flick*, del 15 de diciembre de 1983 dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

DECIMA SEXTA. Asimismo, se recomienda que en el uso del principio de proporcionalidad el órgano jurisdiccional garantice los estándares mínimos de protección al derecho a la privacidad y en caso de la necesidad acreditada de una restricción al mismo, esta deberá además de ajustarse a la proporcionalidad estricta y respetar las reglas de restricción de derechos, deberá observar el contenido esencial del derecho a la privacidad con el objetivo de mantener la disponibilidad real del propio derecho fundamental restringido.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARTÍCULO 19, R3D y Social TIC, *Gobierno espía, Vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México*, junio de 2017.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- BREYER, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia, El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BOULIN VICTORIA, Ignacio A., *Decisiones Razonables El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.
- BOURGUET BERMÚDEZ, Luis Felipe, “Las restricciones legítimas a los derechos humanos”, en Díaz Revorio Francisco Javier y Rebato Peño Ma. Elena, *La justicia constitucional en Iberoamérica: una perspectiva comparada*, México, Ubijus, 2016, pp. 23-33.
- CANTÚ, Silvano, “Securitismo Penal. La insoportable vecindad del discurso del enemigo, la seguridad y los derechos humanos” en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos*, México, UBIJUS, 2015, pp. 17-56.
- CANETTI, Elías, *Masa y Poder*, trad. de Horts Vogel, Barcelona, Muchnik, 1981.
- CARMONA TENORIO, Ana Paola, “Trascendencia de la seguridad pública como derecho humano en el Estado de México, en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Jesús Alberto Santoveña García, *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho humano*, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 24-34, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.
- CELOTTO, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de Federico Blasi Gastón, México, Porrúa, 2005.
- CIANCIARDO, Juan, *EL principio de razonabilidad del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abaco de Rodolfo de Palma, Universidad Austral, 2009.
- CREVILLÉN, SÁNCHEZ, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal o familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Madrid, Aldecoa, S.L., 1995.
- CIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, Doc. 49/15, Organización de los Estados Americanos, 2015.
- DIENTHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel de, “Derecho Penal del enemigo y garantismo, seguridad y libertad frente a frente”, en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos*, México, UBIJUS, 2015, pp. 57-74.

- ECHEVERRÍA, Javier, *Los señores del aire: Telépolis y el tercer entorno*, Barcelona, Destino, 1999.
- EIDEM, E. Matias, *Afectación de la vida privada en la vía pública, Vigilancia con cámaras de seguridad y restricción de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.
- FAJARDO ÁLVAREZ, Carlos Andrés, *Edward Snowden ¿héroe de la democracia o traidor a la patria? Conflictos de valores en el contexto de la cibercultura*. Tesis Doctoral, Bogotá, Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2015.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “Reflexiones en torno a la seguridad” en Cisneros García, German et al. (coords.), *Seguridad Pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- FORTS Michel, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en su misión a México*, sobre su misión a México del 16 al 24 de enero de 2017.
- FOUCAULT, Michael, *Vigilar y Castigar nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.
- FROSINNI, Vitorio, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1978.
- GARCÍA GODÍNEZ, Miguel Ángel, *Los Criterios de Corrección en la Teoría del Razonamiento Jurídico de Neil McCormick*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2017.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, “Nuevas tecnologías, un nuevo derecho: su reconocimiento en la norma constitucional, un estudio comparado”, en Da Cunha Lopes, Teresa, et al. (coords.), *Globalización, Derechos Humanos y Sociedad de la Información*, México, Lulu. com, 2009, pp. 237-255.
- GARCÍA RICCI, Diego, *Para entender el derecho a la privacidad*, México, Nostra, 2017.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, México, IFAI, 2010.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2005.
- GIMENO SENDRA, Vicente, et al, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2017.
- GREENE, Robert, *Maestría*, trad. de Enrique Mercado, México, Océano, 2012.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Tratado de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2011, t. I.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 9ª ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, UNAM, 2016.
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010.
- HERDEGEN, Matthias, *Estado y Racionalidad*, trad. de Luis Felipe Vergara, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez y Depalma, 2012.
- HUBER, FLORIÁN, “Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), Protección de Datos y Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “, en Evelyn Telles Carvajal (coord.), *Derecho y TIC. Vertientes actuales*,

- México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, pp. 79-116, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4065/18.pdf>.
- HURTADO GONZALES, Luis Eduardo, *Introducción al marco jurídico de la inteligencia para la seguridad nacional*, México, Porrúa, 2008.
- IBARRA SÁNCHEZ, Ernesto, "Videovigilancia. Punto de colisión entre derechos fundamentales, seguridad y protección de datos personales en México". Ibarra Sánchez, Ernesto y Téllez Valdés, Julio A. (coords.), *Memorias del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, 25 al 30 de octubre, 2010*, México, UNAM, 2010, t. 1, pp. 231-269.
- JAKOBS, Günter y Polaino-Orts, Miguel, *Persona y Enemigo, Teoría y Práctica del derecho penal del enemigo*, trad. de Miguel Polaino-Orts, Lima, Ara, 2011.
- KANT, Emmanuel, *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?*, 2ª ed., trad. de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2013, <https://es.scribd.com/document/354735042/Kant-Que-es-la-Ilustracion-pdf>.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>.
- MIERES MIERES, Luis Javier, *Intimidación personal y familiar, prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2ª ed., México, 2012.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, 14ª ed., México, Porrúa, 2001.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, "Los medios tecnológicos informáticos y el derecho fundamental a la vida privada", en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 219-252, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/13.pdf>.
- MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "La protección de la persona frente a las tecnologías de la comunicación", en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano Protección de la persona y derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2006, pp. 1-12.
- NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de la cultura económica, 1988.
- ORWELL, George, 1984, trad. de Rafael Vázquez Zamora, ed. electrónica de Utopía, s.l.i., Salvat Editores, 1980, <http://www.laorquestafilosofica.com/wp-content/uploads/2018/01/1984.pdf>.
- PERLINGIERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la Razonabilidad en el Derecho Civil*, trad. de Agustín Luna Serrano, Madrid, Dykinson, 2015.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- , “Los derechos humanos ante las nuevas tecnologías”, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tiran lo blanch, 2014, pp. 15-34.
- PINEYRO, José Luis, *Seguridad Nacional en México, ¿Realidad o Proyecto?*, México, Pomares, 2006.
- PIÑA REYNA, Uriel, “Proporcionalidad cuantitativa de la pena”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de Gonzales Mariscal*, México, t. III, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 103-136.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- RED EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES, *El Estado de Vigilancia Fuera de Control*, 2016.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014. <http://dle.rae.es/?id=TlvEXgq>.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, 3ª ed. Madrid, Tecnos, 2016, p. 345.
- ROLDAN OROZCO, Omar Giovanni, *La función garante del Estado Constitucional de Derecho, México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- SANZ, ELENA, “La simetría es bella”, *revista muy interesante*. <http://www.muyinteresante.es/salud/articulo/la-simetria-es-bella>
- SAPAG, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite al poder del Estado: Un estudio comparado*, Tesis Doctoral, Buenos Aires, Universidad de la Sabana, 2008.
- SCHWABE JÜRGEN, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwaben*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, pp. 95-102, http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de Ponderación y Principio de Proporcionalidad en la Practica Judicial*, México, Porrúa, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Geolocalización de equipos de comunicación móvil, en tiempo real, relacionados con la investigación de delitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, extorción o amenazas*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2015.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, trad. de Josefa Sainz Pulido, Aguilar, <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>.
- TAPIA FLORES, Fausto Enrique, “Los derechos humanos en las democracias modernas”, en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Jesús Alberto Santoveña García, *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho*

- humano, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 51-66, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.
- TERRADILLOS ORMATXEA, Edurne, *Principio de proporcionalidad, Constitución y derecho del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- VALENCIA RAMÍREZ, Verónica Guadalupe, "La seguridad pública como un derecho humano", en Sánchez, Deyanira Rodríguez y Jesús Alberto Santoveña García, *Quinto certamen de ensayo sobre derechos humanos La seguridad pública como un derecho humano*, LIV Legislatura del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 8-23, <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/difus/ensayo/5En.pdf>.
- VÉASE: WEBER, Max, *La Política como vocación*, Valencia, NoBooks, p. 2, https://books.google.com.mx/books/about/La_politica_como_vocacion.html?id=c8jGCwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, <http://documents.mx/documents/el-derecho-ductil-gustavo-zagrebelsky-pdf-libre.html>.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2007, en Cantú Silvano, "Securitismo Penal. La insoportable vecindad del discurso del enemigo, la seguridad y los derechos humanos" en Martínez Alvares, Isabel Claudia, *Derecho Penal del Enemigo y Derechos Humanos*, México, UBIJUS, 2015, pp. 17-56.

Hemerografía

- BREWER-CARÍAS, Allan R. "La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa", *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (Ley Resorte)*, 2006, pp. 217-239, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2396/12.pdf>.
- BUSTAMANTE DONAS, Javier, "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica:", *Revista iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e innovación*, 2001, vol. 1, núm. 3, pp. 1-24.
- CELIS QUINTAL, Marcos Alejandro, "La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. México, UMAN, 2006. pp. 71-108, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>.
- CONSTANT, Benjamín, "Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", *Revista de Estudios Públicos*, 1995, vol. 59, pp. 51-68.
- CUKIER, Kenneth, "Big Data, qué es y porque es tan importante", en *Vanguardia Dossier, El imperio del Silicon y Valley y su nuevo orden mundial*, núm. 63, enero-marzo 2017, pp. 70-73.
- CUNO CRUZ, Humberto Luis, "Razón, Racionalidad y Razonabilidad ¿Qué los identifica y diferencia?", *A Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho*, Belo Horizonte, 2010, vol.

- 51, núm. 81, pp. 205-218, http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/humberto_luiz_cuno_cruz.pdf
- DÍEZ GARGARI, Rodrigo. "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", *Cuestiones constitucionales*, 2012, núm. 26, pp. 69-106.
- QUIJANO, Paola Ricaurte et al., *Sociedades de control: tecnovigilancia de Estado y resistencia civil en México*. Teknokultura, 2014, vol. 11, núm. 2, pp. 259-282.
- MALEN SEÑA, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", *Foro jurídico*, núm. 7, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 41-52, <file:///C:/Users/75883/Downloads/18455-73136-1-PB.pdf>.
- MARTÍ DE GIDI, Luz del Carmen, "Vida privada, honor, intimidad y propia imagen como derechos humanos". *Letras Jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, núm. 8, 2003, pp. 233-253, <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/8/luz8.pdf>.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, "Vida Privada sin Intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 37, 2017, pp. 51-84.
- MEINS OLIVARES, Eduardo, "Derecho a la Intimidad y a la Honra en Chile", *Ius et Praxis*, Talca, vol. 6, núm. 001, pp. 303-319, <http://www.redalyc.org/pdf/197/19760117.pdf>.
- O'BRIEN, Kevin A, "Interferencia con la sociedad civil: La CIA y la KGB encubrieron la acción política durante la Guerra Fría", *Revista Internacional de Inteligencia y Contra Inteligencia*, 1995, vol. 8, núm. 4, pp. 430-448.
- GUTIÉRREZ ORTIZ MENA, Alfredo. "El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional". *Cuestiones constitucionales*, 2014, núm. 31, pp. 239-245.
- RED DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES, *La Privacidad es el derecho a una mente libre*, https://r3d.mx/2018/01/10/la-privacidad-es-el-derecho-a-una-mente-libre-edward-snowden/?utm_content=buffer4acc6&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer.
- RENDON HUERTA BARRERA, Teresita, "La constitucionalización de la razonabilidad como imperativo", *Ciencia Jurídica*, México, vol. 3, núm. 1, 2003, pp. 45-62.
- SUÁREZ CROTHERS, Christian, "El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo", *Rev. Derecho*, Valdivia, Universidad Austral, 2000, vol. 11, pp.103-120, <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v11/art10.pdf>.
- TALCIANI, Hernán Corral. "Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad I: Origen, Desarrollo y Fundamentos" en *Revista chilena de derecho*, 2000, vol. 27, pp. 27-51.
- WARREN, Samuel D. y BRANDÉIS, Louis D, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Boston, vol. IV, núm. 5, 1890, pp. 193-220, <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm> y <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

Derecho Positivo

Derecho mexicano

- MÉXICO, CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 5 de febrero de 1917, última reforma de 15 de septiembre de 2017, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf.
- , *Código Civil Federal*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes en fechas 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma de 24 de diciembre de 2013, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf.
- , *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 5 de marzo de 2014, Última reforma 17 de junio de 2016, en *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf.
- , *Código Penal Federal*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 14 de agosto de 1931, última reforma de 26 de junio de 2017, publicada en DOF, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_260617.pdf.
- , *Ley de la Policía Federal*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 1 de junio de 2009, última reforma 25 de mayo de 2011 publicada en *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPF.pdf>.
- , *Ley de protección de datos personales en posesión de particulares*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 5 de julio de 2010, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.
- , *Ley de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 26 de enero de 2017, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>.
- , *Ley de Seguridad Nacional*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 31 de enero de 2005, última reforma de 26 de diciembre de 2015, publicada en DOF, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSegNac.pdf>.
- , *Ley de Seguridad Interior*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 21 de diciembre de 2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LSInt_211217.pdf.
- , *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, publicada en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 7 de noviembre de 1996, Última reforma publicada 7 de abril de 2017 en *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_070417.pdf.
- , *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de julio de 2014, Última reforma publicada 31 de octubre de 2017 en *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_311017.pdf.
- , *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública*, publicado en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 2 de enero de 2016, Última reforma publicada 26 de junio de 2017 en *Diario Oficial de la Federación*,

- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP_260617.pdf.
- , *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica*, publicada en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 9 de mayo de 2009. Última reforma 3 de mayo de 2013 publicada en *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.pgr.gob.mx/Fiscalias/feadle/Documents/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20PGR.pdf>.
- PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2001-2006, *Diario Oficial de la Federación*, <http://www.sagarpa.gob.mx/ganaderia/Publicaciones/Lists/Otros/Attachments/4/PND0106.pdf>.
- 2007-2012, *Diario Oficial de la Federación*, http://www.sagarpa.gob.mx/ganaderia/Publicaciones/Lists/Otros/Attachments/1/PND_0712.pdf.
- 2013-2018, *Diario Oficial de la Federación*, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5299465&fecha=20/05/2013.
- MÉXICO, ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal*, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 19 de mayo de 2006, última reforma 28 de noviembre de 2014, publicada en G.O.D.F., <http://www.aldf.gob.mx/archivo-bf7113fe54a3042531735d5b5d7eb27a.pdf>.
- ACUERDO por el que se crea la Unidad de Intervención de Comunicaciones Privadas de la Policía Federal publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de julio de 2018, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5531584&fecha=16/07/2018.
- DECRETO por el que se adiciona la fracción XXIX-M al artículo 73 y se reforma la fracción VI del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación* lunes 5 de abril de 2004, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_156_05abr04.pdf.
- INICIATIVA con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones legales para fortalecer la prohibición del espionaje político y los controles sobre las labores de inteligencia del gobierno mexicano, http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-06-28-1/assets/documentos/Inic_PT_Diversos_Espionaje_MODIFICADO.pdf.

Derecho español

- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf.
- LEY ORGÁNICA 1/82, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html#a7.

Sistema Universal de Derechos Humanos

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de los Derechos del Niño*, en la Resolución 1386 (XIV), 20 de noviembre de 1959, https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf.
- , *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, Francia a 10 de diciembre de 1948, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.
- , *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, Estados Unidos de América a 16 de diciembre de 1966,

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica a 22 de noviembre de 1989, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.

———, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, Colombia a 30 de abril de 1948, https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

Jurisprudencia

Derecho Mexicano

MÉXICO, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, *Sentencia de la acción de inconstitucionalidad* 32/2012, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139112>.

———, Primera Sala, *Amparo en revisión* 402/2017, <http://207.249.17.176/Transparencia/Epocas/Primera%20sala/Novena%20%C3%A9poca/2007/133.pdf>.

———, Segunda Sala, *Amparo en revisión* 964/2015, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=185299>.

CONTRADICCIÓN DE TESIS.194/2012, Primera Sala; *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, t. 1, p. 397.

TESIS: 1A./J. 107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2012, p. 799.

———: 1A./J. 139/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, diciembre de 2011, p. 2057.

———: 1A. CII/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, t. II, marzo de 2015, p. 1095.

JUZGADO NOVENO DE DISTRITO EN EL ESTADO DE GUANAJUATO, sentencia dictada el 4 de mayo de 2018, *Amparo indirecto* 73/2018-II y sus acumulados 75/2018-III y 76/2018-IV.

JUZGADO SEGUNDO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, dictada el 16 de febrero de 2015, *Amparo* 116/2014.

Derecho Español

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia dictada el 4 de junio de 2018, *Recurso de amparo* núm. 2096-2016, https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_060/2016-2096STC.pdf.

Sistema Universal de Derechos Humanos

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Observación General* núm. 16, 32 periodo de sesiones 1988, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3584.pdf>.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 6 de julio de 2009, *Escher y otros* Vs. *Brasil*, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ESTRASBURGO, Sentencia de 6 septiembre 1978. *Klass y otros contra Alemania*. Demanda núm. 15473/1989, <http://lawcenter.es/w/file/download/66067>.